



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

A LÓGICA JURÍDICA DO TRATAMENTO FAVORECIDO DE PEQUENAS
E MICROEMPRESAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: UM ESTUDO DE
CASO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

THIAGO CÁSSIO D'ÁVILA ARAÚJO

Brasília
2010

THIAGO CÁSSIO D'ÁVILA ARAÚJO

A LÓGICA JURÍDICA DO TRATAMENTO FAVORECIDO DE PEQUENAS
E MICROEMPRESAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: UM ESTUDO DE
CASO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Dissertação apresentada como requisito
parcial para a obtenção do Grau de
Mestre em Direito e Políticas Públicas
pelo Centro Universitário de Brasília.

Orientador:
Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

Co-orientadora:
Prof^a. Dra. Neide Teresinha Malard.

Brasília
2010

THIAGO CÁSSIO D'ÁVILA ARAÚJO

A LÓGICA JURÍDICA DO TRATAMENTO FAVORECIDO DE PEQUENAS E MICROEMPRESAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: UM ESTUDO DE CASO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Dissertação defendida e aprovada como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília perante a banca examinadora constituída pelos Excelentíssimos Senhores:

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho
Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)
Orientador e Presidente da Banca

Prof.^a Dra. Neide Teresinha Malard
Professora do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)
Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
Co-orientadora e Examinadora Interna

Prof. Dr. José Reinaldo de Lima Lopes
Professor Livre Docente da Universidade de São Paulo (USP)
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)
Examinador Externo

Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach
Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)
Examinador Interno

Brasília/DF, 12/04/2010.
Auditório da biblioteca do UniCEUB.

Para Selma.
Com amor, gratidão, ternura...

AGRADECIMENTOS

Que ninguém faz nada de importante sozinho na vida é algo que em geral já constatamos desde cedo. Mas essa máxima torna-se muito mais intensa quando a presenciamos num processo como este: cursar — e concluir — um mestrado é um desenvolvimento penoso e paradoxalmente extremamente gratificante. Hoje, certamente sou melhor que ontem, mas esse acontecimento não teria sido possível, ou ao menos não teria ocorrido desta exata maneira que vislumbro, sem a contribuição de algumas valorosas pessoas.

Em especial eu tenho o dever e também a alegria de manifestar minha gratidão ao Prof. Dr. *Roberto Freitas Filho*, pela disponibilidade e atenção marcantes com que me orientou ao longo dessa jornada, inclusive apresentando-me a obra de Chaïm Perelman, marco teórico desta dissertação, além de outros significativos autores, e também pelos ensinamentos na disciplina “Fundamentos de Metodologia Científica”, pelos quais dei importantes passos iniciais para uma maior eficiência na ordenação do pensamento e consideração pela moral no direito.

À Professora Dra. *Neide Teresinha Malard*, co-orientadora, agradeço os comentários pertinentes e criativos sobre esta dissertação — a recomendação de que eu construísse um texto teórico sobre a ordem econômica se revelaria fundamental para o uso das noções de justiça de Perelman —, como também a preocupação constante em transmitir idéias novas quando fui seu aluno de “Direito e Regulação Econômica”.

Ao Prof. Dr. *Carlos Bastide Horbach*, agradeço os importantes comentários na Banca de Qualificação, bem como os conhecimentos transmitidos quando fui seu aluno da disciplina “Direito e Serviços Públicos”.

Por agradável convívio e aprendizado em geral, agradeço aos Professores Doutores *Héctor Valverde Santana* (Responsabilidade Civil), *Luiz Eduardo de Lacerda Abreu* (Bases Sociais do Estado Contemporâneo), *Frederico Barbosa* (Políticas Públicas), *Márcia Leuzinger* (Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável), *Cristina Zackseski* (Política Criminal) e *José Levi Mello do Amaral Júnior* (Teoria dos Direitos Fundamentais).

Ao Prof. Dr. *Marcelo Dias Varella*, enquanto Coordenador do Mestrado, meus agradecimentos pelas dicas importantes e ajuda constante.

O Prof. Dr. *Gílson Ciarallo* me ajudou no projeto inicial de pesquisa para a seleção de ingresso no mestrado.

À Secretaria do Mestrado, em especial Marley.

À *Quarta Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União*, agradeço o excelente atendimento quando precisei das cópias integrais do caso estudado nesta dissertação.

À *EMBRATUR - Instituto Brasileiro de Turismo*, por minha inclusão no programa de capacitação.

Aos amigos da Procuradoria Federal junto à EMBRATUR, em especial a Patrícia Helena Bonzanini e Elizabeth Usami.

À *Biblioteca da Advocacia-Geral da União* agradeço o atendimento sempre eficiente e gentil.

Sou finalmente grato aos amigos e colegas do mestrado que de alguma maneira tenham contribuído para meu progresso intelectual, ou mesmo pelas conversas descompromissadas, pelas boas risadas, pelos momentos de ternura que transformaram esse período em algo tão significativo para minha vida.

Brasília/DF, fevereiro de 2010.

O Autor

“(...) Um simples catálogo dos lugares, os tópicos jurídicos, não permite julgar da força dos argumentos, dirimir, em favor deste ou daquele valor, um conflito axiológico. Para consegui-lo, é necessária uma teoria da argumentação, “uma nova retórica”.

Como a argumentação é essencialmente adaptação ao auditório, mostra-se indispensável um conhecimento deste. Na medida em que o juiz busca uma solução aceitável para os pleiteantes, para seus superiores e para a opinião pública esclarecida, ele deve conhecer os valores dominantes na sociedade, suas tradições, sua história, a metodologia jurídica, as teorias que nela são reconhecidas, as conseqüências sociais e econômicas deste ou daquele posicionamento, os méritos respectivos da segurança jurídica e da eqüidade na situação dada. A extrema sensibilidade aos valores, tais como eles estão vivos em determinada sociedade, condiciona o bom funcionamento da justiça, ao menos o de uma justiça que vise ao consenso, condição da paz judiciária. Ora, a melhor, ou uma das melhores, forma de adquirir isso é pelo ensino, tanto teórico quanto prático, da argumentação.”

(Chaïm Perelman, em 1973)

RESUMO

Em dezembro de 2006 uma lei federal foi aprovada, sob o número 123, estabelecendo um novo Estatuto das Micro e Pequenas Empresas no Brasil que assegura a estas um tratamento legal favorecido — em comparação às grandes empresas — em diversos assuntos, de tributação a contratos governamentais. Neste último campo, além de outras ferramentas legais, um direito de preferência foi criado, consistindo em uma situação de empate real ou fictício em relação às propostas nas licitações públicas brasileiras que concede às Micro e Pequenas Empresas (MPEs) uma nova oportunidade de oferecer proposta pelo contrato depois que a melhor proposta já seja de conhecimento de todos. Também, esta lei proporciona às MPEs um prazo adicional de regularização fiscal para a habilitação na licitação. Esses benefícios foram questionados perante o Tribunal de Contas da União (TCU), que tem poderes para decidir sobre a constitucionalidade de leis federais no sistema legal brasileiro, porque constavam de um edital de licitação da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) para contratação de serviços de terceirização de mão-de-obra na cidade de Brasília. O TCU decidiu que os benefícios para as MPEs estavam de acordo com os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal brasileira, sob a influência de um tópico jurídico pelo qual a igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A importância dos tópicos jurídicos, desde o *Organon* de Aristóteles ou os trabalhos de Cícero, foi reavivada na filosofia do direito na primeira metade do século passado por autores como Theodor Viehweg e Chaïm Perelman. Contudo, para este último, um tópico jurídico por si só não seria suficiente para conferir respostas razoáveis a conflitos de valor, razão pela qual ele construiria uma teoria da argumentação, conhecida como “Nova Retórica”. Através da teoria da argumentação de Perelman, pretende-se descobrir se e como a decisão do TCU poderia ser qualificada de “razoável”, assim como uma tendência jurisprudencial.

ABSTRACT

In December 2006 a federal law was approved under the number 123, establishing a new Statute for small businesses in Brazil that assures them favored legal treatment — compared to bigger companies — in several matters, from taxes to government contracts. In this last field, besides other legal tools, a preference right was created, which consists of an actual or fictitious equality situation concerning proposals in Brazilian public procurements that enables small and medium-sized businesses (SMBs) a new opportunity to bid for the prime contract after the winning bidding has been announced. Also, this law provides SMBs with additional time for fiscal regularization, as far as qualification of bidders is concerned. These benefits were questioned before the Brazilian Government Accountability Office (TCU), which has the power to decide constitutionality of a federal law in Brazilian legal system, as they were recognized on an Invitation To Tender (ITT) of National Health Care Foundation (FUNASA) to hire a company specialized in outsourcing services in Brasília city. TCU decided that the benefits for SMBs met the goals established by Brazilian Federal Constitution, under the influence of a juridical topic by which equality means equal treatment for equal beings and unequal treatment for unequal beings. Importance of juridical topics, since Aristotle's *Organon* or Cicero's works, was again brought in legal philosophy in the first half of last century by authors like Theodor Viehweg and Chaïm Perelman. However, for the last one, a juridical topic alone was not enough to give reasonably appropriate answers to value conflicts, which is the reason why he would build a theory of argumentation, known as "New Rhetoric". By using Perelman's theory of argumentation, we intend to find out if and how TCU's decision can be qualified as "reasonable" and also as jurisprudential tendency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.	1
CAPÍTULO 01: O TRATAMENTO FAVORECIDO DE PEQUENAS E MICROEMPRESAS EM CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS.	16
1.1. Caracterização legal de micro e pequenas empresas no direito brasileiro.	19
1.1.1. Procedimentos de enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de MPEs.	21
1.1.2. O Simples Nacional e o tratamento favorecido em contratações administrativas.	24
1.2. Tratamento favorecido e tratamento diferenciado e simplificado em contratações administrativas: conteúdos e diferenças.	27
1.2.1. Direito de preferência.	27
1.2.2. Regularização fiscal tardia.	28
1.2.3. Aplicabilidade do direito de preferência e da regularização fiscal tardia.	30
1.2.4. Cédula de crédito microempresarial.	30
1.2.5. Tratamento diferenciado e simplificado.	30
1.2.6. Delimitação de nomenclaturas.	32
1.3. O tratamento favorecido na Constituição Federal de 1988.	37
1.4. Algumas considerações.	58
CAPÍTULO 02: O TRATAMENTO FAVORECIDO NO PREGÃO ELETRÔNICO.	59
2.1. O pregão eletrônico.	60
2.2. O pregão eletrônico como ferramenta de governança eletrônica.	63
2.3. O direito de preferência no pregão eletrônico.	67
2.3.1. Simulações de operacionalização do direito de preferência no pregão eletrônico.	69
2.3.2. A inexequibilidade reconhecida na via recursal.	75
2.3.3. O empate real.	77
2.3.4. O direito de preferência e os tipos de licitação.	78
2.4. A regularização fiscal tardia no pregão eletrônico.	80
2.4.1. O prazo adicional de regularização fiscal tardia.	83
2.4.2. A prorrogação do prazo de regularização fiscal tardia.	84
2.4.3. Contagem do prazo de regularização fiscal tardia.	87
CAPÍTULO 03: O CASO.	89
3.1. O Tribunal de Contas da União.	89
3.2. Processamento e julgamento do caso Atlântida.	94
3.2.1. Conteúdo da Representação da empresa Atlântida Serviços Técnicos LTDA.	96
3.2.2. Primeira análise da Quarta Secretaria de Controle Externo (4ª SECEX).	100

3.2.3. Da petição do sócio-diretor da empresa Atlântida.	103
3.2.4. Segunda análise da Quarta Secretaria de Controle Externo.	106
3.2.5. Decisão do Ministro-Relator sobre a medida cautelar.	108
3.2.6. Terceira manifestação da 4ª SECEX.	109
3.2.7. Parecer do Ministério Público de Contas.	114
3.2.8. Sessão de julgamento: voto do Ministro-Relator, Guilherme Palmeira.	119
3.2.9. Sessão de julgamento: declaração de voto do Ministro Aroldo Cedraz.	121
3.2.10. Decisão.	123
CAPÍTULO 04: A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN.	124
4.1. O raciocínio tópico.	125
4.2. A teoria da argumentação de Chaïm Perelman.	134
4.2.1. Noções introdutórias.	134
4.2.2. Os tipos de auditório.	139
4.2.2.1. O auditório heterogêneo.	139
4.2.2.2. O auditório universal.	142
4.2.2.3. O auditório jurídico.	152
CAPÍTULO 05: A FILOSOFIA DE PERELMAN.	158
5.1. O que os filósofos devem aprender com o Direito.	161
5.2. Lógica jurídica e argumentação.	171
5.3. Argumentação e filosofia regressiva.	177
CAPÍTULO 06: JUSTIÇA, IGUALDADE E CONSEQÜÊNCIAS.	183
6.1. Perelman e a regra de justiça formal: a questão dos enquadramentos no caso Atlântida.	186
6.2. Perelman e a igualdade de situações: a questão da constitucionalidade no caso Atlântida.	198
6.2.1. Perelman e os princípios jurídicos.	199
6.2.2. Perelman e os conflitos constitucionais.	207
6.3. O argumento pragmático como vetor de decisão.	214
6.3.1. Os processos de ligação.	217
6.3.1.1. Os argumentos quase-lógicos.	217
6.3.1.2. Os argumentos baseados na estrutura do real.	224
6.3.1.3. Os argumentos que fundamentam a estrutura do real.	229
6.3.2. Os processos de dissociação.	231
6.4. O caráter maleável da argumentação.	232
CONCLUSÃO	233
APÊNDICE A — Influências da Lei Complementar n.º 123/06 no procedimento do pregão eletrônico: identificação de pontos de mudança.	236
1. Procedimentos iniciais e credenciamentos.	238
2. Eventuais ajustes do edital.	239
3. Desenvolvimento da competição no pregão eletrônico.	241
4. A fase de habilitação.	247

5. Recursos no pregão eletrônico.	249
6. Adjudicação, homologação, revogação e anulação da licitação.	250
REFERÊNCIAS	252
ANEXO A — ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO Nº 1.231/2008 DO PLENÁRIO DO TCU	1