

*Licitação. Interpretação da Lei Complementar n.º 123/06. Participação das microempresas e empresas de pequeno porte. Impossibilidade da empresa, que não se qualifique como tal, ofertar nova proposta. Interpretação conforme o art. 170, IX e art. 179 da CF. Predominância do interesse público primário em face do interesse público secundário. Violação aos princípios da legalidade e do procedimento formal.*

Senhora Procuradora-Geral\*,

## I

Trata-se de consulta formulada pela Secretaria de Estado de Obras, por meio do Ilmo. Subsecretário Executivo de Obras, Dr. Hudson Braga, acerca da aplicação do critério de desempate nas licitações para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme recente disciplina introduzida pela Lei Complementar n.º 123, de 14.12.2006.

A dúvida suscitada gravita em torno da viabilidade do licitante que ofereceu a proposta melhor qualificada e que foi preterido pela microempresa ou empresa de pequeno porte, ter a possibilidade de apresentar nova proposta, o que poderia ser benéfico para a Administração Pública que obteria uma proposta ainda mais vantajosa, atendendo-se, deste modo, aos princípios da competitividade e da economicidade.

A d. Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Obras, por meio da ilustre Assessora Ana Maria Bandeira da Silva, opinou favoravelmente a essa interpretação, ao argumento de que “a proteção jurídica das microempresas e empresas de pequeno porte não pode ser feita à custa de prejuízos para a Administração Pública, com a contratação, por vezes, de valores superiores ao necessário para a consecução de um determinado objeto”.

O ilustre Procurador do Estado Alcir da Silva, ocupando o cargo de Assessor-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Obras, opinou pela necessidade de encaminhamento da matéria à Procuradoria Geral do Estado, firmando o entendimento de que a Lei Complementar 123/2006 deve ser imediatamente aplicada, pois já se encontra, nesta parte, em vigor.

É o relatório. Passo a opinar.

## II

A Lei Complementar n.º 123, de 14.12.2006, que instituiu o Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, introduziu profundas modificações na sistemática das licitações públicas, criando, dentre outros aspectos, regras específicas no julgamento das propostas de preços que conferem tratamento diferenciado àquelas espécies societárias.

O fundamento constitucional do mencionado diploma legal encontra-se se-

\* EXMA. SRA. DRA. LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES  
MD PROCURADORA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

diado no art. 170, inciso IX, que disciplina como princípio (diretriz) da ordem econômica o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país e no art. 179 que impõe às esferas federativas o dever de dispensar tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Trata-se, pois, de um interesse público primário de *status* constitucional, pois entendeu o legislador constituinte originário que essas espécies societárias podem se configurar em um importante instrumento de desenvolvimento econômico e social. O meio idealizado foi, exatamente, o de se conferir tratamento diferenciado em relação às empresas de maior porte e faturamento.

Portanto, ao se editar uma lei que desigualava as microempresas e empresas de pequeno porte em vários aspectos da sua vida econômica busca-se dar concreção ao mandamento constitucional e ao próprio princípio da isonomia, cujo postulado básico é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

É lógico que isso não assegura que o meio eleito pelo legislador é o mais adequado e proporcional para atingir esse objetivo de conferir tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte. Registre-se, por oportuno, que já existem diversas críticas em sede doutrinária<sup>1</sup> acerca das dificuldades práticas e operacionais que as novas regras ocasionarão nos certames licitatórios, o que, entretanto, escapa dos limites deste opinamento.

Como ressalvado às fls. 28/29 pelo ilustre Procurador do Estado Alcir da Silva, presume-se constitucional a norma até que o Judiciário pronuncie-se em definitivo sobre os seus diversos aspectos.

Assentadas essas premissas iniciais, passa-se ao exame da dúvida suscitada na consulta.

Para os fins estritos desta consulta, importa transcrever o disposto nos artigos 43 e 44 da Lei Complementar n.º 123/2006:

*Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.*

*§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.*

*§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.*

*Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:*

*I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço infe-*

<sup>1</sup>JOEL DE MENEZES NIEBUHR *in* Repercussões do Estatuto das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte em Licitação Pública, Informativo de Licitações e Contratos, n.º 157, março de 2007, p. 233, traduz essa corrente de pensamento: “Sem embargo, afora a questão tributária, o legislador resolveu imiscuir-se na seara da licitação pública, prescrevendo normas abertamente estranhas ao regime jurídico que lhes é próprio, já bastante complicado, diga-se de passagem, o que causa espécie e dificuldades de toda a sorte.”

*rior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;*

*II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;*

*III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.*

*§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.*

*§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.*

*§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.”*

Como se vê, criou o legislador uma situação de empate entre a proposta melhor qualificada e aquelas ofertadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte que sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores a proposta mais bem classificada, sendo aplicável o percentual de 5% (cinco por cento) quando se tratar da modalidade pregão.

A rigor, trata-se de uma equiparação para fins de permitir que a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada (ou as demais classificadas que se enquadram naqueles limites) possam oferecer proposta inferior àquela de menor preço.

Parece-me evidente, em primeiro lugar, que se a proposta de menor preço já for de uma microempresa ou empresa de pequeno porte o dispositivo não é aplicável, na exata medida em que o objetivo da norma foi o de criar um critério de desempate que favoreça as espécies societárias protegidas pelos arts. 170, IX e art. 179 da CF. Se a proposta dela já é a menor, não faz sentido a incidência da regra prevista nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/2006.

A regra somente incide quando a proposta melhor classificada é de uma empresa que não se qualifica como sendo microempresa ou empresa de pequeno porte. Essa circunstância não autoriza, a meu juízo, abertura de novo prazo para que essa empresa ofereça uma contraproposta.

Com efeito, a finalidade da norma foi a de conferir tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 170, IX e 179, da CF) e não de criar um regramento que acirre a competição entre os licitantes.

Registre-se, por oportuno, que o princípio da competitividade estará sendo atendido, pois no caso da microempresa ou empresa de pequeno porte formular

proposta menor, já estará a Administração Pública desembolsando menos recursos orçamentários, o que atenderá, a um só tempo, aos princípios da competitividade e da economicidade (art. 70, da CF).

O que não pode é o princípio da competitividade se tornar o fundamento valorativo da Lei Complementar n.º 123/2006, pois estar-se-ia desvirtuando da premissa constitucional que orienta a interpretação da norma.

Em outras palavras, o que quis o legislador foi, em condições de empate (ou de equiparação ficta das propostas), conferir tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte. Nada além disso!

De mais a mais, a interpretação que confere maior peso ao princípio da competitividade na ponderação com os valores protegidos nas normas constitucionais, vai de encontro à prevalência do interesse público primário (da sociedade) sobre o interesse público secundário (do erário).

O menor desembolso de recursos públicos é um interesse público secundário, ao passo que os valores que informam a atuação das microempresas e empresas de pequeno porte se traduzem em interesses públicos primários.

Some-se a esses argumentos o fato de que a interpretação que permite a apresentação de uma “contraproposta” viola os princípios da legalidade e do procedimento formal, eis que não há previsão na Lei Complementar n.º 123/2006 desta etapa<sup>2</sup>.

Permitir que uma empresa - que não se qualifique como microempresa ou empresa de pequeno porte - possa ofertar nova proposta equivale a agir em desacordo com a lei, criando um rito procedimental inteiramente diverso daquele previsto na norma, configurando verdadeira interpretação *contra legem*, como nos ensina CARLOS MAXIMILIANO<sup>3</sup>:

*“Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhor o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém não – negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconscientemente, com o intuito de compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie.*

(...)

<sup>2</sup>No mesmo sentido, é o posicionamento do Boletim de Licitações e Contratos, maio de 2007, p. 491: “As normas da LC n.º 123/06 que possibilitam a apresentação de uma “segunda” proposta são aplicáveis somente às microempresa e a empresa de pequeno porte. Ademais, o inc. I do art. 45 do Estatuto das Microempresas é expresso ao determinar que, ocorrendo o “empate”, “a microempresa e a empresa de pequeno porte poderá apresentar uma nova proposta inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado”. Percebe-se que a lei não dá margem a que a Administração conceda novo prazo para que a empresa que se encontra, nesse momento, em segundo lugar apresente nova proposta. Ademais, a licitação é procedimento formal, nos termos do que preceitua o parágrafo único do art. 4º da Lei de Licitações, e as fases afetas à licitação devem ser respeitadas. Perceba-se que a Administração não possui “discrecionalidade” no que atine à procedimentalização da licitação, quanto aos seus atos seqüenciais previstos pela lei. Além disso, se entendesse possível a apresentação de nova proposta pela empresa que ficou em segundo lugar, estar-se-ia criando uma etapa de “lances”, inexistente pelo rito da LC n.º 123/06, bem como se correria o risco de eternizar essa fase do procedimento.”

<sup>3</sup>Hermenêutica e aplicação do direito. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 79/80.

*A norma positiva não é um conjunto de preceitos rijos, cadavéricos, e criados pela vontade humana; é uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento; mas o progresso e a adaptação à realidade efetuam-se de acordo, aproximado, ou pelo menos aparente, com o texto; não em contraste com este.”*

Portanto, sob todos os ângulos que se examine a questão, não há como sustentar a possibilidade da empresa ofertar contraproposta àquela oferecida pela microempresa ou empresa de pequeno porte.

### III

Em face de todo o exposto, opina-se, com fundamento nos arts 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/06, que as empresas que não se qualifiquem como microempresas e empresas de pequeno porte não podem oferecer contraproposta nas licitações, sob pena de violação aos princípios da legalidade, do procedimento formal e contrariando, sobretudo, a própria finalidade que inspirou a edição do referido diploma legal.

É o parecer, s.m.j

**FLÁVIO AMARAL GARCIA**

Procurador-Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico

### VISTO

#### Processo administrativo n.º E-17/000.541/2007

**Aprovo** o Parecer n.º 09/2007-FAG, de fls. 31/38, da lavra do ilustre procurador do Estado Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico – PG-15, Dr. Flávio Amaral Garcia.

Trata-se de parecer, em resposta à consulta formulada pela Secretaria de Estado de Obras, acerca do critério de desempate nas licitações para microempresas e empresas de pequeno porte, conforme dispõe a Lei Complementar 123/2006.

A dúvida suscitada incide sobre a possibilidade de as empresas inicialmente vencedoras, não classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte, oferecerem nova proposta nas licitações para o casos previstos nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar como “empate”.

O parecer conclui que as empresas, não qualificadas como empresas de pequeno porte e microempresas, não podem apresentar contraproposta, opinando, para tanto, que a contraproposta iria contrariar a finalidade da Lei Complementar em comento, além de violar os princípios da legalidade e do procedimento formal, já que se estaria criando, por via meramente interpretativa, uma nova fase – de lances – procedimental.

Os artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006 também se inserem no contexto das funções reguladoras e promotoras das licitações públicas, já que o Estado, como relevantíssimo adquirente de bens e serviços, deve, também nessa atividade, buscar a realização dos objetivos maiores da ordem econômica constitucional como um todo. A melhor proposta em uma licitação pública que siga o critério do julgamento pelo menos preço pode ser, seguindo um critério

proporcional e razoável do Legislador, não apenas a que contenha o menor preço literal, mas sim a que atenda aos valores constitucionais, devidamente ponderados, com o menor custo para o Erário.

A d.ª Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico (PG-15) pra ciência, como solicitado.

Feito isso, à Assessoria Administrativa do Gabinete, com vistas à Secretaria de Estado de Obras.

Rio de Janeiro, 18 de julho de 2007.

**RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS**  
Subprocurador-Geral do Estado