

CENTRO UNIVERSITARIO UNIFACVEST

CURSO DE DIREITO

PABLO CAMARGO SOUZA

**PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS
DE PEQUENO PORTE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS**

LAGES

2019

PABLO CAMARGO SOUZA

**PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS
DE PEQUENO PORTE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi

LAGES

2019

PABLO CAMARGO SOUZA

**PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS
DE PEQUENO PORTE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS**

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao
Centro Universitário UNIFACVEST como parte dos requisitos
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Prof. Me. Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi

Lages,SC ____/____/2019. Nota _____

Prof. Me. Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi

Prof. Msc. Caroline Ribeiro Bianchini

LAGES

2019

Dedico este trabalho a todos os gestores de empresas e representantes que, diariamente viajam incansavelmente, por diversas horas longe de suas famílias e lutam com todos os riscos presentes nas estradas para participar de processos licitatórios, e que em algum momento sentiram-se prejudicados ou beneficiados pela exclusividade na participação de MEs e EPPs.

PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS

Pablo Camargo Souza¹

Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi²

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso versa sobre a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte. Para tanto, primeiramente elaborou-se um estudo sobre os aspectos gerais da Administração Pública, seus conceitos e princípios. No decorrer da pesquisa, foram explanadas as modalidades das licitações, dispensa inexigibilidade e contratos administrativos. Através da legislação e doutrina buscou-se entender o porquê a legislação trouxe como regra a participação exclusiva e diferenciada as microempresas e empresas de pequeno porte, juntamente com a pertinência, vantagens e desvantagens dessa aplicação. Por fim, confirma a hipótese das licitação exclusiva de certa forma se tornarem onerosas para a administração pública, e assim não satisfazendo o que era o objetivo principal da lei, fomentar o mercados das microempresas e empresas de pequeno porte, acabando por criar reserva de mercado com altos custos e empresas usando o benefício de modo indevido.

Palavras chave: Licitações. Administração Pública. Microempresa

¹Acadêmico do Curso de Direito, 10ª fase, do Centro Universitário UNIFACVEST.

²Professora Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFACVEST, Doutoranda pela UNIJUÍ/RS.

EXCLUSIVE PARTICIPATION OF SMALL BUSINESSES AND SMALL ENTERPRISES IN BIDDING PROCESSES

Pablo Camargo Souza³

Josiane Dilor Brugnera Ghidorsi⁴

ABSTRACT

The article aimed at understanding the exclusive participation of micro and small businesses. Therefore, a study was first elaborated on the general aspects of Public Administration, its concepts and principles. In the course of the research, the modalities of bidding, waiver of bidding, non requirement and administrative contracts were explained. Understanding, through legislation and doctrine why the legislation brought as a rule the exclusive and differentiated participation of micro and small companies, together with the pertinence, advantages and disadvantages of this application. Finally, it confirms the hypothesis that exclusive bidding would, in some way, become burdensome for the public administration, and thus not satisfying what was the main purpose of the law, it will foster the micro and small business markets, eventually creating a market reserve with high costs and companies misusing the benefit.

Keywords: Bids. Public Administration. Micro enterprise

³Law School undergraduate student, 10^o period, University Center UNIFACVEST.

⁴Master, Professor of Law Graduation Course at Centro Universitário UNIFACVEST, PhD student at UNIJUI/RS.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário UNIFACVEST, a coordenação do curso de Direito, o orientador do trabalho e demais membros da banca examinadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Lages, 01 de dezembro de 2019

PABLO CAMARGO SOUZA

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 09 |
| 2 DA LICITAÇÃO..... | 11 |
| 2.1 Do conceito de licitação | 11 |
| 2.2 Princípios que regem as licitações e os contratos administrativos | 12 |
| 2.2.1 Princípio da legalidade | 13 |
| 2.2.2 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório | 13 |
| 2.2.3 Princípio da moralidade..... | 14 |
| 2.2.4 Princípio da probidade administrativa..... | 14 |
| 2.2.5 Princípio da Eficiência | 14 |
| 2.2.6 Princípio da proporcionalidade | 15 |
| 2.2.7 Princípio da supremacia do interesse público..... | 15 |
| 2.2.8 Princípio da indisponibilidade | 16 |
| 2.2.9 Dispensa e inexigibilidade de licitação | 17 |
| 3 MODALIDADES E FASE DE HABILITAÇÃO..... | 19 |
| 3.1 Modalidades de licitação | 19 |
| 3.2 Concorrência..... | 19 |
| 3.3 Tomada de preços | 20 |
| 3.4 Convite | 21 |
| 3.5 Pregão..... | 21 |
| 3.6 Da fase de habilitação nos procedimentos licitatórios | 22 |
| 3.7 Características do contrato administrativo | 27 |
| 4 PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS | 29 |
| 4.1 Síntese histórica do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte | 29 |
| 4.2 Lei complementar 123/2006..... | 30 |
| 4.3 Enquadramento na condição de microempresas e empresas de pequeno porte..... | 31 |
| 4.4 Cota reservada de 25% | 32 |
| 4.5 Licitações com participação exclusiva..... | 33 |

| | |
|--|-----------|
| 4.6 Inaplicabilidade das licitações exclusivas | 35 |
| 4.7 Pertinência das licitações exclusivas..... | 36 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 39 |
| REFERÊNCIAS..... | 41 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema “participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte” e, de um modo amplo, buscará descrever as principais características pertinentes ao tema em epígrafe e, de forma específica, traçar como se é aplicado o benefício, e a pertinência na utilização em processos licitatórios.

A relevância do mencionado assunto se efetiva pelo fato do tratamento diferenciado prejudicar e restringir o mercado na aquisição de itens de extrema importância e complexidade, de maneira que esse benefício acaba por onerar os cofres públicos e não cumprir com o objetivo fundamental da licitação, que é a competitividade juntamente com a escolha da melhor proposta sem prejudicar o princípio da isonomia.

O problema a ser analisado reside na dificuldade de entender o porquê de o Estado atuar de forma tão diferenciada, criando um benefício de exclusividade que se tornou praticamente obrigatório e acaba por restringir o mercado. Para os civilistas, causa estranheza impor tantos entraves às aquisições, de maneira que se deve respeitar esses parâmetros a fim de alcançar o equilíbrio entre legalidade, isonomia a alcance da melhor proposta ao Estado.

Logo, na busca de averiguar respostas para o presente problema, o trabalho tem como objetivo geral discorrer sobre o procedimento licitatório no Brasil, sua evolução, partindo de um contexto histórico amplo para uma análise conceitual e princípio lógico que, aliado à análise de conceitos doutrinários, formará base para um melhor entendimento acerca do tema.

Como objetivo específico buscar-se-á, preliminarmente, fazer um apanhado geral das principais modalidades de licitação e situações excepcionais de dispensa e inexigibilidade do procedimento. Em complemento, far-se-á uma análise dos principais delitos relacionados à licitação pública.

Em relação à abordagem da temática estudada, será utilizado o método dedutivo, mediante a elaboração de um problema com a finalidade de se deduzir o conhecimento a partir das premissas utilizadas no presente estudo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, obtida através da consulta a textos disponíveis em acervos públicos e privados, inclusive em meio eletrônico e/ou digital.

Para melhor compreensão do tema será desenvolvido, no primeiro capítulo, um apanhado histórico, remontando a evolução da licitação pública na Administração Pública. Tratar-se, ainda, dos principais conceitos doutrinários e dos princípios indispensáveis à plena análise do tema proposto.

Posteriormente, a fim de aprofundar o estudo sobre o procedimento licitatório, serão analisadas, no segundo capítulo, as modalidades de licitação e situações particulares em que ela não se exige ou é apenas dispensada.

Finalmente, no terceiro capítulo, superada a fase de explanação dos conceitos acerca do tema e modalidades a ele previstas, abordar-se-á como se dá os requisitos para as empresas enquadradas a usar o benefício, como a legislação rege a exclusividade nos processos licitatórios e a pertinência dessa aplicação em todas as aquisições até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) por item.

2 DA LICITAÇÃO

Este capítulo surge com o objetivo de demonstrar de que forma se dá o procedimento que antecede o contrato administrativo, as causas de dispensa e inexigibilidade e a buscar por selecionar a melhor proposta dentre os interessados em contratar com a Administração Pública, juntamente com as causas de dispensa e inexigibilidade. Entendendo a melhor proposta não somente em razão de seu valor, mas também em razão da possibilidade de o contratante cumprir de forma satisfatória o objeto do contrato e seguir os princípios que norteia o ramo licitatório.

2.1 Do conceito de Licitação

A licitação pode ser conceituada com o processo administrativo que tem como fim a obtenção da melhor proposta.

É apresentada por diversos concorrentes que detém o interesse de contratar com a Administração. Tem por base a ideia de uma competição onde haja isonomia dentre os concorrentes que preencherem os atributos que são exigidos no instrumento convocatório necessários ao cumprimento das obrigações contratuais de forma plena (MARINELA, 2016).

Para uma conceituação mais técnica e completa é interessante a ponderação realizada pela doutrina, Meirelles (2011, et al, p.283 grifos no original) leciona que:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Tem como pressuposto a competição.

Logo, pode-se entender que a licitação nada mais é que um processo administrativo voltado para a realização do contrato mais vantajoso para a Administração Pública e executado pelo indivíduo mais competente para tal.

Dessa forma, busca sempre o atendimento do interesse público, o desenvolvimento sustentável da nação, uma concorrência justa e isonômica e ainda fomentar o crescimento do mercado interno de bens e serviços.

A licitação é considerada processo pela razão de ser compreendida por uma série de atos e procedimentos, legalmente previstos pela Lei 8.666/93 que à disciplina.

Além disso se dá através de uma sucessão de fases e conta com sujeitos diversos na relação, estando todos esses sujeitos a direitos, deveres, ônus e sujeições. Sendo os sujeitos desse processo a Administração Pública na condição de licitador e o particular na condição de licitante (MEDAUAR, 2016).

Nessas circunstâncias, a forma que o dinheiro público é gasto, sempre deve ser seguido por um rigoroso tramite de regras para que desta maneira sejam empregados de forma mais eficiente e vantajosa, buscando sempre o menor preço juntamente com a melhor qualidade.

2.2 Princípios que regem as licitações e os contratos administrativos

Em todas as esferas do governo é permitido fazer compras, de acordo com suas necessidades, assim fomentando o mercado de diversas empresas que tem a possibilidade de se sagrar vencedora de uma licitação e gerar lucro tanto para si quanto para os seus funcionários.

Seguindo esse viés, os princípios são entendidos pela doutrina como os pilares que sustentam todas as estruturas e institutos de determinada disciplina e de todos os atos que a seguem. São preceitos que balizam a interpretação e aplicação das normas jurídicas (MARINELA, 2016).

Os processos licitatórios e os contratos administrativos não são diferentes e devem observar os princípios constitucionais trazidos pelo Art. 37 da Constituição Federal, sendo eles os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse sentido, os princípios trazidos pelo Art. 3º da Lei 8.666/93, que são a isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, os princípios da publicidade dos atos, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ainda, devem seguir os princípios próprios do direito administrativo, muitos deles coincidindo com os que são citados pela Constituição Federal e a Lei 8.666/93, a exemplo dos princípios da legalidade, da moralidade e probidade administrativa e o princípio da publicidade, mas traz também princípios próprios, dentre eles os princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade (MEDAUAR, 2016).

Os princípios citados contam com conceituação longa e complexa e posicionamentos doutrinários que divergem substancialmente, como a grande maioria deles não são o ponto

principal de estudo do presente trabalho, serão abordados os que tem influência direta sobre o objeto de pesquisa, sendo estes os princípios da legalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório, da probidade administrativa, da eficiência, da proporcionalidade e ainda os princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade.

2.2.1 Princípio da legalidade

Na trilha dos dispostos teóricos, o princípio da legalidade define que as atividades administrativas, bem como a licitação, devem estar de acordo com as normas e regras regidas em leis.

Esse princípio encontra embasamento no Art. 4º da Lei 8.666/93, que assevera a todos o direito público subjetivo a observância fiel de todos os procedimentos determinados por ela, bem como a toda a formalidade que é inerente ao procedimento, contudo conforme a jurisprudência somente ocorre o vício ou nulidade quando comprovada a lesão ao licitante ou ao interesse público decorrente da inobservância da lei (MARINELA, 2016).

Cabe salientar, que o respeito a tal princípio se faz ainda mais importante quando se diz respeito a Administração Pública, uma vez que como é disciplinada pelo direito público pode somente fazer o que a lei lhe determina, diferentemente da administração particular, que pode fazer tudo que a lei não lhe proíbe (MEIRELLES, 2011).

Portanto, o processo licitatório precisa ser primeiro, determinado em lei.

2.2.2 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Cumprir destacar que o princípio da vinculação muito se parece com o princípio da legalidade.

Sendo assim, uma vez que também se refere a obediência de uma norma, mas ao invés de uma lei, temos as normas trazidas pelo edital ou pela carta convite, conforme o caso. A não obediência a essas normas acarreta a ilegalidade do certame, sem prejuízo as sanções legalmente previstas (OLIVEIRA, 2017).

À vista do exposto, tem como seu fundamento legal o Art. 41 da Lei 8.666/93: “A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada [...]”.

Parafraseando o disposto aludido pela doutrinadora, esse princípio é de suma importância para que haja uma regra a ser seguida e decisões corretas a serem tomadas, de acordo com o edital

2.2.3 Princípio da moralidade

O princípio da Moralidade, está ligada a uma série de padrões éticos, exigindo que a administração pública tenha um comportamento honesto.

Neste sentido, esse princípio nada mais é que a submissão a todas as regras que se sujeitam as licitações e contratos administrativos, observadas ainda o respeito a legalidade de seus atos e a obediência a sua verdadeira finalidade (MEDAUAR, 2016).

Assim, a moralidade é a honestidade e ética das partes em um processo licitatório, bem como a integridade que cabe aos bens públicos.

2.2.4 Princípio da probidade administrativa

Esse princípio é visto como um mandamento constitucional que pode conduzir a suspensão ou a perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário dos prejuízos causados. Ainda pode ser entendido como “observância dos padrões éticos e morais, da correção de atitudes, da lealdade e da boa-fé” (MARINELA, 2016).

Juntamente com os princípios supracitados, o princípio da probidade administrativa, reforça como é importante a postura do administrador público.

2.2.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência encontra sua base legal no já citado art. 37 da Constituição Federal, é tido como um princípio relativamente novo, pois foi incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98.

A eficiência aqui citada se traduz no exercício realizado com celeridade, livre de vícios ou imperfeições e ainda que tenha um rendimento funcional. Em suma é a busca por resultados práticos, atendimento célere as necessidades do interesse público e zelo com o dinheiro público, ou seja, é a aplicação de fundamentos da administração privada, mas ao invés de se visar o lucro, se visa o maior benefício à sociedade (MARINELA, 2016).

Entretanto, é válido lembrar que de maneira nenhuma se deve violar outro princípio para a correta aplicação do princípio da eficiência.

2.2.6 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, ou ainda da razoabilidade conforme trazem alguns doutrinadores e é conceituado de forma simplificada como o princípio da proibição do excesso.

De certa forma tudo que é em excesso não é bom, assim como no processo licitatório, aonde esse controle deve ser feito para não exceder os limites que possam atrapalhar a concorrência (MEIRELLES, 2011).

Corroborando, nesse sentido, a busca pela harmonia entre os meios que são utilizados pela Administração Pública para que se chegue a determinado fim, é em suma o controle para que a relação não se torne demasiadamente onerosa para o particular que contrata com a Administração. Tal desproporção não gera apenas um desconforto as partes, mas absoluta invalidade de todos os atos que as circundam (MARINELA, 2016).

Em observância ao que expõe a doutrina o princípio da proporcionalidade tem como seu objetivo exercer de certa forma um controle das decisões da Administração, fazendo com que essas sejam calcadas de acordo com a lei e que suas providências sejam tomadas de acordo com a gravidade dos fatos que as invocam, sendo o seu descumprimento objeto de controle do Judiciário e até mesmo do Tribunal de Contas da União, o que não impede que este controle seja feita pelos próprios agentes da Administração (MEIRELLES, 2011).

De acordo com o exposto, de certa forma tudo que é em excesso não é bom, assim como no processo licitatório, aonde esse controle deve ser feito para não exceder os limites que possam atrapalhar a concorrência do certame.

2.2.7 Princípio da supremacia do interesse público

Ainda na mesma matéria, um dos princípios próprios do direito administrativo, o princípio da supremacia do interesse público ou ainda princípio da finalidade como trazem alguns doutrinadores tem um esboço de sua previsão legal na Lei 9.784/99, que é a lei que regula o processo administrativo em âmbito federal.

Dessa forma, esse princípio pode ser considerado como sendo princípio geral de direito de qualquer sociedade, por isso a não existência de dispositivo legal que verse

claramente sobre ele, pois em essência quer dizer nada além de que a regra é que os interesses do coletivo devem se sobrepor aos individuais e que os atos da Administração Pública devem estar sempre revestidos dele, prevalecendo sempre os interesses públicos sobre os particulares (MELLO, 2015).

O interesse público se divide em dois, o interesse público primário que é associado aos interesses coletivos da sociedade e o secundário que se traduz como os interesses individuais do Estado como instituição (ALEXANDRE; DEUS, 2017).

Seguindo a linha doutrinária supracitada, podemos ver que a supremacia do interesse público em relação aos interesses individuais é o principal fator que afasta os contratos administrativos dos particulares, pois o objetivo principal deste primeiro é a satisfação dos interesses públicos primários. Contudo tal princípio não surge apenas como um poder para a Administração Pública, mas sim um poder-dever (MELLO, 2015).

À vista do exposto, é notório que a administração pública deve buscar acima de tudo o interesse público e não o interesse individual.

2.2.8 Princípio da indisponibilidade

Estritamente relacionado com o princípio da supremacia do interesse público está o princípio da indisponibilidade.

Juntamente com o primeiro, forma a base do ordenamento jurídico administrativo brasileiro, sobre o qual todos os outros princípios firmam seus alicerces (MELLO, 2015).

Nesse sentido, a indisponibilidade pode ser entendida como a impossibilidade de que a Administração Pública, na qualidade de gestora dos interesses e dos bens públicos, disponha livremente deles. Porém, devendo exercer o zelo, gerência e cuidados que são necessários a eles e buscar de forma permanente a satisfação do interesse público e a conservação de seus patrimônios (ALEXANDRE; DEUS, 2017).

Ante ao que fora exposto no que diz respeito à supremacia do interesse público e sobre o princípio da indisponibilidade, cabe a observação de que a principal diferença entre os contratos particulares e os administrativos não é apenas a presença da Administração Pública na relação, mas sim o interesse público que o reveste, devendo o administrador público primordialmente respaldar seus atos pensando não somente no que é mais prático, célere ou mais vantajoso para a Administração, mas sim realizar os atos que atendem os interesses públicos, prevalecendo ainda o interesse público primário (interesses coletivos da sociedade)

sobre os secundários (interesses institucionais da Administração), vez que nem sempre o interesse do Estado se confunde com o interesse dos indivíduos que o compõe.

Logo qualquer ato que não seja realizado sobre a ótica do que é o interesse público é ilegítimo, ilegal, nulo e ainda é configurado como desvio de poder ou finalidade. Em suma, a regra de toda a sociedade é a prevalência dos interesses públicos sobre os particulares, sendo tal conceito elementar a todo e qualquer ato da Administração Pública, seus agentes ou ainda aqueles que tem poderes delegados por ela.

2.2.9 Dispensa e inexigibilidade de licitação

Embora a existência de regra constitucional para a realização de licitação prévia aos contratos administrativos, o mesmo Art. 37, XXI da Constituição Federal que assim determina, expõe que pode haver situações em que as licitações não se fazem necessárias. Sendo chamadas então essas situações de compra direta.

Existem no ordenamento jurídico brasileiro duas hipóteses de compra direta, a licitação dispensada ou dispensável e a inexigibilidade de licitação. A dispensa é uma faculdade que a lei dá ao Administrador, de realizar ou não uma licitação, nos termos do que a lei permite. Enquanto a inexigibilidade se relaciona com a impossibilidade de competição, inexistindo pressupostos para a sua realização, existindo somente uma pessoa ou apenas um objeto que atenda às necessidades da Administração (DI PIETRO, 2009).

No caso da dispensa a licitação é perfeitamente viável, basta ver a possibilidade de termos duas pessoas dispostas a contratar com a Administração, contudo o legislador criou tal possibilidade de afastar a licitação mediante o critério adotado pelo administrador com a finalidade de atender ao interesse público de forma mais célere e eficiente (OLIVEIRA, 2017).

A licitação dispensável e a licitação dispensada encontram sua diferença basicamente na faculdade do administrador realizar ou não o certame. Tem-se o conceito que a licitação dispensada é aquela em que a lei determina como tal, o que é o caso do Art. 17 da lei 8.666/93, que trata da alienação dos bens da Administração (MEIRELLES, 2011).

No que diz respeito a licitação dispensável a doutrina traz uma hipótese onde a competição é possível como já fora dito anteriormente, mas é facultada ao Administrador sua realização. As hipóteses de dispensa estão elencadas no rol taxativo do Art. 24 da lei 8.666/93, sendo este rol extenso e de pouca valia para o andamento do presente trabalho, cabe somente ressaltar que ela pode ser dar em quatro categorias: em razão do pequeno valor, em

razão de situações excepcionais, em razão do objeto e em razão da pessoa (DI PIETRO, 2009).

O que configura a inexigibilidade é a inexistência de pressuposto fático da licitação pela falta de competitividade e portando a impossibilidade de haver um tratamento isonômico. Acrescenta ainda o autor que a inexigibilidade não é manifestadamente uma exceção à regra de licitações, mas sim uma situação onde se quer conseguimos aplicar a regra, por falta de seu pressuposto mais importante (OLIVEIRA, 2017).

O rol que define quais as situações em que é inexigível as licitações se encontram no Art. 25 da Lei 8.666/93 e se dá de forma especial no que se refere a aquisição de materiais, equipamentos e gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante exclusivo, profissionais de notória especialização, salvo os serviços de publicidade, e contratação de profissional de qualquer setor artístico consagrado pela crítica ou opinião pública (CARLIN, 2005).

Portanto o objeto da inexigibilidade se resume aos produtos cujo fornecedor é exclusivo, serviços técnicos profissionais e contratação de artistas consagrados. Sendo o rol do Art. 25 um rol aberto, ou seja, não tem caráter taxativo, podendo o Administrador aplicar de outras formas, desde que configurada a impossibilidade de competição (OLIVEIRA, 2017).

Logo pode-se observar que ambas dependem de autorização de órgão superior e devem ser realizadas observando todas as condições que lhes são impostas pela lei, trazendo sempre os elementos de fato e jurídicos que foram utilizados para a verificação de enquadramento de tal aquisição como dispensa ou inexigibilidade ou qual as características que levou a Administração a contratar com determinado indivíduo. Em suma o artigo supra referido prevê a autorização prévia aos referidos institutos bem como a obediência fiel aos requisitos legais por ele dispostos (CARLIN, 2005).

Em todas as esferas do governo é permitido fazer compras, de acordo com suas necessidades.

Deste modo, todos participantes devem ter um tratamento isonômico por parte da comissão da administração pública. Além disso, é obrigação da administração pública não buscar somente a proposta mais vantajosa ao órgão, mas também comprovar que concedeu a todos os participantes capacitados a mesma conjuntura.

No próximo capítulo, abordar-se-á a fase crucial do processo licitatório, sendo elas a maneira a qual é escolhida a modalidade, a fase documental de habilitação e o contrato.

3 MODALIDADES E FASE DE HABILITAÇÃO

Nesse capítulo, pretende-se estudar as modalidades, seu procedimento e de forma mais profunda como se dá a fase de habilitação em um certame licitatório, contratos e quais são os documentos exigidos para tal. Fase está que é a responsável por assegurar, através de documentos mínimos a serem exigidos que o licitante tem condições de contratar com a Administração e cumprir com as cláusulas e objeto do contrato de forma satisfatória.

3.1 Modalidades de licitação

São cinco as modalidades possíveis de licitação, estas que são trazidas pelo Art. 22 da Lei 8.666/93, sendo elas a concorrência, a tomada de preços, o convite o concurso e o leilão, importando para o presente trabalho somente as três primeiras, bem como a modalidade do pregão que fora acrescentada pela Lei 10.520/02.

Como explica Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017) as modalidades relacionam-se com as formalidades que devem ser respeitadas de acordo com o valor do contrato que se pretende realizar e o seu objeto. Sendo a concorrência, a tomada de preços e convite escolhidos em razão de seu valor, conforme o Art. 23 da Lei 8.666/93.

O pregão por sua vez é escolhido em razão do objeto, como vemos a determinação legal trazida no Art. 1ª da Lei 10.520/02:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

À vista do exposto, o pregão é utilizado quando o objeto é de fácil entendimento via edital, onde consta todas as suas características e solicitações do órgão responsável.

3.2 Concorrência

Ainda na mesma matéria, a licitação na modalidade concorrência é a que dentre todas exige maiores formalidades.

Uma vez que como foi exposto anteriormente é a modalidade destinada as licitações que em regra tem os valores mais expressivos, é permitida a participação de qualquer um que tenha interesse em compor a fase de habilitação de tal certame e conta com ampla divulgação (OLIVEIRA, 2017).

A escolha por essa modalidade, no entanto não se condiciona somente aos valores, mas também em razão da natureza do objeto nos casos de compras e alienações de bens imóveis, concessões de direitos reais de uso, nas licitações internacionais, nos contratos de empreitada integral e nas concessões de serviços públicos (MARINELA, 2016).

Nesse sentido, a principal diferença da concorrência para as outras modalidades, não é somente o critério do valor do contrato, mas também a ampla publicidade e a universalidade.

Sendo assim, a universalidade é concebida com a possibilidade de qualquer interessado participar do certame, desde que comprovadas na fase de habilitação preliminar os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital.

Nesse prisma, leciona o doutrinador Di Pietro (2009, p.381-382, grifos no original):

A **publicidade**, nos termos do artigo 21, é assegurada pela publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez, com indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as informações sobre a licitação; a publicação deverá ser feita no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidos por instituições federais; no Diário Oficial do Estado ou do Distrito Federal, quando se tratar respectivamente de licitação de órgãos da Administração Estadual ou Municipal ou do Distrito Federal; e em jornal diários de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação na região ou no município onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição; A publicação, no caso da concorrência, deve ser feita com no mínimo 30 dias de antecedência [...].

De acordo com o exposto acima, essa modalidade é selecionada em contratações mais complexas e necessita de maiores prazos.

3.3 Tomada de preços

Já a modalidade tomada de preços é a modalidade utilizada para a contratação de médio vulto de preços, necessitando o cadastramento prévio ao órgão licitador e deve atender a todos os requisitos de habilitação até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas.

Tais cadastros devem ser mantidos pelos órgãos e atualizados anualmente, sendo estes organizados por categorias de acordo com a especialidade, qualificação técnica e econômica. Podendo o órgão utilizar-se ainda de registros cadastrais de outros órgãos (OLIVEIRA, 2017).

Parafraseando o retro entendimento, essa modalidade se torna uma escolha intermediária, podendo ser comparada em alguns aspectos com a concorrência, com apenas algumas ressalvas a serem observadas.

3.4 Convite

A modalidade convite é a adequada a contratos de valores mais baixos, conforme se observa no Art. 23 da Lei 8.666/93, por este motivo é a modalidade que tem a menor formalidade dentre as anteriores.

Essa modalidade consiste na convocação de ao menos três interessados em contrair contrato com a Administração que operem no ramo em questão, anteriormente cadastradas ou não e convocando ainda todos aqueles que estavam previamente cadastrados e atendem aos requisitos exigidos para a habilitação no certame. Devendo então os interessados manifestar-se em até 24 horas anteriores a data designada a entrega dos envelopes de proposta, sendo o prazo entre o envio do instrumento convocatório (carta convite) e a efetiva realização da seção não pode ser inferior a cinco dias úteis (MARINELA, 2016).

Conforme o supra entendimento, essa modalidade se torna viável em contratações de pequeno valor, e não exige edital, apenas a carta-convite.

3.5 Pregão

A última modalidade que será conceituada é a modalidade de pregão, a única das modalidades que não está prevista na Lei 8.666/93, mas sim em legislação esparsa, na Lei 10.520/02.

Como visto anteriormente tem sua aplicação dada pelo artigo primeiro do referido diploma legal e se destina a aquisição de bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos de forma clara e objetiva pelo edital, através de especificações que sejam comuns e rotineiras no mercado, sendo então a modalidade mais utilizada atualmente, vez que a maioria dos objetos licitados pela Administração se enquadram nessas características (OLIVEIRA, 2017).

Ainda nesse sentido, o pregão pode ser realizado através de meio eletrônico, conforme art. 2º, §1º da Lei 10.520/02 que é regulamentado pelo Decreto 5.450/05.

O Pregão, em suma, tem por objetivo a redução das despesas, tempo de realização dos certames, possibilidade de realização de diversos pregões para aquisição de um mesmo objeto sem a limitação de valor para a realização. Tem ainda como diferença a inversão na ordem de apresentação da habilitação e proposta, apresentando primeiro sua proposta de preços para apresentar os documentos de habilitação somente caso se sagre vencedor do

certame. É de oito dias o prazo da publicação do edital e a realização do certame (MARINELA, 2016).

A análise do excerto colacionado acima, evidencia a importância do pregão para a economia do órgão, e aumenta as possibilidades de adquirir uma melhor proposta pelo valor mais baixo.

3.6 Da fase de habilitação nos procedimentos licitatórios

Os procedimentos das licitações pouco mudam de uma modalidade para outra, sendo a principal mudança uma menor formalidade ou um procedimento mais formal e a ordem em que eles se dão, contudo para a finalidade do presente trabalho não cabe uma análise profunda de todos os procedimentos necessários a realização da licitação, mas somente a um deles, a fase de habilitação e os documentos que nela são exigidos, que será então o tema do tema principal deste tópico.

Tem-se a licitação como um processo, portanto caracteriza-se como uma sucessão de procedimentos (atos preparatórios) que culminam em um fim, sendo nesse caso a realização de um contrato administrativo (DI PIETRO, 2009).

O procedimento de licitação se divide basicamente em duas fases, a interna e a externa. A fase interna contempla os atos iniciais realizados pela Administração até a publicação do instrumento convocatório (publicação do edital ou envio da carta convite) (CARLIN, 2005).

Dessa forma, essa fase destina-se a verificar a necessidade de contratar um terceiro; verificar se estão presentes os pressupostos legais inerentes ao procedimento e determinar que este cumpra a risca as práticas legalmente previstas necessárias a sua validade; definir qual o objeto a ser contratado e as condições em que será contratado e por último se verificar se estão presentes os pressupostos básicos da licitação e se não é caso de dispensa ou inexigibilidade, definir a modalidade pela qual irá se licitar e a elaboração do instrumento convocatório (JUSTEM FILHO, 2012)

Já a fase externa tem seu início com a publicação do edital ou expedição da carta convite, passando para o recebimento da proposta e dos documentos de habilitação (podendo ser invertidas tais ações conforme a modalidade), seguindo-se da habilitação o julgamento das propostas, revogação, anulação e pôr fim a homologação (CARLIN, 2005).

O instrumento convocatório ao qual faz menção a doutrina é nada mais que o edital ou a carta convite, ele é o instrumento que contém as regras específicas do certame em

questão e tem seus elementos obrigatórios elencados pelo art. 40 da Lei 8.666/93, que apesar de ser um rol exaustivo podemos retirar como as principais exigências o objeto a ser licitado e sua descrição sucinta e clara, os prazos e condições para a assinatura do contrato, as sanções a que se submetem os licitantes em caso de descumprimento de suas cláusulas e quais são os documentos necessários a habilitação bem como de que forma se dará o julgamento das propostas (OLIVEIRA, 2017).

Passando então ao ponto principal do presente tópico, a habilitação no procedimento licitatório, nada mais é do que o momento do processo onde se verifica se o licitante possui capacidade de contratar com a Administração e executar de forma satisfatória o contrato (MEDAUAR, 2016).

Esta etapa, em regra antecede o julgamento das propostas, sendo o oposto ao tratarmos do pregão, que é a modalidade mais difundida nos tempos atuais, onde a proposta antecede a fase de habilitação (OLIVEIRA, 2017).

Em suma a habilitação pode ser compreendida como o conjunto de documentos destinados a comprovar a personalidade jurídica do licitante, sua capacidade técnica, sua idoneidade financeira e sua regularidade fiscal e trabalhista. A fase de habilitação encontra sua base legal em um primeiro momento no Art. 37, XXI da Constituição Federal, uma vez que ele determina somente serão exigidas a qualificação técnica e econômica indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações, devendo sempre analisar o princípio da proporcionalidade.

A habilitação se divide em habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e comprovação de obediência as normas trabalhistas trazidas pelo art. 7º, XXXIII da norma constitucional, nos termos do que dispõe o art. 27 da Lei 8.666/93.

Contextualizando os aspectos legais, o art. 28 da Lei 8.666/93, traz em seu texto quais são os documentos necessários a habilitação jurídica:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

À vista do exposto, cabe salientar que esses documentos são de suma importância para a comprovação no ato de credenciamento da empresa.

Seguindo esse viés, a habilitação jurídica é, portanto, o meio pelo qual se prova a capacidade de fato de o indivíduo (pessoa física ou jurídica) contrair contrato com a Administração e a regular disponibilidade para o desempenho de suas faculdades jurídicas (JUSTEM FILHO, 2012).

Nesse sentido, a qualificação técnica e a econômico-financeira não se mostram de grande relevância para o andamento do presente trabalho, para tanto cabe apenas ressaltar que encontram seu amparo legal respectivamente nos artigos 30 e 31 da Lei 8.666/93 e o primeiro é entendido como a demonstração de aptidão técnica para a execução do objeto contratual obedecendo a proporcionalidade, sendo então mais ou menos criteriosa de acordo com o objeto. Quanto a qualificação econômico-financeira é a demonstração de aptidão da capacidade financeira de executar o contrato (OLIVEIRA, 2017).

Já a regularidade fiscal e trabalhista, a qual tem seu amparo legal no Art. 29 da Lei 8.666/93, é conceituada como a prova de que o licitante está em dia com suas obrigações fiscais junto as fazendas federais, estaduais, municipais, seguridade social, ao fundo de garantia e às obrigações trabalhistas (CARVALHO FILHO, 2017).

Ainda nesse sentido, a obrigatoriedade não se traduz apenas em quitação dos débitos fiscais.

Sendo assim, não restringindo-se somente à regularidade, podendo ser habilitado então o licitante que mesmo devendo se encontre em situação regular perante as fazendas públicas e seguridade social, como é o caso dos parcelamentos de débitos fiscais ou decisão judicial em sede liminar que suspensa a cobrança de dado tributo (OLIVEIRA, 2017).

No entanto é importante a observância sobre o que dispõe o Código Tributário Nacional:

Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.

Deste modo, mesmo com dívidas em aberto a empresa deve apresentar certidão negativa com efeitos de positiva, comprovando a situação da empresa.

Seguindo o exposto acima, a comprovação de regularidade se dá através da apresentação de certidões negativas emitidas pelas fazendas federais, estaduais e municipais e

pelos demais órgãos aos quais compete a fiscalização da regularidade fiscal exigida no art. 29 da Lei 8.666/93 (OLIVEIRA, 2017).

Elucida-se que as certidões são emitidas em obediência aos Art. 205 do Código Tributário Nacional:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Sendo assim, qualquer empresa pode requerer a emissão dessas certidões, sem custo algum.

Cabe ressaltar a grande discussão doutrinária existente a respeito do tema, uma vez que muito se fala em um abuso de poder por parte da Administração nessa exigência, uma vez que tem-se observado que tal exigência vai além de apenas selecionar o melhor licitante para contratar com ela, mas sim uma forma de punir aquele que se encontra irregular e o forçar a pagar seus tributos por meios que não se apresentam como os mais corretos.

Configura um exemplo de mentalidade do legislador conforme elucida Marçal Justen Filho (2012, p.475):

Caracteriza-se, sem qualquer dúvida, o desvio de poder, pois a competência atribuída a Administração Pública para selecionar apenas licitantes aptos a executar satisfatoriamente determinada prestação passou a ser utilizada para "punir" aquele que não pagou pretensas dívidas. A configuração de desvio de poder é ainda mais inquestionável porque existe outro instrumento jurídico previsto como adequado para satisfazer os interesses colocados sob tutela do Estado que estaria sendo buscado pela Administração. Ou seja, a via própria para exigir o pagamento de créditos fiscais é a cobrança por via executiva, sujeitada a procedimento específico, não se instituiu a avaliação da regularidade fiscal como instrumento jurídico para tanto.

De acordo com o autor, as empresas que estão com dívidas em aberto, mas de alguma forma estão pagando, são aptas a participar do processo licitatório.

Por sua vez a regularidade trabalhista é comprovada através de certidão negativa de débitos trabalhistas emitida pelo Poder Judiciário e por meio de declaração ao qual manifeste o pleno cumprimento do que dispõe o inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal que proíbe a exploração de trabalho de menores de 14 anos e de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, bem como não emprega menos de 18 anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre (OLIVEIRA, 2017).

Quanto a regularidade fiscal deve-se observar os benefícios concedidos pela Lei Complementar 123/2006, que institui o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno

Porte, que confere as empresas enquadradas nesses termos alguns benefícios quanto a apresentação dos documentos (FURTADO, 2015).

Seguindo o supra entendimento, esse benefício dá a possibilidade de apresentar a referida documentação somente para efeito de assinatura do contrato, conforme art. 42 da Lei Complementar 123/2006: “Nas licitações Públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura de contrato”, sendo assim, um benefício dado as microempresas.

Seguindo esse viés, no caso de documentos que apresentem alguma restrição, estes podem ser reapresentados num prazo de cinco dias úteis, podendo ser prorrogado por mais cinco para a apresentar a documentação devidamente regularizada, caracterizando a não apresentação em tempo hábil a decadência do direito de contratar.

Contextualizando os aspectos legais acima, tem seu embasamento no Art. 43 da LC 123/2006 em seus parágrafos 1º e 2º:

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

Em suma o que os artigos supra citados referem-se é que a microempresa ou a empresa de pequeno porte, mesmo que em situação de irregularidade fiscal podem ser habilitadas em procedimento licitatório, desde que apresente os documentos já regularizados no momento da assinatura do contrato ou então em cinco dias úteis da data do certame, podendo ser prorrogado por igual período.

É fundamental que se registre que todas as condições de habilitação assumidas pelo licitante são cláusulas necessárias a manutenção do contrato conforme dispõe o art. 55, XIII da Lei 8.666/93, sendo motivo para a rescisão do contrato nos termos do art. 78 do mesmo diploma legal (FURTADO, 2015).

Ante ao que trazem os aludidos artigos, fica claro que é obrigação do contratado a manutenção de todos os requisitos de habilitação durante toda a duração do contrato, sob pena

de rescisão do mesmo sem prejuízo a sanções administrativas, conforme será exposto em tópico específico adiante.

Contudo, nos termos do que ensina Marçal Justen Filho (2012), antes de aplicar a rescisão contratual deve-se sempre observar o princípio da proporcionalidade, sendo também indispensável a análise prévia de cada caso específico. Não devendo a Administração aplicar tal dispositivo de forma automática, mas sim analisar se há a possibilidade de sanar a irregularidade que venha a surgir durante o andamento do contrato.

Um exemplo prático para melhor elucidar sobre o que se fala é do particular que no decorrer do contrato deixa de quitar suas obrigações junto a seguridade social. No que pese a gravidade de sua conduta, é perfeitamente aceitável que o contrato seja então notificado de sua irregularidade e possa quitar a dívida. Mantendo então o contrato sem óbice algum.

3.7 Características do contrato administrativo

Primordialmente é importante frisar o notório fato de que a administração pública não pode produzir sozinha tudo o que necessita para o seu funcionamento e para a realização de suas atividades fins. Sendo necessária então a aquisição de bens, realização de obras e prestação de serviços, estes que são providos por particulares, através de contratos administrativos, observando sempre o interesse público, este que deve pairar sobre todos os atos que envolvam a administração pública.

O conceito de contrato administrativo não se afasta por completo do conceito de contrato particular apresentado anteriormente neste capítulo, ou seja, é em suma um ato bilateral onde existe um acordo de vontades com a finalidade de obter direitos e gerar obrigações, com a ressalva de figurar em um dos polos a administração pública e que por sua presença nessa relação jurídica, deve-se observar então as normas que são inerentes ao direito público, o interesse público e algumas características especiais, conforme será abordado adiante.

Seguindo o exposto acima, contratos administrativos podem ser conceituados como um modo de expressão da administração pública, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos, principalmente reconhecendo, modificando e extinguindo direitos, aplicando sanções, restrições e obrigações, sempre observando os limites da lei (MEDAUAR, 2016)

No que diz respeito aos contratos administrativos que são o tema do presente tópico, encontram sua conceituação nas lições de Rafael Carvalho Resende Oliveira (2017, p.243), in

verbis: “São os ajustes celebrados entre a Administração Pública e o particular, regidos predominantemente pelo direito público, para a execução de atividades de interesse público”.

Simplificando, os contratos administrativos são uma forma de convenção entre a administração pública e o particular sob a disciplina das normas do direito público e o princípio da supremacia interesse público.

Contudo é cónito que seja analisada a conceituação mais legalista trazida pela nobre doutrinadora Odete Medauar (2016, p.262):

Constituem objeto de tais contratos as obras, compras, serviços, alienações, concessões, permissões e locações, segundo vem indicado o art. 2º, *caput*, da Lei 8.666/93. Para os fins dessa lei, o parágrafo único do mesmo artigo considera contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

De acordo com o exposto acima, fica claro que o contrato administrativo é então a materialização da expressão da vontade de dois indivíduos que objetivam realizar um negócio jurídico, figurando em um dos polos o poder público, trazendo junto a ele a necessidade do respeito à supremacia do interesse público, buscando em sua finalidade a benesse à coletividade.

Contudo, não é a finalidade pública, o objeto ou se quer o interesse público que define o que é um contrato administrativo, mas sim todos esses fatores juntos somados a disciplina legal de direito público de que são investidos os contratos. Ou seja, que torna de fato um contrato da administração em um contrato administrativo propriamente dito é ele ser regido por normas de direito público (MEIRELLES, 2011).

Neste sentido, as normas de direito privado serão somente aplicadas onde as normas de direito público são omissas, desde que não vá contra o que determina a Constituição Federal, a Lei 8.666/93 ou ao princípio da supremacia do interesse público.

Além da Constituição Federal, a Lei 8.666/93 que disciplina as licitações e contratos administrativos e a aplicação subsidiária do Código Civil Brasileiro dispõe ainda de outros diplomas legais, sendo eles a Lei 9.784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a Lei 10.520/02 que institui a modalidade pregão nas licitações e em razão dela o decreto 5.450/05 que regulamenta o pregão na forma eletrônica.

No próximo capítulo, abordar-se-á as peculiaridades da participação exclusiva das microempresas em processos licitatórios, aspectos legais, benefícios e polemicas acerca do tema.

4 PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS

Este capítulo surge com o objetivo de demonstrar de que forma se dá o procedimento destinado a participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte, quais os benefícios e problemáticas acerca do tema, e, juntamente com isso, deixara claro a maneira com que os adventos da Lei Complementar 147/2014 trouxeram inúmeras alterações ao Estatuto Nacional de microempresa, insculpido na Lei Complementar 123/2006, no que tange o referido estudo, a participação exclusiva de para microempresas e empresas de pequeno porte.

4.1 Síntese histórica do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte

Inicialmente, buscava-se um processo de desburocratização na estrutura organizacional da Administração Pública, sendo a principal meta a sistematização e uniformização das normas que versavam sobre as microempresas, já que até então o que existia eram apenas leis esparsas referentes a casos específicos.

Foi então que em 1984, surgiu o primeiro estatuto da Microempresa (Lei nº 7.256/84) que trazia para os microempresários alguns benefícios tributários, administrativos, trabalhistas, previdenciários, creditícios e de desenvolvimento empresarial, e cuja vivência perdurou por quase uma década.

Em função dessa premissa, desde 1984 até os dias atuais, houve uma sucessão de estatutos para dar tratamento diferenciado aos micros e pequenos empreendimentos, com poucas alterações de estrutura (RAMOS, 2008).

Podem ser citadas várias normas, aprovadas nesse sentido, como a Lei nº 7.256/84, a Lei nº 8.864/94 e a Lei nº 9.841/1999, que estabeleciam normas gerais para as microempresas.

A Lei complementar nº 123/2006, contudo, inovou ao regram expressamente sobre o tratamento diferenciado no âmbito das licitações públicas, criando dispositivos de preferência e a possibilidade de certames diferenciados, em detrimento das demais pessoas jurídicas

4.2 Lei complementar 123/2006

A Lei Complementar 123/06 apresenta um conjunto de normas jurídicas voltadas ao tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte. Tais normas se coadunam com o princípio instituído no inc. IX do art. 170 da Constituição Federal, que prevê o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Coadunam-se, ainda, com a disposição constitucional do art. 179, que determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (SANTOS, 2015).

O conceito para as duas espécies, encontra-se delimitado no artigo 3º da lei complementar.

Respeitadas as ressalvas legais, considera como microempresa ou empresas de pequeno porte a sociedade empresaria, a sociedade simples e o empresário a que se refere o artigo 966 do Código Civil de 2002, devidamente registrados no registro de empresas mercantis ou no registro civil de pessoas jurídicas, conforme o caso, desde que, no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), e, ainda, de acordo com a Lei complementar 155, de 2016, a qual alterou a redação do inciso II, do caput 3º da Lei complementar 123/2016, ampliando assim para igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), o limite para enquadramento com empresa de pequeno porte (TORRES, 2019).

Quando analisado o texto original da LC 123 publicado em 2006, nota-se que o limite para enquadramento se iniciou em R\$ 2.400.000,00 (Dois milhões e quatrocentos mil reais), após uma atualização para R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), a LC 147/2016 alterou novamente o texto fixando novo valor limite de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Em que pese o aparente aumento dos limites, há que se perceber que atualizando o valor publicado em 2016 pela inflação, até os dias atuais, os limites reais são praticamente os mesmos.

Considerando que há o acúmulo de mais de 101% de inflação resta claro que a adequação dos valores não foi um aumento do benefício, mas uma equiparação com o valor da moeda atualizado⁵.

Além do exposto acima, para efeitos de enquadramento na definição de microempresas ou empresa de pequeno porte a que alude a LC 123/2006, cabe transcrever trecho do voto do Relator Min Walton Alencar Rodrigues (Acórdão 1702/2017, Plenário, TCU) “a receita bruta a ser considerada é a referente à atividade efetivamente exercida como fato gerador dos tributos, não importando para tanto a natureza jurídica da empresa ou a descrição de suas atividades no cadastro de pessoas jurídicas’.

Não obstante, é impiedoso que os benefícios apresentados sejam razoáveis e restem equilibrados com os preceitos ínsitos aos princípios constitucionais relativos aos procedimentos licitatórios.

4.3 Enquadramento na condição de microempresas e empresas de pequeno porte

Somente têm direito ao tratamento diferenciado e favorecido nas licitações as empresas enquadradas ou qualificadas como microempresas e empresas de pequeno porte, e a administração Pública cabe a exigir a prova dessa condição.

O direito de receber o tratamento diferenciado nas licitações constitui direito subjetivo público de qualquer empresa que se encontre nos limites de faturamento bruto anual estabelecidos no art. 3º da LC 123/2006 e não incorra nas situações jurídicas indicadas no § 4º do mesmo dispositivo, sendo esse o único requisito fixado em lei.

O tratamento diferenciado e favorecido, no que tange as aquisições públicas, não depende, portanto, de adesão ao regime tributário denominado legalmente de Simples nacional. Mesmo porque o regime tributário simplificado não é necessariamente o melhor regime tributário a ser seguido pelas microempresas e empresas de pequeno porte. Ao reverso, o simples nacional pode ser prejudicial as empresas sob o ângulo do comprometimento tributário (SANTOS, 2015).

De acordo com o autor, a adesão ao simples nacional constitui prova suficiente da condição de microempresas e empresas de pequeno porte, mas o reverso não corresponde necessariamente que a não adesão ao simples retire da empresa a possibilidade de receber tratamento diferenciado e favorecido nas contratações públicas.

⁵Cálculo índice IPCA realizado e disponível em: <https://calculoexato.com.br>

Ainda é importante salientar que o uso do benefício da LC 123/2006 é feito de forma indevida por muitas empresas, portanto a administração licitante deve indicar nos editais de licitação, que será aceita qualquer prova de faturamento bruto anual para demonstrar a condição microempresas e empresas de pequeno porte, entre eles o balanço patrimonial e declarações de imposto de renda (TORRES, 2019).

Cabe ainda salientar que segundo o Tribunal de Contas da União, o uso indevido de tal benefício implica em fraude, justificante da aplicação da sanção da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública (Acórdão nº 1172/2012-Plenário, Relator Min. José Múcio Monteiro, 16.5.2012).

Desta feita, a legislação ainda prevê a exclusão do tratamento jurídico diferenciado, quando a empresa de pequeno porte exceder os limites legais de receita bruta para tal qualificação, no sentido do artigo 3º da LC 123/2006.

Cabe ainda salientar que a LC 123/2006 traz em seu art. 3º § 10, que empresa de pequeno porte que no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassar o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º estará excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar.

Seguindo esse viés, é importante esclarecer que a exclusão do benefício somente ocorrerá no ano corrente caso a empresa obtenha um faturamento superior a 20% do limite imposto pela lei, caso isso não aconteça, o benefício deixará de ser aplicado no ano subsequente.

Sendo assim, para o uso efetivo do benefício, obrigatoriamente deve-se comprovar a situação cadastral da empresa.

4.4 Cota reservada de 25%

Seguindo o mesmo prisma, o inciso III do artigo 48 da LC 123/2016 determina que em certames para aquisição de bens de natureza divisível, será aplicado a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Sendo assim, não será permitida a cota de 25% para outros tipos de contratações que não sejam para aquisição de bens, como por exemplo em licitações de obras ou serviços.

Portanto, é comum a percepção de que a cota poderia ser dada por duas formas: “no item” ou “de item”. Na primeira maneira, é aplicado o benefício em cada item do processo, já

na segunda alguns itens são separados para que sejam exclusivos para a participação de ME e EPP (TORRES, 2019).

Na hipótese de cota reservada, na mesma licitação, até 25% do objeto, se divisível é disputado por microempresas e empresas de pequeno porte e o percentual restante de 75% é aberto para todos os fornecedores.

Ainda, a respeito do mesmo assunto elucida Marçal Justen Filho (2021, p.95) reforça que a licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas em conjunto em um único procedimento, documentado nos mesmos autos.

Sendo assim, as licitações divididas em itens, lotes, ou grupos, cada item representa uma licitação separada das demais, com julgamentos e adjudicações independentes.

4.5 Licitações com participação exclusiva

A Lei Complementar 147/2014 trouxe inúmeras alterações ao Estatuto Nacional de microempresa, insculpido na Lei Complementar 123/2006, no que tange o referido estudo, a participação exclusiva de para microempresas e empresas de pequeno porte.

Ainda assim, deve ser respeitado certos critérios, como a adequação entre as diferenças reais e o fator de discriminação usado além da consonância entre este tratamento diferenciado e o próprio ordenamento jurídico (MELLO, 2008).

Na busca pelo desenvolvimento econômico, o legislador determinou que em casos específicos a administração pública deverá realizar o processo licitatório exclusivo para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Desta feita o artigo 47 da LC 123/2006 evidencia que:

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

Portanto, a busca pelo tratamento diferenciado tem como objetivo o desenvolvimento municipal e regional, mostrando-se evidente no exposto pela lei.

No mesmo sentido, a lei deixa claro a busca por fomentar o mercado local, em texto incluído pela LC 147/2014 que alterou o § 3 do artigo 48 da LC 123/2016 os benefícios

referidos poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Importante frisar que de acordo com o manual de licitações do Tribunal de Contas no Paraná, as alterações trazidas pela Lei Complementar nº. 147/2014, a realização das licitações exclusivas às microempresas ou com cotas exclusivas não dependem mais de regulamentação por lei local, nem mesmo de previsão no edital, de forma que até mesmo as regras dos artigos 48 e 49 passaram a ter aplicação direta.

Elucida-se, ainda, que de acordo com o inciso I do artigo 48 da LC 123/2006, 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).

Dessa forma, desde que haja uma fundamentação consistente amparada por lei, poderá haver licitações exclusivas para a participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Igualmente a tal imposição legal, o que descaracteriza ato discricionário do ente licitador o artigo 48, I, da Lei 147/2014 é claro em estabelecer, como regra ao administrador em realizar processo licitatório exclusivo a microempresas e empresas de pequeno porte nos itens e não valor global.

Sobre o tema, cabe transcrever trecho do voto do Ministro Relator Guilherme Palmeira, Acórdão nº 1231/2008, Plenário, TCU:

Nada obstante a existência do preceito constitucional da realização de licitação para as contratações públicas com o objetivo de melhor atendimento ao interesse público, assegurado o tratamento isonômico entre os participantes, não há que se olvidar que é também princípio constitucional o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (CF/88, art. 170, IX e 179), com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais. Creio que esses princípios não se antagonizam, ao contrário. Formam um todo harmônico em busca, justamente, da almejada isonomia, da igualdade. Dessa forma não vejo como prosperar a tese de inconstitucionalidade aventada.

De acordo com o exposto acima, fica evidente que a regra intitulada como geral, é que em todas as licitações cujo valor não seja superior a R\$ 80.000,00 por item, devem ser destinadas a participação exclusiva.

4.6 Inaplicabilidade das licitações exclusivas

A aplicabilidade do tratamento exclusivo para os processos de contratação por órgãos públicos pode não satisfazer o principal objetivo da administração nessa área, que é a obtenção da melhor proposta e o respeito à isonomia.

Evidente apresentar que em toda regra se admite exceção, de maneira com que o objetivo maior seja do interesse público em contratar a melhor proposta e assim, com a devida fundamentação técnica ampliar a disputa para empresas não enquadradas.

Podemos concluir com clareza que o artigo 49 da LC 123/2006 trata da inaplicabilidade das licitações exclusivas, não aplicando o disposto nos artigos 47 e 48 quando:

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Sendo assim, tais ressalvas devem ser devidamente fundamentadas e cumpridas pela administração pública, para que não seja aplicado as disposições presentes no art. 47 e 48, fazendo assim cumprir-se os incisos II e III do art. 49 da LC 123/2006.

A análise do inciso II pode gerar muita controvérsia quando analisado a fundo, de certa forma cria-se uma leve contravenção, pois refere-se a três fornecedores locais e regionais, que cumpram as exigências do edital e sejam capazes de competir na licitação. Portanto, é imprescritível que estas tenham condições de concorrerem no certame, atendendo as condições impostas pela administração.

Seguindo esse viés, o inciso III do art. 49, prevê a não realização da licitação diferenciada quando não for vantajoso para a administração ou quando tal resultar em prejuízo conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, fato esse que, por obvio, deverá ser devidamente motivado no processo respectivo.

Na análise dos pontos e contrapontos para adoção, ou não, da exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte a Administração deve ponderar, inclusive, se no caso em concreto atende mais o interesse da população, fomentar o comércio de microempresas e empresas de pequeno porte da região ou ter maior garantia de que o objeto da licitação será cumprido integralmente, principalmente quando os objetos se tratarem de produtos essenciais à saúde da população.

4.7 Pertinência das licitações exclusivas

Analisando todo o exposto no decorrer dos capítulos, é possível analisar o tratamento diferenciado disposto pela LC 123/2006 como não sendo totalmente isonômico, pois em tese criou-se uma demanda obrigatória de licitações exclusivas microempresas e empresas de pequeno porte, aonde a regra geral rege todos os procedimentos licitatórios sem a devida análise a fundo do bem a ser licitado.

Além do mais, o objetivo principal da lei é fomentar o mercado local e regional aonde atuam as empresas beneficiárias, mas a grande realidade é que isso acontece em poucos casos.

Em ramos aonde o objeto licitado gera uma grande demanda, ou são materiais de cunho extremamente específicos, como é o caso da área da saúde a qual engloba vários tipos de medicamentos por exemplo, acaba gerando problemas quando restringido apenas a essas empresas beneficiárias.

No mesmo sentido, essa demanda muitas vezes não consegue ser suprida totalmente pelas microempresas e empresas de pequeno porte, e na realidade impede a participação de empresas distribuidoras não enquadradas no mesmo regime tributário das beneficiárias, dos próprios fabricantes, e de grande parte das empresas que tem amplo espectro de negociação na aquisição dos demais produtos que geram demandas na Administração Pública, para melhor competir, existem também as hipóteses de desoneração tributária (que não beneficiam as microempresas e empresas de pequeno porte), sendo assim, flagrante que o preceito constitucional da melhor compra não será atendido.

Há um desnivelamento de normas: em âmbito Constitucional o artigo 37 caput e inciso, XXI, que estabelecem que as despesas com a aquisição de insumos para a Administração pública, deverá sempre observar a economicidade e a melhor compra. De outro, a norma hierárquica inferior, que determina o tratamento especial setorial, às micro e pequenas empresas. Este tratamento setorial, por ser especial em relação a norma geral, deve ser observado, por expressa disposição do artigo 49 da referida LC 123/06, em casos em que a aplicação dos benefícios setoriais não onere, afaste concorrentes ou, em última análise, acabe por impedir a melhor compra, com mais expressiva vantagem a aquisição.

Nesta linha, leciona Ivan Barbosa Rigolin (2018, p.09):

[...] diante do disposto no inc.III, e apenas diante disso, já é possível concluir que jamais a administração precisará observar os arts. 47 e 48, porque jamais é vantajoso para a administração suprimir uma parte dos potenciais licitantes. Jamais é vantajoso a quem quer que seja reduzir a concorrência entre os seus potenciais fornecedores.

A essência da licitação é a busca pela competitividade, e quanto maior a competitividade, mais baixo o preço pago pela Administração Pública, dessa forma, deve-se buscar o maior número possível de participantes em qualquer procedimento licitatório, e os Tribunais de Contas com frequência apontam como defeito de licitações a pouca publicidade, que gerou poucos participantes e com isso pouca competição.

A seguir assim, a legislação brasileira, espera-se que para participar de licitação até R\$ 80.000,00 por item, somente se admitirá pequena ou microempresa. O único entrave no momento para tanto é a Constituição Federal e a legislação de normas gerais de licitação.

Quando analisada com atenção, a LC nº 123/06 absolutamente não obriga coisa alguma nesse sentido, uma tese como essa se revela simplesmente ilegal, porque contraria o mais alto princípio da licitação, que é o da maior competitividade possível entre os licitantes, juntamente como princípio e como norma objetiva no art. 3º, §1º, inc. I, da Lei Nacional de Licitações.

Sendo assim, licitação é sinônimo de competição, de modo que o art. 3º da Lei nº 8.666/93, que é a lei das normas gerais de licitações e contratos administrativos no Brasil e, portanto, se situa acima de leis como é a LC nº 147/14, assim determina:

Art. 3º [...] §1º É vedado aos agentes públicos: I – admitir, tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive no caso de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto.

Desta feita, ao tentar restringir a competitividade nas licitações, e privilegiar as microempresas, a LC nº 123/06, com a redação que lhe deu a LC nº 147/14, a Lei das microempresas e das empresas de pequeno porte, traz um grande benefício quase incontestável, ficando somente o inc. III do art. 49, que a LC nº 147/14 para resguardar o direito a competitividade.

Qualquer restrição à mais ampla competição possível de licitantes, se não for por específica e justificável razão técnica que o edital ou o expediente da licitação evidencie, contraria diversos momentos deste inc. I do §1º do art. 3º da Lei de Licitações, a saber que nitidamente compromete, restringe e frustra a competitividade, estabelece preferências às microempresas apenas por serem microempresas e não porque o objeto justifique as preferências, na busca por fomentar as empresas do local em que se licita, acaba violando e comprometendo a igualdade de todos dentro do direito.

Por fim, a inarredável conclusão a que se chega é que o benefício era para ser uma lei visando ajudar o crescimento das referidas empresas, mas acaba por onerar os cofres públicos

de forma exorbitante e ao mesmo tempo que acaba beneficiando e/ou facilitando as fraudes de empresários inescrupulosos que acabam por abrir novas empresas em nome de terceiros para que possam participar e afastar as grandes empresas que não tomam essa atitude nas licitações públicas.

5 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo exposto, elencou-se os princípios que norteiam a Administração Pública, expondo sua principal aplicação e aonde atuam em importante complemento com o andamento dos processos administrativos. Nos dias atuais, respeitar um princípio mostra-se tão necessário quanto o respeito à norma acerca do tema.

No segundo capítulo, buscou-se trazer as várias modalidades que permeiam o procedimento licitatório e situações excepcionais que dispensam ou deixam de exigir a rotina legalmente prevista, e por fim o contrato administrativo.

No terceiro capítulo, fez-se um apanhado acerca do procedimento tido como obrigatório em licitações até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e por derradeiro, como resultado a observância da notória existência de disparidade entre as micro, empresas de pequeno porte e as grandes empresas.

Cumpre salientar que não se discute aqui que a Administração não deve aplicar os benefícios expostos na lei. Pelo contrário, tais prerrogativas da administração são fundamentais para que seja preservado a supremacia do interesse público, juntamente com o tratamento diferenciado, que por sua qualidade de representante dos interesses públicos o qual deve sempre buscar o que é necessário para melhor atender as necessidades coletivas e melhorar suas estruturas para atingir de forma plena sua atividade fim.

O presente trabalho teve como objetivo analisar os aspectos principais das licitações excluídas, haja vista que o tema se mostra de suma importância para o funcionamento da Administração Pública, figurando hodiernamente entre os principais assuntos estudados pelo Direito Administrativo pátrio atualmente.

Com a pesquisa realizada no presente trabalho de conclusão de curso chegasse ao entendimento que o benefício aplicado as microempresas é um termo muito relativo quando aplicado na pratica, a real lacuna a ser ultrapassada e repensada são as fontes normativas as quais às disciplinam, e a necessidade do cumprimento estrito ao artigo 49, e seus incisos presentes na LC 123/2006 para não haver uma restrição de mercado.

Assim a presença de todas as características e prerrogativas somadas a mais importante diferença que surge entre as licitações abertas a todos os fornecedores e as restritas, que é o interesse público aos qual deve se revestir os atos da Administração. Desde a cogitação da necessidade de contratar, passando pelo certame licitatório e a execução e fiscalização do objeto do contrato.

O que se discute são os excessos cometidos pela Administração Pública atual na utilização de suas prerrogativas, ignorando que são sujeitas ao regime de direito público e por tal qualidade que devem fazer somente aquilo que a lei determina, de certas formas ainda que seus atos devem obedecer a uma finalidade pública e que nem sempre o interesse público se confunde com o interesse do Estado. O que se tem na atualidade é a supremacia do interesse do Estado, valendo-se das prerrogativas que lhes são ofertadas na Lei 8.666/93 para ao invés de atender ao interesse público, tem se destinado a encobrir as falhas e irregularidades cometida pela própria Administração, principalmente no que tange a destinação das verbas públicas.

Desse modo, não pode a Administração abusar da condição privilegiada trazida pela possibilidade de aplicar a partição exclusivas, sem a devida observância do que é aplicar um benefício e do que é restringir o mercado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R; DEUS, J. **Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BARROS, W. P. **Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/jul/2019.

_____. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 01/nov/2019.

_____. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 01/nov/2019.

_____. **Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014**. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 01/nov/2019.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 01/nov/2019.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 01/nov/2019.

_____. **Lei nº 10.520, de 10 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 01/nov/2019.

CARLIN, V. I. **Direito Administrativo: Doutrina, Jurisprudência e Direito Comparado**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, M. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRANCISCO, J. C. Da Seguridade Social in: BONAVIDES, P (org.). Et al. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FURTADO, L. R. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 15. Ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11.ed. São Paulo: 2005, Dialética.

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, H. L.; et al. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

NIEBUHR, J. M. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVEIRA, R. C. R. **Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIGOLIN, I. B. **Combatendo mitos em licitação e contratos**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 17, n. 201, p. 53-62, set. 2018.

RODRIGUES, R; GONÇALVES, J. C. **Procedimentos de Metodologia Científica**. 8. ed. Lages: Papervest, 2017.

SANTOS, J. Ana. A. **Licitações & o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

TORRES, R. C. L. **Leis de licitações públicas comentadas** 10. ed. Salvador: ed. JusPodivm, 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. **manual de licitações**. Versão 1. Curitiba: Sebrae-PR, 2017. 96 p

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão n° 1231/2008, TC 008.371/2007-08**. Rel. Min. Ministro Relator Guilherme Palmeira, 25 de abril de 2008. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br>> Acesso em: 02/nov/2019.

_____. **Acórdão n° 1702/2017, TC 017.572/2017-18**. Rel. Min. Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, 25 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br>> Acesso em: 02/nov/2019.