

# Aspectos relevantes do exame da Lei Complementar nº 123/2006 pelo Tribunal de Contas da União no que diz respeito às licitações e contratações públicas

Karine Lílian de Sousa Costa Machado

## 1. INTRODUÇÃO

De acordo com o inciso IX do art. 170 da Constituição Federal, constitui um dos princípios de orientação da ordem econômica nacional a concessão de “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

Para efetivação desse princípio, o próprio texto constitucional estabelece, em seu art. 179, 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 a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

O referido tratamento jurídico diferenciado foi inicialmente regulamentado por meio das Leis nº 9.317/1996<sup>1</sup> e 9.841/1999<sup>2</sup>, as quais simplificaram os procedimentos de apuração e recolhimento de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais por essas empresas.

Posteriormente e com o escopo ampliado, foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Essa lei estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte<sup>3</sup> no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Na realidade, a maior parte das disposições contidas nessa norma trata de regras relacionadas a tributos, com vistas a desenvolver a atividade empresarial por meio da redução da carga fiscal e da simplificação de procedimentos nesse campo.

Servidora do Tribunal de Contas da União.  
Graduada em Direito, com MBA em Gestão da administração pública..

Entretanto, referida lei complementar, além de abordar questões tributárias, comerciais e trabalhistas, trouxe, em seus Artigos 42 a 49, inovações significativas nos procedimentos de licitação e contratação de bens e serviços pela administração pública.

Tais inovações visaram facilitar o acesso preferencial das pequenas empresas<sup>4</sup> ao mercado fornecedor de bens e serviços para os poderes públicos. Para tanto, foram estabelecidos determinados benefícios em favor dessas sociedades, que vão desde o direito de preferência em caso de empate entre propostas de preço até a possibilidade de realização de licitações voltadas exclusivamente para esse segmento, nas contratações de menor porte.

Ocorre que, consoante previsto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, paralelamente à busca da proposta mais vantajosa para a Administração, tem o processo de licitação pública o objetivo de assegurar a realização do princípio da isonomia, de maneira a evitar a concessão de tratamento discriminatório injustificado entre os participantes do certame ou o estabelecimento de regras que impeçam ou dificultem o amplo acesso dos interessados à disputa.

Em vista disso, faz-se necessário o exame das disposições contidas na Lei Complementar nº 123/2006, relativamente às contratações realizadas pelo Poder Público, frente ao que dispõe o texto Constitucional.

Tendo em vista o papel de proeminência desempenhado pelo Tribunal de Contas da União no controle das licitações e contratos celebrados pela administração pública. e diante da prerrogativa conferida a essa Corte de apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições<sup>5</sup>, o referido exame será feito sob a ótica do controle externo exercido pelo TCU.

A fim de subsidiar a análise que ora se propõe, far-se-á, a seguir, breve exposição sobre as principais inovações contidas na Lei Complementar nº 123/2006, no que diz respeito aos procedimentos de licitação e contratação realizados pela administração pública.. Ato contínuo, serão tecidas considerações sobre a competência constitucional e legal do Tribunal de Contas da União para fiscalizar atos licitatórios e contratos celebrados pelo Poder Público. Finalmente, será examinada a aplicação do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas às contratações públicas e seu controle pela Corte de Contas Federal.

## **2. DESCRIÇÃO SUMÁRIA DAS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 EM RELAÇÃO AOS PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

Consoante foi dito, a Lei Complementar nº 123/2006 contempla, em seus Artigos 42 a 49, normas que conferem benefícios específicos para pequenas empresas nas licitações e contratações realizadas pelo Poder Público.



De início, os Artigos 42 e 43 da norma em tela tratam dos benefícios relativos ao momento de comprovação da regularidade fiscal dessas empresas. Por trazerem dispositivos aparentemente díspares, esses artigos serão analisados em conjunto.



Segundo o Artigo 42, a comprovação da regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte apenas será exigida para efeito de assinatura do contrato:



art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.



Já o Artigo 43 determina que as pequenas empresas, por ocasião da participação em certames licitatórios, devem apresentar, desde logo, toda a documentação exigida para comprovação da regularidade fiscal:



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



§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da administração pública., para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e 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.



Com efeito, a leitura dissociada dos dois dispositivos pode causar dúvidas quanto ao verdadeiro conteúdo do benefício, vale dizer, em relação ao momento em que deverá ser exigida a documentação relativa à regularidade fiscal das pequenas empresas, se durante o procedimento licitatório ou apenas por ocasião da assinatura do contrato.

De plano, verifica-se que a norma não dispensa a apresentação dos documentos de regularidade fiscal das pequenas empresas. Os licitantes, sejam pequenas empresas ou não, continuam obrigados a apresentar, como requisitos de habilitação, todos os documentos de regularidade fazendária. Daí se segue que a pequena empresa, a exemplo do que ocorre com os demais participantes, deve apresentar seus documentos de regularidade fiscal juntamente com os demais comprovantes de habilitação exigidos no ato convocatório, sob pena de sua exclusão do certame.



Na realidade, a lei apenas possibilita às pequenas empresas corrigir falhas porventura existentes nesses documentos, o que, via de regra, é vedado para os demais licitantes não beneficiados com a medida. Assim, caso haja defeitos na documentação atinente à regularidade fiscal das licitantes enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte pela LC nº 123/2006, deverá ser facultada a essas empresas, e apenas a essas empresas, a oportunidade de regularização dessas faltas.

Nesse caso, a licitante pequena empresa não será excluída, desde logo, do certame em razão de defeito em seus documentos de habilitação. Além de lhe ser facultada a regularização das faltas, esta apenas será exigida, na forma do art. 42, por ocasião da assinatura do contrato.

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte conferiu a essas empresas, ainda, em seu artigo 44, o chamado **direito de preferência** nas situações em que ocorrer **empate** nos certames licitatórios.

De acordo com a lei, deve-se entender por **empate** aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas pequenas empresas não sejam superiores a 10% da proposta mais bem classificada, nas modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993. Nas licitações promovidas sob a modalidade pregão, esse percentual é reduzido para 5% da proposta ofertante do menor preço.

Logo, o empate se configurará não apenas quando houver mais de uma proposta com idêntico valor, como comumente se verifica, mas também serão consideradas como empate, para fins de privilegiar as pequenas empresas, as situações em que a diferença entre as propostas se enquadre num determinado limite percentual. Trata-se, nesse último caso, de um empate fictício, já que não existe, de fato, igualdade entre os valores das propostas.

Nesses casos, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá alterar a proposta apresentada, reduzindo seu valor para preço inferior àquele constante da proposta considerada **vencedora do certame**.

Por se tratar de uma faculdade, e não de um dever, caberá à pequena empresa optar por alterar ou não o valor de sua proposta. Caso sua proposta se torne a mais vantajosa entre as diversas apresentadas no certame, ser-lhe-á adjudicado o objeto licitado (art. 45).

Em licitações na modalidade pregão, a pequena empresa 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 desse direito.

Não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada, serão convocadas as remanescentes cujas propostas se enquadrarem nos intervalos supramencionados, na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito.

Se houver equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte dentro dos intervalos acima referidos, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

É claro que esse **direito de preferência** somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte, beneficiárias da norma.

A lei ainda permite a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as pequenas empresas nas contratações realizadas pelo Poder Público com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica.

Para tanto, a lei faculta a promoção de licitações restritas às microempresas e às empresas de pequeno porte nos casos em que os valores envolvidos não superem R\$ 80.000,00.

A Administração poderá, ainda, com vistas a alcançar os objetivos mencionados, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, nas hipóteses em que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceder 30% do total licitado; e estabelecer

cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Nada obstante, de acordo com a lei, esses privilégios somente poderão ser concedidos quando:

- existir regulamentação específica na esfera legislativa do ente ao qual se insere o órgão ou entidade contratante;
- forem expressamente previstos no ato convocatório;
- houver mais de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados no local ou na região e com capacidade para cumprir as exigências estabelecidas no edital;
- for vantajoso para a Administração e não representar prejuízo para o conjunto do objeto a ser contratado;
- objeto da licitação não se enquadrar nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstos nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993.

Feitas essas breves considerações sobre as inovações introduzidas pelo Estatuto das Micro e Pequenas Empresas nos procedimentos de licitação e contratação pública, passar-se-á, a seguir, a destacar o papel do TCU no controle das aquisições de bens e serviços realizadas pela administração pública.

### **3. CONTROLE DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS PELA CORTE DE CONTAS FEDERAL**

O Tribunal de Contas da União, mormente após a Constituição Federal de 1988, possui papel fundamental na fiscalização das licitações e contratos. A Lei de Licitações explicitamente afirma esse papel de proeminência desempenhado pelo Tribunal de Contas.

Em seu art. 113, essa lei estabelece que o controle das despesas decorrentes dos contratos e dos demais instrumentos por ela regidos será feito pelo Tribunal de Contas correspondente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição Federal, sem prejuízo da atuação do sistema de controle interno.

Dispõe esse artigo, também, que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica, poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação do diploma normativo que o integra.

Essas competências, definidas em nível infraconstitucional, decorrem do amplo rol de atribuições conferidas ao Tribunal de Contas da União pela Constituição Federal.

De início, registre-se que, por força do disposto no art. 22, inciso XXVII, da Carta Magna e em respeito ao princípio da uniformidade - no que tange à observância de regras gerais - que rege a organização administrativa dos Estados Federados, as deliberações do TCU sobre normas gerais de licitação constituem paradigma de controle para as administrações dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Destarte, as decisões do Tribunal de Contas da União relativas a licitações e contratos norteiam toda a administração pública., em qualquer das esferas federativas.

Além disso, no exercício de seu poder-dever de controle e fiscalização, compete à Corte de Contas Federal, com fulcro nas disposições contidas no artigo 71, inciso IV, da Constituição Federal, realizar, por iniciativa própria ou a pedido do Congresso Nacional, auditorias nas unidades administrativas dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, com vistas a verificar a regularidade dos procedimentos de contratação levados a cabo pelos órgãos e entidades integrantes desses Poderes.



Aliás, esclareça-se que, em princípio, esse exame não está restrito aos órgãos e entidades da administração pública. Federal. Isso porque a Constituição Federal expressamente conferiu ao TCU a competência para fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município<sup>6</sup>. Assim, não raras as vezes, o Tribunal realiza o controle de normas relativas a licitações e contratos colocadas em prática por diferentes esferas de governo e entidades privadas.

Outrossim, cabe destacar que o controle realizado pelo TCU não está restrito a aspectos jurídicos formais pertinentes aos processos de licitação e contratação. O artigo 71, inciso IV, da Constituição Federal expressamente conferiu ao Tribunal de Contas da União competência para realizar auditorias de natureza operacional, cujo objeto inclui a avaliação do processo de gestão quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados.

Dessa forma, além das fiscalizações voltadas para a análise da legalidade e da regularidade formal dos processos de contratação - observância dos procedimentos descritos na legislação pertinente - mostra-se legítimo à Corte de Contas Federal verificar a conformidade dos resultados alcançados nos certames licitatórios com os fins almejados pela Administração, de maneira a privilegiar não só o aspecto formal do ato, mas também os princípios constitucionais da economicidade e da eficiência.

Afinal, não se revela harmônico com o Estado Republicano a adoção de procedimentos que, embora absolutamente conformes ao texto legislativo, produzam resultados contrários aos interesses estatais, a exemplo da aquisição de objetos por preços superiores aos de mercado, supérfluos, inúteis e ultrapassados, incompatíveis com a finalidade pretendida.

Ainda sobre o exercício da atividade controladora do TCU, vale ressaltar que o inciso IX do artigo 71 da Constituição Federal conferiu ao Tribunal a possibilidade de assinar prazo para que o órgão ou a entidade fiscalizados adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a existência de eventuais irregularidades. Não atendida a providência determinada, o Tribunal detém competência para sustar a execução do ato impugnado (edital de licitação, por exemplo), comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; além de representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. É o que dizem os incisos X e XI do artigo 71 da Constituição Federal.

Entretanto, quando a decisão não cumprida tiver por objeto contrato, o TCU não pode, de plano, sustar sua execução. Nos termos do § 1º do art. 71, o ato de sustação deverá ser adotado diretamente pelo Congresso Nacional, o qual solicitará ao Poder Executivo a realização das medidas cabíveis. Somente na hipótese de o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de 90 dias, permanecerem inertes, poderá o TCU adotar as providências pertinentes.

Anote-se, contudo, que a ausência de competência do Tribunal de Contas da União para determinar a sustação de contrato administrativo não lhe retira o poder-dever de determinar ao órgão jurisdicionado a adoção de medidas com vistas ao exato cumprimento da lei, ou seja, recomendar ao administrador a correção de ato (inciso IX do art. 71 da CF).

Em vista dessa competência, pode o TCU cientificar o administrador, em caráter decisório, para que este providencie a anulação de contrato impugnado e, se for o caso, da licitação que o originou. Esse entendimento encontra guarida na jurisprudência do STF, que, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23550/DF, reconheceu a titularidade da Corte de Contas Federal para determinar à autoridade administrativa a anulação de contrato celebrado, nos seguintes termos:



I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

Por fim, quanto às competências do TCU relacionadas ao tema licitações e contratos, merece destaque, ainda, a prerrogativa de o Tribunal, no curso de seus processos de fiscalização de atos e contratos, adotar medidas cautelares, com ou sem o estabelecimento de prévio contraditório, sempre que se tenha evidenciada a existência de dano potencial ao erário, em razão do *periculum in mora* e de indícios veementes de irregularidade no ato jurídico impugnado<sup>7</sup>.

#### **4. A APLICAÇÃO DO ESTATUTO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS ÀS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E SEU CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DAS UNIÃO**

Consoante exposto acima, o Tribunal de Contas da União desempenha relevante papel no controle das licitações e das contratações efetuadas pelo Poder Público. Esse controle leva em conta não apenas a legalidade e a regularidade formal dos processos administrativos, mas também considera os aspectos relacionados à eficiência, eficácia e economicidade da gestão pública.

No exercício de suas atribuições constitucionais e legais, via de regra, o TCU analisa questões jurídicas à luz do caso concreto. Isso porque apenas nos casos de resposta à consulta formulada por ente legitimado, na forma do art. 264 de seu Regimento Interno, o TCU prolata decisão com caráter normativo. Nada obstante, consoante dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.443/1992, referida decisão constitui prejulgamento da tese mas não do fato ou caso concreto que será analisado.

Logo, de ordinário, é por ocasião do exame da legalidade dos atos que lhe compete que a Corte de Contas tem a oportunidade de se pronunciar sobre a legalidade e constitucionalidade de leis e atos normativos que disciplinam questões relacionadas à atividade administrativa.

Ressalte-se que a Corte de Contas não pode exercer controle abstrato de constitucionalidade, sob pena de usurpar competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.



Por conseguinte, o exame, pela Corte de Contas, da aplicação do Estatuto da Pequena Empresa às licitações e contratações públicas será feito, via regra, de forma incidental, como condição necessária para o Tribunal decidir acerca do caso concreto posto em julgamento.

Considerando que a edição da Lei Complementar nº 123/2006 é recente, entende-se que a doutrina e os Tribunais, inclusive o TCU, precisam de mais tempo para apreciar devidamente as inovações introduzidas por essa lei.

Todavia, entendo existir uma questão que, por sua relevância, deve ser analisada neste momento: **a atribuição de benefícios e preferências às pequenas empresas pela Lei Complementar nº 123/2006, no âmbito das licitações e contratações públicas, viola de forma desarrazoada princípios jurídicos sensíveis relacionados com a atuação da administração pública brasileira, dentre os quais destacam-se o da eficiência<sup>8</sup> e o da isonomia?**

Por um lado, a Constituição Federal impõe a adoção de medidas jurídicas destinadas a proteger e incentivar a atuação das pequenas empresas, a teor do disposto em seus arts. 170, inciso IX, e 179, *verbis*:

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

[...]

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

art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Presume-se que essas normas visaram à consecução dos seguintes objetivos, entre outros:

- a) atribuir compensações aos economicamente hipossuficientes, a exemplo do que ocorre com as normas relativas ao Direito do Consumidor ou ao Direito do Trabalho;
- b) recompor o equilíbrio entre as diversas empresas e as respectivas finalidades, presumivelmente afetado pela assimetria econômico-financeira desses entes;
- c) ampliar a competição, gerando benefícios tanto para o Estado quanto para os consumidores;
- d) desenvolver economias locais;
- e) ampliar o mercado de trabalho;
- f) incentivar a inovação tecnológica.

Por outro lado, poder-se-ia alegar que a referida concessão de benefícios e preferências viola o princípio da isonomia entre os licitantes, o qual tem assento constitucional<sup>9</sup> e legal<sup>10</sup>. A título de exemplo dessa suposta violação, cite-se a atribuição de prazo para que as pequenas empresas regularizem sua documentação fiscal, ao contrário do que ocorre com as empresas maiores.

Ademais, em determinadas hipóteses, essa concessão de benefícios poderia, em tese, acarretar contratações desvantajosas para a Administração, no que tange à eficiência e à economicidade. Exemplo dessas hipóteses é a realização de certames licitatórios nos quais apenas podem participar pequenas empresas. No âmbito desses certames, podem ser selecionadas propostas com valores superiores aos que, presumivelmente, seriam ofertados por empresas maiores.

Finalmente, cabe destacar que o art. 179 da Lei Maior delimita o âmbito das providências que podem ser adotadas pelo Poder Público com o fim de promover e fomentar as atividades das pequenas empresas. Referido dispositivo não faz menção expressa às licitações e às contratações públicas. Logo, a concessão de privilégios nessas áreas poderia ser inconstitucional.



Assim sendo, verifica-se a existência de um possível conflito entre os princípios acima relacionados, para o qual deve-se buscar uma solução.

É de ver que em um Estado Democrático de Direito não é incomum a tensão e o conseqüente conflito entre princípios e regras perfilhados pela Carta Magna. Visando solucionar esses conflitos, a doutrina germânica elaborou a teoria da ponderação de princípios<sup>11</sup>, a qual será adotada neste artigo e descrita, de forma extremamente sucinta, a seguir.

Segundo os defensores dessa teoria, a existência de conflito de princípios acaba por gerar uma realidade inafastável: não há princípio absoluto. Assim, diante da colisão entre princípios (ou dos valores expressos por eles) deve, o operador do direito, valer-se da ponderação como procedimento racional para resolver o conflito, de maneira a estabelecer, à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto, a prevalência de um princípio em detrimento do outro.

Nesse sentido, é possível a não aplicação de determinado princípio em sua plenitude, para que outro possa ter a eficácia desejada pelo legislador. É de ver que, nesse caso, deve ser respeitado o núcleo essencial dos princípios jurídicos em conflito.

Como exemplo dessa compatibilização concreta de princípios no âmbito do Direito Administrativo, pode-se citar o caso do procedimento licitatório na modalidade pregão, cuja lei permite o abrandamento das exigências fixadas no ato convocatório, em detrimento do princípio da vinculação ao edital e em homenagem aos princípios da eficiência e da ampliação da competitividade.

De mencionar que, em consonância com a teoria da ponderação dos princípios, a não aplicação concreta e integral de um princípio, em uma situação fática determinada, deve ser necessária e proporcional ao benefício que se pretenda obter e à concretização, num grau considerado adequado, do princípio concorrente.

Para aferir o grau de efetividade que será atribuído aos princípios em questão, em cada caso concreto, a teoria em tela se vale do princípio da proporcionalidade. A doutrina, amparada no direito constitucional germânico, geralmente apresenta esse princípio como a junção de três subprincípios, quais sejam:

a) adequação (pertinência ou aptidão) entre meio e fim: relação lógica existente entre o fim almejado pelo ato administrativo e o meio utilizado para atingi-lo;

b) necessidade (exigibilidade, proibição do excesso ou escolha do meio mais suave): o meio escolhido para que se atinja determinada finalidade deve ser, entre os possíveis, o menos gravoso para o destinatário do ato administrativo;

c) proporcionalidade em sentido estrito: há de se ponderar as desvantagens trazidas pelo meio escolhido e os benefícios advindos da realização da finalidade do ato administrativo; feita a ponderação dos bens jurídicos em jogo, os benefícios devem superar as desvantagens.

Tais subprincípios do princípio da proporcionalidade têm sua gênese no Direito Constitucional. Entretanto, podem ser, *mutatis mutandis*, aplicados ao Direito Administrativo. Desse modo, é possível afirmar que atos administrativos violadores de tais subprincípios são ilegais por agredirem o princípio da proporcionalidade.

Logo, considerando que, de acordo com a teoria da ponderação de princípios, para se resolver determinado conflito por meio de um juízo de proporcionalidade, faz-se necessária a aferição da existência, em cada caso, dos subprincípios mencionados anteriormente, conclui-se que o TCU apenas à luz do caso concreto poderá verificar se **a atribuição de benefícios e preferências às pequenas empresas pela Lei Complementar nº 123/2006, no âmbito das licitações e contratações públicas, viola de forma desarrazoada princípios jurídicos sensíveis relacionados com a atuação da administração pública brasileira, dentre os quais destacam-se o da eficiência e o da isonomia.**

Assim, se a restrição verificada à aplicação concreta e integral dos princípios da eficiência e da isonomia for justificada pelas circunstâncias peculiares do caso sob exame, os quais indicariam a conveniência de privilegiar o princípio consagrado no art. 170, IX, da Constituição, reputar-se-ão válidos e legítimos os atos administrativos praticados.

Por outro lado, caso a Corte de Contas constate que a restrição à concretização dos princípios da eficiência e da isonomia, nas circunstâncias em tela, foi desarrazoada, os atos administrativos praticados poderão ser considerados ilegais ou, até mesmo, inconstitucionais.

Note-se que em qualquer hipótese deverão ser preservados os núcleos essenciais dos princípios envolvidos.

Por fim, é de notar que interessará mais à Corte de Contas, na salvaguarda do patrimônio público, o exame de possível violação ao princípio da eficiência, em função da necessidade de preservar a economicidade das contratações efetuadas pela administração pública. Dessa forma, qualquer privilégio que implique limitação à competitividade e, por conseguinte, restrição à possibilidade de se obter a proposta mais vantajosa para a Administração deverá demandar atuação mais incisiva do Tribunal de Contas da União.

## 5. CONCLUSÃO

O direito é sistêmico e suas normas não podem ser interpretadas de maneira isolada. Antes, devem harmonizar-se com o ordenamento jurídico em que se encontram inseridas.

De acordo com a Constituição Federal, a administração pública. deve privilegiar, quando da contratação de bens e serviços, a observância dos princípios da eficiência e da isonomia.

Por outro lado, com fundamento em critérios políticos e no texto constitucional (*ex vi* o disposto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal), podem os governantes decidir utilizar seu poder de compra como instrumento indutor do desenvolvimento econômico e social.

Assim, nada impede que o legislador, em homenagem a outros bens jurídicos protegidos pela Constituição, relativize os princípios da isonomia e da eficiência nos procedimentos relativos às compras estatais.

É nesse contexto que o Tribunal de Contas da União, como órgão de proeminência no controle das contratações realizadas pelo Poder Público, deve analisar as inovações trazidas pela Lei Complementar nº 123/2006 aos processos de aquisição de bens e serviços pela administração pública.

Certamente a nova lei produzirá situações jurídicas inusitadas e de constitucionalidade duvidosa. Contudo, caberá ao TCU, no exame dos casos concretos submetidos a seu julgamento, zelar por que o tratamento jurídico diferenciado conferido às pequenas empresas pela nova legislação não exceda os limites constitucionais traçados para a defesa do interesse público nas contratações realizadas pela Administração.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências.
- <sup>2</sup> Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal.
- <sup>3</sup> De acordo com o art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, considera-se microempresa o empresário (pessoa jurídica ou não) cuja receita bruta anual seja igual ou inferior a R\$ 240.000,00. Já a empresa de pequeno porte é aquela que auferir receita bruta anual superior a R\$ 240.000,00 e inferior a 2.400.000,00, verbis:  
  
"art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:  
  
I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, auferir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);  
  
II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)."
- <sup>4</sup> Tendo em vista que, sob o ponto de vista das licitações, a Lei Complementar nº 123/2006 atribuiu tratamento similar às microempresas e às empresas de pequeno porte, para os fins deste artigo, essas empresas serão doravante denominadas pequenas empresas.
- <sup>5</sup> Nesse sentido, ver Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, vazada nos seguintes termos: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".
- <sup>6</sup> Art. 71, inciso VI, da Constituição Federal.
- <sup>7</sup> O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 24510/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, posicionou-se pela pertinência das cautelares previstas no art. 276 do Regimento Interno do TCU. Diz a ementa do referido julgado:  
  
"PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (Artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem."(grifei)
- <sup>8</sup> No âmbito do TCU, de acordo com as definições constantes do Manual de Auditoria de Natureza Operacional, os conceitos de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade podem ser condensados no princípio da eficiência.
- <sup>9</sup> O art. 37, XXI, da Carta Política estabelece que "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes".
- <sup>10</sup> Segundo o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.
- <sup>11</sup> Nesse sentido, ver ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 1997. 2ª edição.