

MICROEMPRESAS E PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Nicole Mader Gonçalves

Advogada e pesquisadora da BAC Eventos

1. ADI nº. 3.933

No último dia 31 de julho a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Empresas de Crédito (CONTEC) propôs a ADI nº. 3933. Através da ação foi suscitada a declaração de inconstitucionalidade do art. 17, § 1º, inc. XXVII da [Lei Complementar nº. 123/2006](#) (Lei das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). De acordo com o dispositivo atacado, as empresas de vigilância, limpeza e conservação estão autorizadas a se enquadrar no regime da Lei nº. 123/06 desde que a sua renda bruta anual seja igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais).

Conforme notícia divulgada pelo STF, o pedido tem como fundamento a violação da *isonomia*. Segundo a CONTEC, a maioria das empresas do ramo não poderá se enquadrar no regime das microempresas. Com isso, a regra da preferência nas contratações públicas criaria uma classe de licitantes privilegiados e poderia inviabilizar a atividade do setor. Ou seja, para a autora da ADI 3933, a LC nº. 123/06 fere a isonomia porque traz benefícios para uma pequena parcela das empresas, desestabilizando a estrutura econômica do setor de limpeza, vigilância e conservação.

2. A Questão da Isonomia

A isonomia é um valor acolhido no ordenamento pátrio como um direito fundamental. Sua natureza principiológica é um componente imprescindível para a máxima efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, para que se alcance a tão almejada concretização da isonomia, é necessário que sua aplicação seja feita sob uma perspectiva dinâmica. Ou seja, a isonomia só alcança a plenitude que se deseja através de uma análise cuidadosa das circunstâncias fáticas que geram a distinção e da ponderação dos valores contrapostos que devem ser acomodados. Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO ensina que a “A isonomia é um direito fundamental, na acepção de que a identidade dos sujeitos e a realização integral de sua personalidade pressupõe ações e omissões estatais proporcionadas às circunstâncias de cada qual.” (*Curso de Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p.70).

A construção de relações isonômicas não é uma tarefa simples. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Isonomia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978), em um profundo estudo sobre a questão, explica que a realização da isonomia deve passar por duas etapas fundamentais. Primeiro, deve-se detectar uma diferença real e acentuada entre sujeitos que participam da mesma relação jurídica ou que estão submetidos às mesmas situações. Partindo dessa premissa, deve-se selecionar um critério de discriminação que, quando aplicado aos sujeitos diferentes, aproximem-os o máximo possível de uma realidade sem distinções. Esse critério diferenciador pode ser entendido como uma ação ou omissão que conceda aos sujeitos tratamento distinto e adequado às peculiaridades de cada um e apto proporcioná-los condições equivalentes. Em suma: o critério discriminador deve concretizar o fim visado pela discriminação respeitando os direitos e garantias individuais e pautando-se pela proporcionalidade.

3. A Isonomia e a LC nº. 123/06

Com alicerce nesse enfoque, a Constituição de 1988 determinou no art. 179 que lei complementar atribuisse um tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte no que tange a suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. A situação reflete com perfeição a tentativa de selecionar um critério de discriminação que conceda tratamento isonômico às diversas empresas do mercado, viabilizando a concorrência entre elas e o desenvolvimento das menos favorecidas.

Nessa linha, seguindo o mandamento constitucional do art. 179, a LC nº. 123/06 buscou implementar condições que igualassem as empresas no mercado, tornando-as mais competitivas. Dentre os diversos critérios discriminatórios elegidos pela lei complementar, cabe aqui destacar as regras que dão às microempresas e empresas de pequeno porte uma posição privilegiada nas licitações públicas. Por esta regra de preferência, as empresas tuteladas pela LC nº 123/06 poderão participar da licitação mesmo estando irregulares perante o Fisco e serão preferidas quando houver desempate. Note-se que para a LC nº. 123/06 (art. 44), desempate é entendido como *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*. Destaque-se ainda que tal percentual é reduzido à 5% quando a licitação for realizada na modalidade pregão.

Contudo, entende-se que a LC nº. 123/06 optou por um critério de discriminação inadequado. Ao criar a regra da preferência das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, adotou-se um critério discriminador que não considerou a finalidade do procedimento das licitações. Com isso, a tentativa de construir a isonomia entre as empresas através da regra da preferência acaba por ferir os direitos coletivos tutelados pelo procedimento. Além disso, a regra da preferência viola o Princípio da República^[1], pelo qual a Administração deve gerir seus recursos e pautar suas escolhas sempre tendo em vista a máxima eficiência e a impessoalidade.

4. A Finalidade do Instituto Jurídico das Licitações Públicas

As contratações públicas destinam-se a selecionar a melhor oferta através de um certame amplo que respeite os direitos e garantias individuais de cada licitante. Seu fim é adquirir o bem que realize da melhor forma possível os interesses públicos envolvidos na contratação. Por isso, dentre outros princípios que devem orientar uma contratação pública, o seu procedimento deve pautar-se, principalmente, pelos princípios da vantajosidade^[2] e da isonomia entre os licitantes^[3].

Porém, a efetivação da isonomia não pode se sobrepor ao fim a que se destina a licitação pública. Não se pode admitir que a oferta que melhor realiza o interesse público seja preterida em nome da garantia de um direito individual. Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, alerta que nas licitações públicas muitas vezes

“A tutela a isonomia transformou-se em um fim em si mesmo, olvidando-se que a melhor vantagem para a Administração também se traduz em benefícios para todos os integrantes da comunidade. Deve-se entender, portanto, que a licitação não pode ser conceituada como um concurso realizado no interesse dos partícipes. Dito de outro modo, o interesse privado e egoístico de cada licitante não pode merecer idêntico ao interesse coletivo de obter um contrato vantajoso.” (Comentários à Lei de Licitações..., p. 43).

Por essa razão, é fundamental que se compreenda que a licitação não é um instrumento de política pública, destinado a corrigir distorções econômicas ou

sociais, mas um procedimento que visa selecionar a opção que melhor atenda os interesses da coletividade. Tanto é que as licitações públicas não foram eleitas como um critério de discriminação e efetivação da isonomia pelo art. 179 e tampouco pelo art. 170, inc IX.

É de extrema relevância destacar que não se pretende de forma alguma negar a importância da instituição de benefícios que coloquem as microempresas e empresas de pequeno porte em situação de igualdade com as grandes empresas. O que se quer indicar é que as licitações públicas não podem se transformar em um instrumento de efetivação da isonomia entre as empresas sob pena de ser desvirtuada sua finalidade original.

Ou seja, a regra da preferência não é um critério de discriminação adequado, pois não guarda compatibilidade com a finalidade da licitação. Benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte até podem ser inseridos nos procedimentos licitatórios, afinal, o contrato administrativo também deve exercer sua *função social*[4]. No entanto, é essencial que os interesses envolvidos na contratação sejam ponderados através da proporcionalidade, de modo que o interesse particular não se sobreponha sobre o interesse coletivo em nome da isonomia e o resultado da licitação seja uma contratação desvantajosa.

5. Análise Crítica

Considerando essas distorções, que derivam da regra da preferência, a CONTEC suscita através da ADI nº. 3933 uma questão fundamental que se traduz na possível construção do monopólio das microempresas e empresas de pequeno porte através da regra da preferência nas licitações públicas.

Na situação apresentada pela CONTEC, em que a maioria das empresas do setor não pode gozar dos benefícios da LC nº. 123/06, o critério de discriminação utilizado para implementar a isonomia – *regra da preferência* – vai além de simplesmente neutralizar as diferenças. De acordo com a autora da ADI, a regra praticamente inviabilizaria a contratação das grandes empresas do setor, já que as microempresas e as empresas de pequeno porte, que são a minoria, poderão valer-se não apenas das preferências nas licitações, como também de diversos benefícios fiscais que as colocariam em condições mais vantajosas no mercado.

Em poucas palavras, para a CONTEC a LC nº. 123/06 não criou um tratamento isonômico. Mas muito pelo contrário. Os benefícios oferecidos às microempresas e empresas de pequeno porte acabaram colocando-as em situação privilegiada no mercado, e não isonômica como se pretendia. As diferenças entre as empresas não foram atenuadas. Criou-se, na realidade, uma situação muito mais favorável às microempresas e às empresas de pequeno porte. A conclusão que se extrai da problemática apresentada na ação é que os critérios de discriminação selecionados para efetivar a isonomia ao invés de construir uma relação de igualdade, criaram uma nova situação de desigualdade, invertendo apenas os pólos da relação.

O estabelecimento de um monopólio das microempresas e empresas de pequeno porte através da seleção de critérios de discriminação inválidos já tinha sido prevista por MARÇAL JUSTEN FILHO, que nos seus comentários à LC nº. 123/06 explica que:

“Seria inconstitucional uma disposição que impusesse à Administração Pública contratar apenas pequenas empresas. Criar o monopólio dos contratos administrativos para as pequenas empresas não seria uma providência adequada (proporcionada) à neutralização da diferença que justifica e legítima o tratamento discriminatório. Assim se passaria em vista de

que a instituição do monopólio não produziria o efeito de neutralizar as vantagens econômicas das grandes empresas. O efeito jurídico do monopólio seria a reserva para as pequenas empresas de um mercado de contratações, impondo a eliminação da competição com as grandes empresas. Em suma: a instituição do monopólio geraria um efeito desequilibrado, assegurando-se privilégios cuja intensidade acarretaria efeito oposto, igualmente não equilibrado e eivado de inconstitucionalidade.” (Comentários ao Estatuto das Microempresas..., p. 21).

Note-se que a situação abstratamente concebida pelo autor é concretizada através do dispositivo da LC nº. 123/06 acusado de inconstitucionalidade. Conforme os fatos relatados pela CONTEC, a permissão para que empresas de limpeza, vigilância e conservação usufruam dos benefícios da Lei de Microempresas é o caminho para instituição do monopólio das empresas beneficiadas. Dessa forma, a permanência do inc. XXVII do § 1º do art. 17 representa perfeitamente as conseqüências práticas da adoção de um critério de discriminação inadequado.

Lembre-se de que adotar como critério discriminador a regra de preferência nas licitações públicas não prejudica apenas as grandes empresas do setor de limpeza, vigilância e conservação. O maior prejuízo seria arcado por toda a sociedade. A formação de um monopólio das contratações públicas nesse setor – assim como em qualquer outro – traria graves conseqüências para o interesse coletivo, uma vez que a licitação pública ficaria impedida de alcançar a sua finalidade: *selecionar a melhor oferta tendo em vista a vantajosidade e a isonomia entre os licitantes.*

A questão levantada pela CONTEC possibilita ao STF e à sociedade a reflexão sobre a adoção de critérios de discriminação destinados a efetivar a isonomia, mas que acabam por gerar uma nova situação desigual. Lembra ainda que não deve haver uma supremacia do interesse público sobre o privado, nem tampouco uma supremacia do interesse privado sobre o público. Mas que os conflitos de interesses e de valores devem ser solucionados com ponderação. Não é possível aceitar que a licitação pública seja desvirtuada de sua finalidade primordial, violando os princípios da vantajosidade e da eficiência da atividade administrativa em nome da tutela de uma falsa isonomia.

[1] GERALDO ATALIBA, *República e Constituição*, 2ª ed., 2º tiragem atualizada por Rosolea Miranda Folgosi, São Paulo: Malheiros, 2001.

[2] Lembre-se de que a vantajosidade deve ser compreendida não apenas pelo seu aspecto econômico. Acerca da vantajosidade nas licitações públicas, confira-se MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª, São Paulo: Dialética, 2005, p. 42

[3] Tal conclusão é decorrente o artigo 3º da Lei 8.666/93, pelo qual “A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia** e a **selecionar a proposta mais vantajosa** para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (sem os destaques no original)

[4] Sobre a *função social* dos contratos administrativos, confira-se MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários ao Estatuto das Microempresas e as Licitações Públicas*, São Paulo: Dialética, 2007, p. 23 e 24.