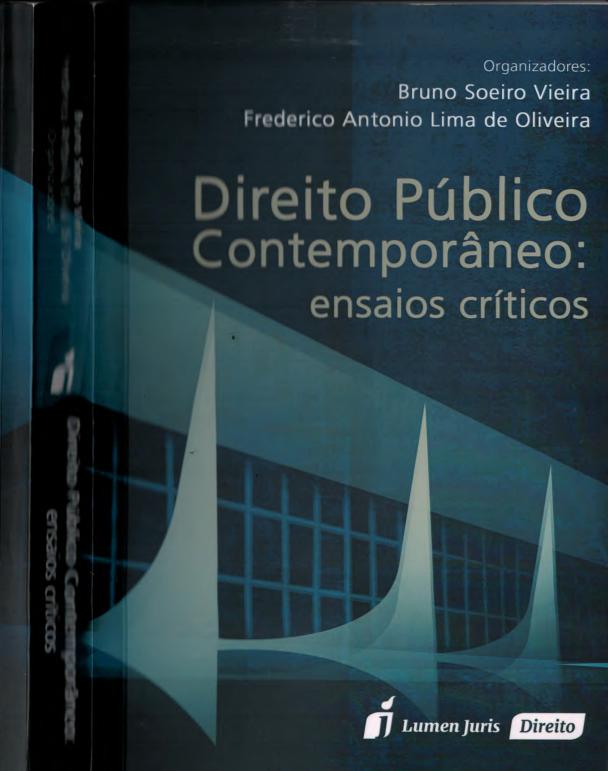
Em mundo pós-moderno em franca e rápida mudança, no qual a respostas formuladas pelas ciências sociais aplicadas são, agora, insuficientes, faz com que seja necessário que os juristas e os pesquisadores da ción cia jurídica busquem referenciais alternativos e de natureza interdisciplinar de modo que suas pesquisas sejam propositivas, mas, precipuamente, apresentem alternativas críticas às questões contemporaneas

É nessa perspectiva que essa obra traz à colação artigos de juristas e pesquisadores de diversos estados brasileiros no intuito de apresentar ensaios críticos às múltiplas questões contemporâneas que suscitam preocupação e que, por isso, requerem uma reflexão mais profunda e holística que ultrapasse as análises jurídicas cartesianas convencionals.

Este livro foi estruturado em treze artigos elaborados por juristas do diversas origens e que atuam em áreas diferentes, mas, metodologicamente, um aspecto comum os manteve restritos à moldura do Direito Público, em especial, num cenário contemporâneo que suscitam mudanças na ordem jurídica, através de uma análise e interpretação reflexiva que converse com as demais ciências sociais visando ratificar a imperiosa necessidade de construção de um paradigma científico que esteja em consonância com a atual conjuntura econômica e socioambiental brasileira.







Copyright © 2015 by Frederico Antonio Lima de Oliveira Bruno Soeiro Vieira

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rosane Abel

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA. não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Vieira, Bruno Soeiro

Direito Público Contemporâneo : ensaios críticos. / Bruno Soeiro Vieira, Frederico Antônio Lima de Oliveira (organizadores). – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2015.

474 p.; 21 cm.

Possui bibliografia.

ISBN: 978-85-8440-331-8

1. Direito Administrativo. 2. Administração Pública - Poder Executivo 3. Direito Público. I. Vieira, Bruno Soeiro. II. Oliveira, Frederico Antônio Lima de. III. Título.

## Colaboradores

Angélica Guimarães

Procuradora do Município do Salvador-BA, doutoranda em Direito Urbanístico – PUC/SP, mestra em Direito Público – UFPE, especialista em licitações e contratos administrativos, especialista em processo civil, membro do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB, do Instituto de Direito Administrativo da Bahia – IDAB, professora de Direito Administrativo e Constitucional e autora de diversos artigos e livros jurídicos.

Antonio José de Mattos Neto

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Associado IV da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Titular da Universidade da Amazônia (UNAMA). Diretor Geral do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Letras Agrárias. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Membro da União Mundial de Agraristas Universitários (sede em Pisa-Itália). Advogado e Parecerista. Email: antoniojose@ajmattos.adv.br

### Antonio Rafael Marchezan Ferreira

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina e Doutorando em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Prática Processual Civil e Prática em Processo Administrativo da Universidade Estadual de Maringá. Advogado.

MATTOS NETO, Antonio José. O estado de direito agroambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_. A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil. Belém: Cejup, 1988.

—— Função ética da propriedade imobiliária no novo código civil. In: BARROSO, Lucas Abreu e PASSOS, Cristiane Lisita (Coord.). Direito agrário contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OST, François. A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SODERO, Fernando Pereira. Atividade agrária. In: FRANÇA, R. Limongi (org.) Enciclopédia saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 8.

VIVANCO, Antonino C. Teoria del derecho agrario. La Plata: Ediciones Libreria Juridico, 1967. 2. v.

Margens de preferência nas licitações e contratos: como compatibilizar a preferência a produtos e serviços nacionais e a concessão de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte? uma análise do tema à luz do construtivismo lógico semântico e a abordagem do direito penal no direcionamento de licitações.

Angélica Guimarães<sup>122</sup> Maria Carolina Amorim<sup>123</sup>

## 1. Considerações iniciais

A concessão de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte e a preferência a produtos e serviços

Procuradora do Município do Salvador-BA, doutoranda em Direito Urbanístico – PUC/SP, mestra em Direito Público – UFPE, especialista em licitações e contratos administrativos, especialista em processo civil, membro do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB, do Instituto de Direito Administrativo da Bahia – IDAB, professora de Direito Administrativo e Constitucional e autora de diversos artigos e livros jurídicos.

<sup>123</sup> Advogada Criminalista em Recife/PE, doutoranda em Direito Processual Penal – PUC/SP, mestra em Direito Público – UFPE, especialista em penal e processo penal pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, especialista em ciências criminais pela Faculdade Damas, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), autora do livro A Inexigibilidade de Conduta Diversa – Fundamentos para sua aplicação no direito penal brasileiro e autora de diversos artigos jurídicos.

nacionais são dois eixos da política pública de desenvolvimento sustentável. Dito de outro modo, são valores expressamente assegurados pelas normas da Constituição Federal, que também considera o poder de compra governamental como um importante instrumento de promoção do Mercado interno, considerando o potencial de demanda de bens e serviços do setor público, que movimenta números expressivos.

As preferências ora analisadas possuem efeitos multiplicadores sobre a geração de emprego e renda, e também, sobre o desenvolvimento nacional, razão pela qual o prof. Jair Santana já advertiu que "(...) a visão linear e opaca sobre os temas relacionados às aquisições governamentais desconstroem e em nada auxiliam o Setor" 124.

Na realidade, um olhar mais amplo e inovador acerca do tema acaba por alterar os paradigmas das contratações públicas, sem perder de vista a razoabilidade, a parcimônia e o planejamento estratégico das opções administrativas. Deste conjunto de cautelas poderá advir eficientes resultados.

Para a compreensão do tema objeto deste estudo é indispensável analisar as alterações dos benefícios concedidos às ME e EPP introduzidas pelo novo marco regulatório. A Lei Complementar nº 147 trouxe mudanças importantes na dinâmica das aquisições realizadas pelo poder público e no procedimento de aplicação desse tratamento diferenciado, e, por conseguinte, na margem de preferência para produtos e serviços nacionais.

É imperioso o entendimento da normodinâmica constitucional e a compreensão do conceito e da finalidade da licitação, que no Direito Constitucional brasileiro é um instrumento de realização de políticas públicas, de intervenção estatal que busca produzir re-

Ademais, é preciso questionar a dimensão jurídica do termo "desenvolvimento econômico sustentável" no âmbito das licitações e contratações realizadas pela Administração Pública.

Nesse contexto, desenvolvimento nacional sustentável importa na utilização de práticas que fomentem o crescimento do país, com atos de estímulo à indústria, ao comércio, ao emprego formal, ao desenvolvimento tecnológico e científico, dentre outros, com o cuidado de não degradar o meio ambiente e os recursos naturais. Em outras palavras, promover o desenvolvimento nacional sustentável é, também, fomentar o desenvolvimento social, econômico, ambiental e, sobretudo, humano, para efetivar políticas públicas que visem a melhor distribuição de riquezas, a geração de renda e emprego.

Outra questão que merece esclarecimento é saber qual a *mens* legis, a finalidade da Constituição Federal ao prescrever o desenvolvimento nacional sustentável como uma política pública e a licitação como instrumento de concretização e efetivação de políticas públicas.

Para responder a estes questionamentos, não basta a utilização do usual conceito de sustentabilidade, ou seja, a licitação sustentável não se resume à busca por suprir as necessidades da geração presente sem afetar a habilidade das gerações futuras de suprir as suas.

No tocante às políticas públicas discutidas, o conceito de sustentabilidade mostra-se muito mais amplo: significa fazer a opção

sultados mais amplos, promovendo a concretização de valores prestigiados pelas normas constitucionais, que vão além da obtenção de bens e serviços pelo menor preço possível; para tanto, deve o sujeito cognoscente socorrer-se dos conceitos de ordenamento jurídico e sistema, especialmente porque, segundo Godoffredo Telles Júnior "sem sistema de referência, o conhecimento é desconhecimento". 125

<sup>124</sup> SANTANA. Jair Eduardo. Novo Estatuto da ME e EPP. Lei Complementar nº 147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações. Disponível em: < http://rsantanaconsultoria.com.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2014.

<sup>125</sup> TELLES JR., Godoffredo. O Direito Quântico. 8. ed. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 289.

certa, no tempo correto, utilizando os meios adequados, por um procedimento formal que promova o desenvolvimento nacional sustentável, mediante a inserção de critérios sociais, ambientais, mercadológicos e econômicos nas aquisições de bens, contratações de serviços e execução de obras. O prof. Jair Eduardo Santana<sup>126</sup>, tratando do assunto, assevera que:

(...) o desenvolvimento nacional é, assim, o alicerce para o progresso do Estado brasileiro. Por isso, deve estar presente em cada diretriz de cada agente público. A inserção formal desse princípio na Lei Geral de Licitações é, portanto, auspiciosa, pois lembra aos aplicadores desta que, inclusive nas aquisições públicas, se deve utilizar de práticas que fomentem o crescimento do País, o que se consegue com atos de estímulo à indústria, ao comércio, ao emprego formal, ao desenvolvimento tecnológico e científico, além de outros.

A intenção das normas constitucionais e infraconstitucionais foi a de aumentar a circulação de riquezas nos Estados, Municípios e no âmbito da própria União, fortalecendo o empreendedorismo, incrementando os pequenos negócios, gerando o crescimento da economia, potencializando o número de postos de trabalho e reduzindo as desigualdades sociais.

Para alcançar a verdadeira intelecção dos institutos jurídicos ora comentados, é preciso analisar a organização do direito positivo. Sobre o tema, como afirmado por Aurora Tomanizi:

O direito é composto por um número finito, mas indeterminado, de normas jurídicas. Não somos capazes de contar quantos enunciados, proposições ou normas existem no sistema, mas temos a certeza de que todas elas se inter-relacionam.<sup>127</sup>

Acrescenta a referida autora, de forma objetiva, a ideia de coordenação e subordinação das normas jurídicas como conformação hierarquizada do sistema jurídico, implementada pela fundamentação ou derivação quanto à matéria e forma, segundo a ideia de auto primazia:

As normas jurídicas não estão jogadas ao léu, encontram-se dispostas numa estrutura, mantendo relações de coordenação (horizontais) e subordinação (verticais) entre si, determinadas por um unificador comum que atribui características de sistema ao conjunto. 128

Por outro lado, considerando a constante transformação e movimentação do sistema, é possível analisar a ordem positiva sob os enfoques estático e dinâmico, que também orientam o estudo das relações e normas jurídicas.

Desta féita, separando os termos ordenamento e sistema para melhor entender o problema da interpretação e aplicação das normas prescritivas objeto deste estudo, é oportuno citar o entendimento de Paulo de Barros Carvalho, para quem as normas jurídicas "formam um sistema, na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador"<sup>129</sup>, cujas re-

<sup>126</sup> SANTANA. Jair Eduardo. Relativização da obrigatoriedade do pregão eletrônico diante da necessidade de se promover o desenvolvimento local e regional. Políticas públicas nas aquisições governamentais para fomento dos pequenos negócios. Disponível em: < http://rsantanaconsultoria.com.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2014.

<sup>127</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Direito Tributário: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 637.

<sup>128</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Direito Tributário: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 637.

<sup>129</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Direito Tributário: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013, p. 646.

lações ocorrem de maneira organizada e sob determinada ordem, que conformam o que se denomina de ordenamento.

Na realidade, a fixação de preferência nas licitações e contratações públicas significa o estabelecimento de tratamento diferenciado em favorecimento aos fornecedores que atendem aos requisitos prescritos pelas normas (inclusive as normas técnicas), para fins de incentivo ao desenvolvimento nacional ainda que os respectivos preços sejam superiores aos anteriormente ofertados, mas dentro daqueles limites percentuais ou margens fixadas no art. 3º, § 8º da Lei 8.666/93 e na Lei Complementar nº 147/14¹³o.

Deve-se conjugar a aplicação do direito de preferência para a aquisição de produtos e serviços de procedência nacional com a primazia do tratamento favorecido e diferenciado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, de forma a garantir as preferências acima mencionadas e, na medida do possível, seguir os demais princípios fundamentais atinentes às licitações, em especial a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa.

A partir da vigência da Lei federal 12.349/10 e Leis Complementares 123/06 e 147/14, o Poder Público, nas licitações e contratos, deve atender aos dois eixos primordiais do desenvolvimento nacional sustentável acima mencionados, além de garantir a isonomia entre os participantes e a seleção da proposta mais vantajosa, sob o ponto de vista do desenvolvimento nacional sustentável, e não só sob o aspecto econômico do menor preço.

O novel suporte físico que enuncia o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte encontra fundamento de validade nas normas constitucionais prescritas no art. 3°, inc. II; 170, incs. VI e IX; e art. 174, § 1° e 179 da CF.

Adotando-se como sistema de referência as diretrizes do construtivismo lógico-semântico, em especial, a semiótica (nos

seus três cortes e com enfoque da pragmática), é possível obter uma interpretação sistemática e crítica do tema, principalmente das normas procedimentais e das normas jurídicas em sentido estrito prescritas na LC 147/2014. Tais normas devem ser cumpridas sob pena de nulidade do certame e/ou do contrato, bem como eventual responsabilização dos gestores, pois o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte é uma decisão administrativa integrante da classe dos atos vinculados.

Sair da zona de conforto é a única forma de tornar factível uma Constituição viva, que, embora fechada do ponto de vista sintático, é aberta no seu corte semântico. Outrossim, considerando os diversos complicadores que a aplicação do tratamento diferenciado concedido às ME e EPP apresenta (problemática estabelecida desde edição da LC 123/06 e da Lei 12.349/2010), as normas individuais e concretas produzidas pelos Tribunais de Contas também serão analisadas, de forma a compor a denotação máxima da hipótese normativa objeto deste estudo. O artigo analisará, ainda, a problemática penal surgida com o desequilíbrio à competitividade causado pelo direcionamento das licitações.

Pois bem. A preferência para produtos e serviços nacionais que atendam as normas técnicas foi inicialmente prescrita pela MP 495/2010, que alterou o art. 3º da Lei 8.666/93 e foi posteriormente convertida na Lei 12.349/2010.

Já o regime diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte foi inicialmente regulamentado na LC 123/06 e, reforçando esse desiderato, foi publicada em 8 de agosto de 2014 a LC  $\rm n^{o}$  147/2014, que alterou as normas acerca das aquisições públicas, em especial, as da LC  $\rm n^{o}$ 123/2006 e da Lei 8.666/93.

A LC 147/2014 inovou os caminhos das licitações e contratações no Brasil e reforçou o poder de compra governamental dos entes públicos como forma de realizar políticas públicas, a exemplo da promoção do desenvolvimento nacional sustentável e tecno-

<sup>130</sup> Conforme prescrito no Acórdão nº 317/2013- TCU- Plenário.

lógico, dentre outros objetivos. As novas prescrições normativas, portanto, não são só procedimentais.

Por todas essas alterações, sendo a principal delas a compulsoriedade da aplicação da preferência para as ME e EPP, em razão do novo diploma normativo, deve haver uma reestruturação dos postulados da governança e dos procedimentos de aquisições públicas para alinhar os dois pilares do desenvolvimento nacional sustentável, diligenciando a preparação dos agentes públicos envolvidos; redefinindo a isonomia e vantajosidade nos procedimentos licitatórios; analisando cuidadosamente a viabilidade mercadológica; e editando normas regulamentadores para operacionalizar as prescrições da LC 147/2014 e proceder a compatibilização do referido tratamento diferenciado com a margem de preferência a produtos e serviços nacionais.

# 2. Os complicadores e as balizas do construtivismo lógico-semântico em buca das soluções.

A aplicação das prescrições da Lei Complementar 147/2014 implica na análise de algumas questões:

- 1. Como aplicar o benefício enunciado no §3° do art. 48 da LC 147/2014 e como fixar perímetros de compra?
- 2. De que forma é possível operacionalizar o pagamento direto ao subcontratado ME ou EPP em face das normas de contabilidade pública, ou seja, das normas de pagamento da despesa pública?
- 3. Qual o limite e os critérios para a subcontratação?
- 4. É possível compatibilizar a cotização para favorecimento de microempresas e empresas de pequeno porte com os princípios da economia de escala e da eficiência?
- 5. Existe antinomia ou tensão entre os benefícios concedidos às ME e EPP com os demais princípios e finalidades da lici-

- tação, em especial a margem de preferência para produtos e serviços nacionais?
- 6. As normas não prescrevem como o cálculo deverá ser previsto no instrumento convocatório para repercutir adequadamente o impacto da aplicação das margens de preferência, o que gera dúvidas e dificuldades na sua aplicação. Como solucionar tal problema?
- 7. Não restou esclarecido se, após o exercício do direito de preferência por uma micro ou pequena empresa, devese prosseguir com a aplicação das demais margens legais ou detém a empresa beneficiada a prioridade absoluta na contratação. Neste caso, a falta de clareza dos normativos em tela colocam em confronto duas políticas públicas intervencionistas: de um lado, a preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais e, de outro, a concessão de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. Qual das duas políticas de fomento deve prevalecer?
- 8. Questiona-se também se a concessão de tratamento mais benéfico a algumas atividades e setores econômicos específicos tende, a curto e médio prazo, a incrementar os custos da máquina administrativa, ou, ainda, a comprometer a eficiência no atendimento das suas contínuas necessidades. Tal questão resta ultrapassada ante a prevalência da efetivação do desenvolvimento nacional sustentável?
- 9. A previsão dos benefícios às MEs e EPPs e das margens de preferência não é uma forma de restrição da competitividade?
- 10. É possível utilizar (até mesmo como critério de desempate) a margem de preferência para produtos e serviços nacionais no caso de licitações realizadas só para ME e EPP?

11. O direcionamento da licitação a uma determinada empresa em razão do benefício em comento não afetaria a competitividade entre as empresas, incidindo na figura penal do artigo 90 da lei 8.666/93?

Apesar das diversas dificuldades ora abordadas, existem ferramentas jurídicas próprias para suprir as aparentes lacunas na legislação e dissipar as dúvidas porventura encontradas pelos aplicadores do direito, em especial se adotarmos como sistema de referência o construtivismo lógico-semântico e a ideia de ordenamento aberto no nível semântico e fechado no nível sintático.

Preliminarmente, é preciso esclarecer que o objetivo da concessão de benefícios e privilégios para as MEs e EPPs é fomentar e utilizar este setor da economia como instrumento para a consecução do desenvolvimento econômico, da geração de emprego e renda e da eliminação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e regionais.

O Direito, como assevera o Professor Paulo de Barros Carvalho, é fato comunicacional, é linguagem, e esta é texto<sup>131</sup>, ainda que expressada de forma idiomática. Logo, Direito é linguagem prescritiva de condutas; é um conjunto de normas jurídicas, e por esta razão o mencionado autor salienta que "(...) a expansão dos horizontes do saber do exegeta do direito positivado só será possível por meio de um método dogmático, restritivo do conteúdo da realidade semântica difusa, fundando este corte metodológico em premissas sólidas"<sup>132</sup>.

Partindo do modelo filosófico delineado pelo "movimento do giro-linguístico"<sup>133</sup>, fundamentado no princípio da autorreferen-

cialidade da linguagem, e, portanto, na desconstrução da ideia de verdade objetiva, é preciso não perder de vista que a interpretação é uma construção de sentidos segundo a ideologia, cabendo ao aplicador dizer a norma que vale ante as circunstâncias postas e as provas produzidas por meio da linguagem competente. Para essa doutrina, o único elo entre o evento jurídico e o fato jurídico é a linguagem das provas, irrefutável no caso da aplicação das prescrições normativas ora em comento.

O sistema de referência utilizado neste estudo combina o método analítico com a hermenêutica, que constitui uma Teoria do Direito, cujo objeto central são as normas jurídicas, entendidas como mensagens, que são produzidas pelas autoridades competentes e buscam regular a conduta do homem em sociedade. Trata-se de mensagens, com juridicidade, por serem prescrições de condutas que orientam o comportamento dos indivíduos, com o fito de estabelecer os valores que se apresentam na consciência coletiva<sup>134</sup>.

Por tais razões, o estudo de qualquer norma jurídica deve considerar o seu conjunto: o emitente, a mensagem, o canal e o receptor, todos imbricados e integrados ao "processo dialético comunicacional"<sup>135</sup>.

Posto isto, se os limites do meu mundo são os limites da minha linguagem, o raciocínio, inclusive o jurídico, é uma composição de juízos que, por fim, formam o sistema com uma inter-relação estrutural. Então, é fato que: só vejo até onde a minha linguagem permite.

<sup>131</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 165.

<sup>132</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.160.

<sup>133</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.164.

<sup>134</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 164.

<sup>135</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 164.

Ainda lançando o pensamento de Paulo de Barros Carvalho acerca das diversas acepções dos termos jurídicos, em especial das normas jurídicas, vale ressaltar que "A falta de definição precisa no discurso científico é um dos grandes problemas enfrentados pela dogmática jurídica" <sup>136</sup>.

Quando nada se pode falar sobre determinado fato, é porque este fato não existiu, não passa de mero acontecimento que vimos, presenciamos, mas não está relatado em linguagem (evento). Ou seja, o fato jurídico exige o relato em linguagem competente (jurídica), constitui-se por meio das provas, que conformam algo que ocorreu em certo local e em certa unidade de tempo<sup>137</sup>.

Logo, toda dificuldade no mundo jurídico reside justamente em constituir, modificar e desconstituir o fato jurídico, trabalho a ser realizado pelos julgadores das Cortes de Contas quando do controle da aplicação e da compatibilização dos benefícios às MEs e EPPs e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais nas licitações e contratos.

A norma individual e concreta deverá denotar todos os pressupostos e requisitos necessários à validade e eficácia da contratação pública em conformidade com os preceitos decorrentes das normas gerais e abstratas em comento, pois é neste momento que o direito juridiciza o fato jurídico referenciado.

Em sua atividade de interpretação, o sujeito cognoscente busca captar o sentido dos objetos que estejam sendo interpretados, que passa a ser o produto da racionalidade do intérprete. Outrossim, a hermenêutica vai ordenar a variedade de sentidos captados de um objeto, de maneira que em meio a esta multipli-

cidade de sentidos seja alcançado o sentido mais adequado em relação a certo objeto de interpretação.

O estabelecimento de margem de preferência, seja para (I) as microempresas e empresas de pequeno porte, seja para (II) os produtos e serviços nacionais, será definido de forma valorativa. É uma questão de valor, construído pelo intérprete da norma.

No momento de se interpretar a norma jurídica, volta-se ao valor fundamental de uma certa sociedade, a legitimidade e a legalidade. Valor, que não é absoluto, deve ser entendido como esforço empreendido para a obtenção de um fim, um bem. Ao considerar que o valor jurídico por excelência é a busca da Justiça e que o bem supremo do direito é a Justiça, indaga-se, na interpretação jurídica – seja quanto aos fatos seja quanto às normas – sob quais parâmetros a Justiça se verifica, segundo o princípio da proporcionalidade.

Partindo do valor fundamental, verifica-se o valor secundário, que no caso concreto é a garantia da satisfação do interesse público, sendo este o bem jurídico correspondente, com a concretização do desenvolvimento nacional sustentável, por meio do fomento das MEs e EPPs. É este o norte para a celebração das licitações e contratações públicas.

Estabelecidas estas premissas na aplicação das normas que prescrevem a margem de preferência para os produtos e serviços nacionais e o tratamento diferenciado para as ME e EPP, levanta-se outro complicador para o exegeta: assimilar que, mesmo quando a linguagem é proferida com a autoridade coativa dos órgãos do Poder Público, ela não consegue tocar materialmente as condutas e os eventos que regula, por meio das suas prescrições. Segundo as lições de Paulo de Barros Carvalho:

(...) o poder retórico que atravessa de cima para baixo a mensagem legislada, e sem o qual ficará irremediavelmente comprometida a eficácia social da norma, faz com que o discurso

<sup>136</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 281.

<sup>137</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 281.

jurídico – prescritivo assuma ares de autonomia com relação à linguagem da realidade. 138

A independência entre os dois segmentos sígnicos acima referida não pode ser perdida de vista pelo sujeito cognoscente, o exegeta, posto que provoca, por vezes, discrepância entre a proposição prescritiva e a situação do mundo recolhida como conteúdo da linguagem ordinária.

Estabelecido o método de investigação e o sistema de referência dotado no presente estudo, já se pode afirmar que a atividade dos órgãos de controle no julgamento das opções e comportamentos da Administração Pública (representada pelo agente público praticante do ato), é uma tarefa árdua.

Para a lógica construtivista, o Direito é um fenômeno de comunicação e como tal não sobrevive sem um contexto, lembrando que toda comunicação começa com a fala e termina com a recepção desta fala, em conexão psicológica devidamente contextualizada, como garantia da compreensão. A significação da prescrição normativa, portanto, não se encontra na mensagem, e sim, será construída pelo receptor, de acordo com as suas concepções.

Assim, o suporte físico do assunto encontra-se nos textos das Leis Complementares 123/06 e 147/ 14 e da Lei 12.349/2010, as quais atribuem diretrizes válidas aos procedimentos de contratações públicas, mas o seu sentido e sua determinação são dados pelo leitor, pelo exegeta, pelo intérprete.

A premissa lógica e ponto de partida têm que ser, sempre, a Constituição Federal, na qual as referidas normas buscam fundamento de validade e têm relação de pertinência, sob o enfoque semiótico a partir da teoria dos signos, como técnica de investigação do

Em resumo, só é possível fazer uma intelecção correta dos dois institutos jurídicos se forem adotados como postulados (I) o indispensável planejamento das demandas da Administração Pública; (II) a ideia de sustentabilidade; (III) a necessidade de concretização do desenvolvimento nacional; (IV) a imperiosidade de incentivar a inovação tecnológica; (V) a ampliação da eficiência das políticas públicas; (VI) o fomento do mercado interno; (VII) o entendimento dos benefícios concedidos às MEs e EPPs como dois eixos de concretização de política pública constitucional; (VIII) a isonomia; (IX) a releitura dos conceitos de economicidade e eficiência; (X) a compreensão de que tais vantagens baseiam-se na leitura valorativa efetuada pelo intérprete, não havendo antinomia ou tensão entre estes benefícios, ou entre os demais valores e princípios prescritos nas normas constitucionais.

# 3. As alterações introduzidas pela LC 147/2014 e a sua compatibilização com a legislação anterior.

Além da Lei 12.349/2010 e da LC 147/2014, outras normas estabelecem, com muita semelhança, margens de preferência nos processos de compras públicas para determinados produtos, bens e atividades, todas associadas ao fomento de setores estratégicos para o desenvolvimento da economia nacional sustentável e concretização da política de regulação de mercado por meio de instrumentos públicos de incentivo. Dentre estes benefícios, podem ser citados o fornecimento de fármacos e medicamentos (Decreto 8.225, que alterou o Decreto 7.713/2012); de máquinas e equipamentos elétricos (Decreto 8.224/2014); de brinquedos e artigos para esporte

jurídico, nos níveis sintático, semântico e pragmático (destacando-se esse último no presente trabalho, em razão da necessária análise do pensamento dos órgãos de controle sobre o tema em debate).

<sup>138</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 162.

(Decreto 8.223/2014) e aeronaves (Decreto 8.185/2014); os incentivos que vêm sendo concedidos ao mercado nacional de tecnologia da informação (Decretos 8.184, 8.194/2014); os relacionados à aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos que sejam desenvolvidos ou prestados no país por pessoa jurídica nacional<sup>139</sup> e devidamente certificados pelo Ministério da Ciência e Tecnologia como resultado de desenvolvimento tecnológico realizado no território nacional, nos termos da Portaria MCT 555, de 18 de junho de 2013 (Decreto 8.186).

Vale esclarecer que essas margens de preferência devem respeitar a primazia dos benefícios concedidos às MEs e EPPs.

As funções extra econômicas das licitações e contratos, externalizadas em políticas públicas — especialmente as que implicam na criação de benefícios ou preferências para certos grupos sociais e determinados setores da economia —, encontram fundamento de validade nas normas constitucionais e, por essa razão, não são incompatíveis com os princípios da proporcionalidade, economicidade e isonomia. O que não pode ser comprometida, no entanto, é a eficiência.

O regime jurídico da margem de preferência para produtos e serviços nacionais encontra-se na Lei 12.349/2010, no Decreto Federal 7546/11, além das demais normas regulamentares. Os requisitos e pressupostos estabelecidos para a sua aplicação são os seguintes:

I) Necessidade de previsão em regulamento específico, a exemplo dos inúmeros Decretos já editados pelo Poder Executivo Federal, na forma da norma individual e concreta prescrita pelo Acórdão nº 1.317/2013 – TCU – Plenário;

 II) Os produtos manufaturados e serviços nacionais devem atender regulamentos técnicos pertinentes e normas técnicas brasileiras; III) A margem de preferência deve limitar-se a 25% e será calculada em termos percentuais em relação à proposta melhor classificada para produtos manufaturados estrangeiros ou serviços estrangeiros; e

IV) Nas licitações processadas sob a modalidade pregão, a margem de preferência será aplicada após a fase de lances e depois dos benefícios e favorecimentos concedidos às MEs e EPPs, observando-se criteriosamente as fórmulas constantes nos Decretos especificamente elaborados para as categorias de produtos manufaturados e serviços nacionais privilegiados pela margem de preferência.

Já o tratamento diferenciado e favorecido destinado às microempresas e empresas de pequeno porte encontra previsão na Constituição Federal, especificamente, nos artigos 170, inciso IX, 179 e foi inicialmente regulamentado na Lei Complementar nº 123/2006, que institui o Regulamento das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

A LC 123/06 é norma geral de caráter nacional e estabelece uma série de normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a tais categorias empresariais no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante estabelece o seu art. 1°.

Deste modo, as microempresas e empresas de pequeno porte possuem preferência nas contratações públicas desde que suas propostas encontrem-se dentro do intervalo percentual de 10% estabelecido pela referida norma, sendo que, no caso do pregão, o intervalo é de 5%.

A LC no 123/2006 considera existir um "empate ficto" e assegura à ME ou à EPP melhor classificada a prerrogativa de apresentar proposta de valor inferior à de menor preço, situação em que o objeto licitado será adjudicado em seu favor, desde que atenda as demais condições do edital.

Assim classificada, pelo artigo 1.126 do CC/2002, como sociedade organizada em conformidade com a lei brasileira e que tenha no Brasil a sede de sua administração.

Tal benefício incide em toda e qualquer licitação cujo critério de julgamento seja o menor preço, independentemente de previsão editalícia nesse sentido, muito embora seja recomendável sua inserção no instrumento convocatório para garantir maior segurança jurídica e respeito ao princípio da vinculação ao edital.

Para fazer jus ao referido privilégio, é necessário que os licitantes preencham os requisitos estabelecidos nas normas do art. 3º da citada lei, o qual firma as condições para a caracterização e qualificação das microempresas e empresas de pequeno porte.

Os critérios eleitos pela Lei Complementar 123/06 para o enquadramento na condição de ME ou EPP se estabelecem em função da receita bruta auferida pela empresa em cada ano-calendário, conforme enunciado no mencionado art. 3º. Além disso, é imprescindível que a ME ou EPP não incorra em nenhuma das situações de exclusão prescritas no § 4º do mesmo art. 3º.

A ausência de efetividade da comentada Lei Complementar tinha causa no posicionamento de que este suporte físico enunciava normas de eficácia contida e normas dependentes de enunciados suplementares ou supletivos, o que motivou a edição da Lei Complementar 147/2014. Tal legislação, como é sabido, foi introdutória de importantes alterações no regime jurídico das MEs e EPPs e afastou em definitivo a dúvida acerca da autoaplicabilidade das normas gerais fruto da competência legislativa da União prescrita nas normas do art. 22, XXVII da CF. Ademais, o novo diploma legal enunciou a imperatividade de se materializar os benefícios dados às microempresas e empresas de pequeno porte que participassem de licitações ou processos de contratação direta, conforme prescreve a Constituição Federal.

Desta forma, inexiste margem de discricionariedade. A aplicação da legislação é irrestrita, uma vez que a LC 147 /2014 substituiu a expressão "poderá" da LC 123/06 por "deverá".

A respeito desse tratamento diferenciado às MEs e EPPs, ressaltam-se os benefícios legais concedidos relativamente às licitações e principais diretrizes enunciadas na LC 147/2014, dentre os quais, (I) a vigência imediata das regras prescritas no art. 15, com exceção do quanto disposto no art. 15, I, parte final e 16, V, para os quais prescreveu vacatio, iniciando a vigência em 1º de janeiro de 2015; (II) a eficácia contida das normas do art. 46, parágrafo único; (III) a aplicação da legislação federal enquanto não sobrevier norma estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, conforme prescreve o parágrafo único, do art. 47; (IV) o benefício processual relativo à disputa e ao julgamento de propostas (empate ficto), que foi mantido, na íntegra, e na forma da redação originária (art. 44); (V) o benefício processual da habilitação tardia, com a concessão do prazo de cinco dias úteis, prorrogáveis por igual período, às ME's e EPP's vencedoras do certame, para possibilitá-las atuar no sentido de solver pendências fiscais porventura existentes (art. 43); (VI) possibilidade de Licitações exclusivas para ME e EPP para compras de até R\$ 80.000 - benefício material prescrito no art. 48, I; (VII) faculdade do Poder Público de fixar a subcontratação compulsória de um objeto ligitado, com pagamento direto para ME e EPP (art. 48, II); (VIII) a obrigatoriedade de cotização de até 25% do objeto divisível, em favor de ME e EPP, com a finalidade de ampliar o rol de competidores e viabilizar um acesso maior às licitações públicas (art. 48, III); (IX) a preferência nas dispensas de licitação prescritas nos incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/93 (art. 49, IV); (X) a prioridade de contratação para as ME's e EPP's sediadas local ou regionalmente, inclusive com o pagamento maior até o limite de 10% do melhor preço válido (art. 48, § 3°); (XI) a preferência dos benefícios materiais do "Estatuto das MEPs" em face da aplicação da margem de preferência para produtos e serviços nacionais (art. 3°, §§ 14 e 15 da Lei 8.666/93) e (XII) a vinculação da participação do CNJ e do Ministério da Justica, que ficam incumbidos de implementar medidas para efetivação dos benefícios concedidos às MEs e EPPs (art. 74-A).

Como benefícios processuais, os quais se materializam no curso do processo de licitação, tem-se, exemplificadamente, a habilitação tardia e empate ficto; como benefícios materiais — que criam campos de exclusividade dentro dos quais as referidas empresas podem desfrutar de prerrogativas não extensivas a empresas não enquadradas nessa condição — tem-se as compras exclusivas até R\$ 80.000; a subcontratação compulsória nos limites da Lei 8.666/93; o pagamento direto ao subcontratado e a cotização compulsória de até 25% do valor contratado, nos casos em que o objeto admita cotização ou parcelamento.

Destacando-se algumas das prescrições do novo regramento jurídico para traçar um *discrimen* em relação ao que prescrevia a LC 123/2006, tem-se o exemplo da "habilitação tardia", cujo prazo foi ampliado para 5 (cinco) dias úteis contados a partir do momento em que o licitante (ME e EPP) for declarado vencedor, podendo ser prorrogado por igual e sucessivo período (§1º do art.43 da LC 147/2014). O benefício se limita ao saneamento da regularidade fiscal e não à complementação da documentação básica, sob pena de desordem processual.

Outro ponto relevante é a cotização de até 25% do objeto para a contratação de tais empresas para aquisição de bens de natureza divisível, a chamada "cota de reserva", que possibilita o parcelamento da licitação em vários lotes do mesmo objeto, favorecendo as ME e EPP's. A antiga redação do artigo 48, inciso III, do Estatuto Nacional da ME e EPP, já permitia o estabelecimento de "cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para aquisição de bens e serviços de natureza divisível" 140,

mas a nova redação torna a possibilidade obrigatória para a Administração Pública, e não facultativa.

Em que pese o silêncio do dispositivo legal, é importante prever o procedimento no instrumento convocatório. Em relação aos processos destinados à aquisição de obras e serviços, a novidade é a exigência de os licitantes contratados subcontratarem as referidas empresas certames. O inciso II do artigo 48 da Lei Complementar 123/2006 preconizava que as leis específicas deveriam propor procedimento licitatório no qual seria exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não excedesse a 30% (trinta por cento) do total licitado.

Com a alteração introduzidas pela LC 147/2014, vê-se mantida a possibilidade de se exigir dos licitantes, em obras e serviços, a subcontratação de ME ou EPP. A única diferença é que na redação anterior havia uma limitação para essa subcontratação, que não poderia exceder a 30% do total licitado, e na redação atual não há essa limitação.

No entanto, caberá ao gestor fazer essa definição, pois a subcontratação necessita de controles e limites, salientando ser vedada a subcontratação total do objeto no contrato administrativo. Essa subcontratação tem o seu regime intrínseco prescrito na Lei 8.666/93, que também prescreve o limite dessa subcontratação. A regra geral é a de não subcontratar a atividade fim.

Novidade importante é a preferência local ou regional, conforme a nova redação do § 3º do art. 48 da LC nº 123/2006, com prioridade daqueles pequenos empreendimentos na contratação até o limite de 10% do melhor preço válido.

A LC 147/2014 criou essa prioridade para beneficiar as ME's ou EPP's em âmbito local ou regional. O art. 48 passou a contar com o § 3º, que dispõe que:

<sup>140</sup> Considera-se de natureza divisível para fins de cumprimento das prescrições normativas, aqueles que por sua natureza podem ser adquiridos separadamente, licitação por item.

(...) Os benefícios referidos no *caput* deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Com isso, foi criada uma margem de preferência, a exemplo do que ocorre hoje com alguns produtos nacionais, podendo a Administração pagar preço superior ao melhor preço válido, no limite de até 10%, para privilegiar as ME's e EPP's sediadas a região. Destaca-se que o comando desse dispositivo é a "faculdade", em razão da expressão "poderão". Trata-se, pois, de decisão administrativa discricionária.

O artigo 48, I, da LC 123/2006, c/c §1º., anteriormente às alterações introduzidas pela LC nº 147/2014, possibilitava a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME's e EPP's nas contratações cujo valor fosse de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que o valor licitado não excedesse 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil. Tal prescrição era ineficaz por conta da falta de planejamento das aquisições públicas e os problemas da execução orçamentária.

Com a nova redação do artigo 48, I e com a revogação do §1º realizadas pela LC 147/2014, a Administração Pública passou a ter o dever de realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME's e EPP's nos itens de contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sem a limitação de que o valor licitado não excedesse a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil. Com a revogação do §1º do artigo 48, I, o que era uma faculdade do administrador passou a ser uma obrigação.

Importante mudança foi a revogação da norma do inciso I, art. 49, que previa que os critérios de tratamento diferenciado dos arts. 47 e 48 não se aplicariam quando não estivessem expressamente previstos no instrumento convocatório. Com a mencionada revogação do inciso I, abriu-se a possibilidade do pleito do bene-

fício por parte do interessado, independentemente de previsão no edital. No entanto, na prática, a previsão em edital é imprescindível, já que através dela serão dispostos os procedimentos, prazos e outras diretrizes para a efetivação do benefício.

Uma das modificações mais expressivas foi a extensão dos benefícios para alguns casos de licitação dispensável. O art. 49, inciso IV, da Lei, dispunha expressamente que os benefícios dos arts. 47 e 48 não se aplicariam aos casos quando "a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93". Tal redação se viu complementada, excluindo da não aplicação os casos de dispensa de licitação tratados pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei. Nesses casos, a legislação previu que a compra deverá ser feita preferencialmente de ME's e EPP's, fator importante quando se atém ao fato de que as aquisições de pequeno valor representam número muito expressivo no cenário nacional em todas as esferas de governo.

# 4. Do procedimento regulamentado para aplicação da legislação em discussão.

Antes de mais nada, repise-se não haver incompatibilidade entre as normas que regulamentam as margens de preferência para a aquisição de produtos manufaturados ou serviços de procedência nacional com o tratamento diferenciado e favorecido destinado às micro e pequenas empresas, tampouco hierarquia entre esses valores. A questão, como já se disse, é de ponderação em face dos objetivos almejados pelo Estado Brasileiro e pela Constituição Federal.

Nesse sentido, vide a norma individual e concreta produzida pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão no 2.241/2011 — Plenário, na qual restou consignado que "(...) a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não se resume à aplicação da

margem de preferência, mas abrange uma série de outras medidas, todas formalmente previstas em Lei".

Mesmo antes da LC 147/2014, o TCU já entendia pela prevalência do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme prescrito no supracitado julgamento. E mais: mesmo antes da vigência da LC 147/2014, já havia previsão legal regulamentadora da margem de preferência para a aquisição de produtos manufaturados, a exemplo do Decreto 7.756/2012, para o qual "a aplicação da margem de preferência não excluirá o direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte, previsto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006."

Na análise do direito administrativo, as margens de preferência não visam restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação. Como se disse, é uma questão de valor e de semântica dos instrumentos legais.

Com a vigência da LC 147/2014, primeiro a Administração aplicará o tratamento diferenciado e favorecido às ME's e EPP's e depois a margem de preferência para produtos e serviços manufaturados nacionais, se ainda couber. Dito de outro modo, em primeiro lugar deverão ser aplicadas as regras de tratamento benéfico e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte previstas nos arts. 44 e 45 da LC no 123/2006, alterados pela LC 147/2014, oportunizando-se as propostas de tais categorias empresariais.

Nesse caso, é importante consignar que a origem do produto ofertado (estrangeiro ou nacional) será desconsiderada para todos os efeitos, tendo em vista que nem a Lei Complementar no 123/2006 e nem a LC 147/2014 prescrevem tal critério diferenciador para o exercício da preferência por elas disciplinada.

Feito isso, caberá a Administração reclassificar as propostas apresentadas com base no novo valor ofertado pela microempresa

ou empresa de pequeno porte e, a partir daí, verificar a existência de empresas que ofertaram produto ou serviço de procedência 100% nacional e que se encontrem dentro dos percentuais de margem de preferência estabelecidos pelos Decretos que regulamentam a questão.

Essa é a sistemática lógica, a qual encontra fundamento legal no ordenamento jurídico a partir da análise de custo-benefício da medida de incentivo, isto é, a análise comparativa entre os benefícios econômico-sociais almejados e os prejuízos advindos com a escolha (onerosidade imposta aos cofres públicos pela política de benefício em comento, já que a escolha do futuro fornecedor de bens e serviços vai além da escolha do menor preço). Trata-se, pois, de uma questão de valor conotado das normas constitucionais.

Em suma, o procedimento apresentado é o mais adequado em face das finalidades da licitação pública, pois, além de assegurar ambos os valores previstos pela Constituição, busca atender, na medida do possível, os princípios atinentes às licitações públicas, em especial o da isonomia.

Apesar da escassez de jurisprudência acerca do tema, tal entendimento vem sendo aplicado pelo TCU em normas individuais e concretas, a exemplo dos Acórdãos 2144/2007, 702/2007, 1.785/2008, 4.161/2009, 265/2010, 821/2010, 206/2013.

# 5. O crime definido no art. 90 da lei 8.666/93 diante da modificação do patamar utilizado para aferir o caráter competitivo das licitações. Algumas problemáticas penais.

Como já aduzido, as margens de preferência não visam restringir a condição de competitividade da licitação. Mas o que

acontece quando, na prática, essas margens acabam por frustrar, efetivamente, o caráter competitivo do certame?

Segundo o expresso texto da lei 8.666/93, comete o crime definido no seu artigo 90 quem frustra ou frauda, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outro, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

O crime do artigo 90 pode ser praticado pela parte concorrente à licitação (particular) ou pelo representante do ente licitante, ou por ambos em coautoria.

Enquanto a segunda modalidade descrita no núcleo do tipo (*fraudar*) exige a prática de ardil ou engodo que impeça a eficácia da disputa, a modalidade de *frustrar* a licitação verifica-se quando o agente, tão somente, impede a disputa equitativa do certame e afasta a competição regular, assegurando, mesmo sem a elaboração de meio fraudulento, a vitória de um determinado licitante. É o caso, em exemplo utilizado pela doutrina de Marçal Justen Filho, do servidor público que introduz cláusula no ato convocatório que possibilite a participação e habilitação de apenas uma empresa<sup>141</sup>.

A objetividade jurídica do tipo em discussão é o interesse da administração através da *proposta mais vantajosa* e da *moralidade* dos atos, como bem esclarece a doutrina de Jessé Torres<sup>142</sup>:

"3.1 – Objetividade Jurídica Proposta mais vantajosa

A Administração Pública, no particular aspecto de seu patrimônio, que deve ser protegido através da aquisição mediante a proposta mais vantajosa, sobretudo quanto ao

Para Bitencourt, além da objetividade jurídica genérica dos crimes licitatórios (que seria a proteção aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade publicidade e probidade administrativa), destaca-se o bem jurídico específico, qual seja, o caráter competitivo do procedimento licitatório, já que a finalidade perseguida com a incriminação da conduta seria

"A concorrência legítima na competição licitatória, com preços justos, assegurando a participação honesta, aberta, legítima e saudável entre os concorrentes, e, ao mesmo tempo, preservando sempre a dignidade e moralidade administrativa" <sup>143</sup>

A lei penal em comento busca proteger, portanto, a competitividade do certame e o resguardo ao interesse da Administração, através da obtenção da proposta mais vantajosa.

E se o servidor público faz uso de sua convocatória ao certame para restringir a participação de apenas uma empresa que se enquadre em categoria de tratamento especial (como é o caso de microempresas ou empresas de pequeno porte), sabendo que, independentemente da constatação da competitividade de preços, essa será beneficiada em razão da disposição de preferência?

Exemplificando. Um determinado gestor municipal, ao tomar conhecimento da norma de preferência, recomendou a seus amigos que estabelecessem microempresas para prestação de determinados serviços que iriam ser licitados pela Prefeitura. Cada amigo estabeleceu uma empresa para determinado tipo de serviço,

preço, da moralidade que deve presidir seus atos e da livre concorrência que se aplica ao processo licitatório, permitindo a competição salutar entre todos os participantes".

<sup>141</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativo. São Paulo: Dialética 2010. Pag. 908.

<sup>142</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pag. 906.

<sup>143</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 184.

e tais microempresas passaram a vencer as licitações do Município sob a alegação de que detinham preferência sobre as demais concorrentes convidadas, empresas de médio porte.

Em análise do tipo penal, atente-se para o fato de que a desconsideração do caráter competitivo não é, segundo a lei penal, obrigatoriamente vinculada a pacto ou acordo entre as partes concorrentes ou concorrente-licitante, mas se dá mediante "qualquer outro expediente" que, por si, desonere o certame da competitividade exigida. Pouco importa se houve ou não ajuste ou combinação, basta que a disputa seja ilusória e a licitação se mostre um jogo de cartas marcadas. Sobre o tema, como alerta a doutrina de Nucci, "o importante é eliminar a competição ou promover uma ilusória competição entre os participantes da licitação por qualquer mecanismo, pouco importando ter havido ajuste ou combinação." 144

Por outro lado, o dolo exigido ao tipo consiste no intuito de obtenção de vantagem decorrente da adjudicação, a qual pode ser aferida pelo servidor público (ente licitante) ou pelo particular concorrente ao certame. E há que defenda, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira, que a vitória de uma das partes concorrentes e elaboração de contrato com setor público, por si só, já consiste em obtenção de vantagem pelo particular.

Sobre a desnecessidade de comprovação de prejuízo ao ente público com a elaboração do contrato direcionado a um dos concorrentes para caracterização do crime do art.90, tem-se, à título exemplificativo:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITOS TIPIFI-CADOS NA LEI DE LICITAÇÕES (ARTS. 89 E 90 DA LEI 8.666/93). FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITA-TÓRIO. DISPENSA DELICITAÇÃO. PRESCRIÇÃO. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. ART. 21 DO CÓDIGO PENAL. (...) PREJUÍZO AO ERÁRIO. CUL-PABILIDADE ELEVADA. DOSIMETRIA. PARCIAL PROVIMENTO. 1. (...). 2. Existindo nos autos provas que comprovem de forma inequívoca a materialidade e autoria dos delitos previstos nos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, correta a sentença condenatória. 3. A análise do contexto probatório demonstra que o apelante agiu com dolo ao praticar os crimes descritos na denúncia, previstos nos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93. 4. O intuito de fraudar o caráter competitivo do certame, direcionando o resultado da licitação para uma única empresa em que a esposa do ex-prefeito e membro efetivo da comissão de licitação era sócia majoritária, foi devidamente comprovado pelos documentos e depoimentos prestados, configurando a prática do delito tipificado pelo art. 90 da Lei 8.666/93. 5. (...) 6. O delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/93 é formal, não exigindo para a sua consumação a efetiva ocorrência do resultado, qual seja, o prejuízo ao erário. (Precedente da Turma). 7. (...) 8. (...) (TRF 1 - ACR 00085455320084013900 - DE-SEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES - TERCEIRA TURMA - e-DJF1 DATA:13/03/2015 PAGI-NA:704 TERCEIRA TURMA - e-DJF1 DATA:13/03/2015 PAGINA:704. Data da decisão: 3/03/2015).

E mais: a doutrina especializada entende que a *vantagem* exigida para a caracterização típica, travestida no objetivo de obter vantagem econômica, pode ser considerada a própria adjudicação do objeto licitado:

"3.5.2 — Necessário, ademais, o elemento subjetivo do injusto com o intuito de obter vantagem, vantagem esta que deve decorrer da adjudicação do objeto da licitação. Exige-se, pois, do agente um especial fim de agir, correspondente ao objetivo de alcançar vantagem de conteúdo

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: RT, 2013.

econômico, que deverá, necessariamente, decorrer da adjudicação do objeto da licitação. Este, portanto, em última análise, o desiderato do autor do delito: obter a adjudicação do objeto do torneio, de que lhe advirá a vantagem pretendida."<sup>145</sup>

A caracterização da vantagem pela própria adjudicação do contrato se dá através da ausência de limitação legal que o dispositivo penal faz ao termo "vantagem". Perceba-se que, quando a lei penal quer definir a *espécie* de vantagem, utiliza os elementos normativos *indevida*, *injusta*, *ilegal*, *sem justa causa*<sup>146</sup> ou, até mesmo, define a sua natureza como *patrimonial*, *sexual*, entre outras. Assim, ao estipular que a vantagem adviria "adjudicação do objeto da licitação", o art. 90 bem delimitou a desnecessidade de verificação de vantagem financeira com a conduta.

Assim, considerando a inexigência de demonstração de conluio (já difícil de provar) e a inexigibilidade de demonstração de prejuízo para a administração e benefício para uma das partes, torna-se difícil a comprovação do dolo do agente público em favorecer esta ou aquela empresa, frustrando o caráter competitivo da licitação, se a decisão por uma das empresas seguiu o critério de favorecimento definidos na LC 123/2006 e na LC 147/2014.

Percebam que, quando se utiliza o critério de menor preço, ainda que o gestor público resolvesse favorecer uma empresa amiga, mas tal empresa apresentasse proposta de preço menor do que as demais, era certo que a Administração Pública não se viu prejudicada, e foi o critério estabelecido – menor preço – quem definiu a escolha. Tal situação é mais difícil quando se coloca um outro critério – o do tamanho e porte da empresa – o qual nem Ora, o tipo penal estaria perfeito e consumado se, cumprindo a legislação trazida pela LC 147/2014, a Administração pública instaurar o certame já com conhecimento de que daria tratamento diferenciado e favorecido à ME ou EPP em detrimento dos demais interessados. Não haveria, nesse caso, competitividade entre as partes e estaria estabelecida a vantagem do particular por ato da administração.

É óbvio que, preenchidas as determinações legais, mostrar-seia dificílima a verificação do dolo por parte do agente público, somente perceptível se o mesmo (também) auferisse vantagem direta com a contratação da ME ou EPP. O elemento normativo "caráter competitivo do procedimento licitatório", por envolver inegável carga de interpretação valorativa, remete o investigador à observação dos atos externos, finalidade perseguida e fundamentação utilizada pelos funcionários públicos na elaboração do certame.

Dito de outra forma, se a essência do procedimento licitatório é trazer vantagem à administração com contratação de empresa estranha aos seus quadros, o desequilíbrio na disputa e a violação da livre concorrência já afeta a escolha a melhor proposta, seja ela pelo melhor preço, ou pelo melhor custo-benefício. Se essa escolha não se dá com imparcialidade do órgão decididor, já teríamos os elementos objetivo e normativo do tipo penal do art. 90, faltando-lhe apenas a verificação do dolo do agente, de difícil constatação quando não há vestígio indicadores de fraude na frustração do procedimento.

Nesse aspecto, qualquer tipo de preferência dada a uma das partes licitantes, seja ou não instituída em lei, já frustraria o caráter competitivo do procedimento e violaria os objetos material e jurídico do crime, respectivamente, a competição e a proteção dos interesses da administração pública, nos seus aspectos patrimonial

sempre resulta na proposta mais vantajosa à administração, e, ao mesmo tempo, permite uma diferenciação entre os concorrentes antes mesmo da abertura dos envelopes.

<sup>145</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pag. 907.

<sup>146</sup> Como bem lembrado por Bitencourt, em Op. Cit, pag. 201.

e moral. Se essa preferência se deu exclusivamente com base na lei que favorece as MEs e EPPs (independentemente dos motivos não declarados pelo gestor público), não poderia haver crime, já que a lei penal não pode punir uma conduta que baseia-se em outra determinação legal, ainda que extrapenal.

É inegável, pois, que a preferência dada a determinado tipo de empresa abre uma brecha para fraudes à competitividade das licitações, independentemente da futura dificuldade na caracterização de dolo do agentes em beneficiá-las.

E mais: se a legislação não exige prejuízo ao erário e as construções jurisprudenciais e doutrinária consideram que a própria adjudicação do objeto licitado já é a vantagem considerada pelo artigo 90 ao particular, somente a comprovação do dolo específico – vontade de violar a competição e dar a vantagem a determinada empresa, sabendo da caracterização típica e pretendendo nela incidir – é que pode enquadrar o agente na figura típica.

Até porque, repita-se, o elemento normativo do tipo – o caráter competitivo do procedimento licitatório – já se viu atingido e violado com o direcionamento da disputa para favorecimento de uma ME ou EPP.

Por fim, diga-se que a dificuldade na comprovação do dolo do agente no cometimento da figura do art. 90 deve sempre beneficiar o réu (*in dubio pro reo*), impedindo a condenação quando a ação do agente pelo favorecimento se deu no estrito cumprimento das leis de beneficiamento das micro e pequenas empresas.

#### 6. Conclusões

De acordo com a redação antiga do art. 47 da LC 123/2006, nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderia 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Com as alterações apresentadas pela LC 147/2014, foi excluído do texto do artigo 47 a disposição "desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente" e o mencionado artigo passou a ser autoaplicável em todas as esferas. Enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico mais favorável à microempresa e à empresa de pequeno porte, deverá ser utilizada a legislação federal. O objetivo foi fazer com que os demais entes federados não aleguem impossibilidade de implantar as políticas por falta de legislação local.

Como anteriormente havia para a Administração apenas uma faculdade de propiciar as políticas de tratamento diferenciado do art. 48, muitos entes federados acabaram por não efetuar a legislação a respeito e, consequentemente, não puseram em prática essas políticas de incentivo. Por essa razão, a LC 147/2014 tornou o tratamento diferenciado e favorecido às MEs e EPPs uma obrigação e não mais uma faculdade.

Na verdade, as microempresas e as empresas de pequeno porte são importantes no cenário nacional e internacional, por ser um segmento da economia que atua como agente de inclusão social e econômica, gerando emprego formal e renda. Essas empresas servem de ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento social e o econômico, além de incrementarem o PIB nacional. Busca-se, com tal favorecimento, o crescimento da modalidade empresarial com o consequente aumento na geração de emprego e renda e beneficiamento estatal com o aumento da arrecadação.

Feitas essas considerações propedêuticas, vale lembrar que são vetores das licitações e contratações públicas, enunciados no art. 3º da Lei Federal 8.666/93, a vantajosidade econômica,

social e ambiental para a Administração Pública; a isonomia entre os licitantes e amplitude da competição; o desenvolvimento nacional sustentável, na forma da Lei 12.340/10, acompanhando a política internacional, a exemplo dos EUA, da China (Lei 68/2002), Colômbia (Lei 816/2003 e Argentina (Lei 25.551/2001); o fomento ao emprego e renda, dentre outros.

As prescrições da LC 147/14, na realidade, conotam a intenção de retirar o trabalhador individual da informalidade, enquadrando-os como ME e ampliando a participação nas licitações, vedando imposição de restrições e ampliando a competição (art. 18, -E, §§ 2°, 3° e 4°) e o fomento do mercado local e regional.

A solução para a questão da compatibilização da margem de preferência para produtos e serviços nacionais com o tratamento diferenciado e favorecido às pequenas e microempresas está nas prescrições normativas dos §§ 14 e 15 do artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, introduzidos no ordenamento pela LC 147/ 2014.

No corte semântico, é possível concluir que tais normas prescrevem a mecânica da margem de preferência enunciando que tais benefícios são posteriores àqueles dados às microempresas e empresas de pequeno porte.

Do ponto de vista pragmático, diga-se que o Tribunal de Contas da União, antes mesmo da vigência da LC 147/2014, já havia se manifestado através do Acórdão nº 4241/2009, no sentido de que há uma ordem para a aplicação das preferências ora analisadas.

Em resumo, com a mudança de regime jurídico, primeiro aplica-se o tratamento diferenciado e favorecido às MEs e EPPs e, depois, a margem de preferência para produtos nacionais, sem que exista conflito entre ambos os benefícios (os quais, guardam relação de pertinência com o sistema e com as prescrições das normas constitucionais, bem como realizam a política pública que preconiza o desenvolvimento nacional sustentável). Como a licitação é um instrumento de realização de políticas públicas, qualquer

aparente tensão entre o princípio da isonomia e as novas finalidades da licitação e dos contratos administrativos foi resolvida pela Constituição e pelas normas infraconstitucionais, conforme Acórdão TCU nº 1231/2008-Plenário. Ou seja, prevalece o desenvolvimento nacional e dentro desta política pública, o fortalecimento das microempresas e empresas de pequeno porte. As ME/EPP são privilegiadas nos processos de licitação e nos contratos, por serem frágeis frente às empresas de grande porte; desta feita, não há que se falar em violação do princípio da isonomia, haja vista que os desiguais devem ser tratados desigualmente.

Aliás, é possível observar que houve considerável ampliação dos direitos de participação das ME's e EPP's nos processos licitatórios e também em alguns casos de contratação direta, com o objetivo de aumentar a participação dessas empresas nos contratos públicos, como forma de política social e fomento ao mercado. O desafio, portanto, é compatibilizar estes mecanismos de incentivo inseridos no âmbito das licitações e contratações públicas — cujo objetivo imediato é, inegavelmente, a obtenção da proposta economicamente mais vantajosa —, e a inafastável eficácia das compras governamentais com a relevância do interesse socioeconômico que se pretende promover.

Quanto à discussão penal, o desequilíbrio na disputa ante a preferência e favorecimento por um dos interessados pode representar a frustração da competitividade do certame, caracterizadora da conduta típica do art. 90 da Lei 8.666/93. Caso essa vantagem tenha origem, tão somente, no corpo da LC 147/2014, e havendo imparcialidade do ente licitante (ausência de dolo em direcionar a contratação), é óbvio que a conduta não pode ser criminalizada, já que baseada no próprio ordenamento jurídico. Aguardemos que o tempo (e a jurisprudência) construam os argumentos para compatibilizar os benefícios das MEs e EPPs e o escopo da lei penal discutida, de forma a evitar injustiças e garantir, efetivamente, seja

observado o interesse público e a proposta mais vantajosa para a administração, já que se abriu uma brecha para ferir, nesses específicos casos trazidos pela LC 147, o caráter competitivo protegido pelo mesmo artigo 90 da lei 8.666/93.

## 7. Referências

## I-Livros

BITENCOURT, Cezar Roberto. Direito Penal das licitações. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Direito Tributário: o construtivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativo. São Paulo: Dialética 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: RT, 2013

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TELLES JR., Godoffredo. O Direito Quântico. 8. ed. São Paulo: Max Limonad, 2006.

## II- Artigos

SANTANA. Jair Eduardo. Relativização da obrigatoriedade do pregão eletrônico diante da necessidade de se promover o desenvolvimento local e regional. Políticas públicas nas aquisições governamentais para fomento dos pequenos negócios. Disponível em: < http://rsantana-consultoria.com.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2014.

SANTANA. Jair Eduardo. Novo Estatuto da ME e EPP. Lei Complementar nº 147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações. Disponível em: < http://rsantanaconsultoria.com.br>. Acesso em: 11 de novembro de 2014.

was not put foundably now integrals such that control is

Since the case with his marker inflat and transfer one, and the co-