

## **OS ASPECTOS ECONÔMICOS RESULTANTES DO EMPATE FICTO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 NAS CONTRATAÇÕES DA SECRETARIA MUNICIPAL DA EDUCAÇÃO DE CURITIBA**

### **THE ECONOMIC ASPECTS RESULTING FROM FICTIONAL TIE PROVIDED IN COMPLEMENTARY LAW No. 123/2006 IN THE CONTRACTS OF THE MUNICIPAL SECRETARIAT OF EDUCATION OF CURITIBA**

#### **Emanuela Villaverde**

Bacharel do Curso de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná. E-mail: mmannuv145@gmail.com

#### **Fabiana Passos de Melo**

Professora da Universidade Tuiuti do Paraná. Mestre em Psicologia Forense pela Universidade Tuiuti do Paraná. E-mail: fabiana.melo@utp.br

**Resumo:** O presente estudo objetivou analisar a aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação da Prefeitura Municipal de Curitiba, no período de 2015 a 2019, especialmente quanto ao empate ficto. Assim, a pesquisadora resolveu redigir o trabalho científico cujo objetivo geral é o de verificar se o tratamento jurídico diferenciado concedido às MEs, EPPs e MEIs ocorre, de fato, nas licitações realizadas pelo Poder Público e se, efetivamente, há vantagens para a Administração. Os objetivos específicos são: abordar aspectos conceituais e enquadramento fiscal das MEs, EPPs e MEIs; conceituar licitação e tecer breves considerações; relacionar princípios do Direito Administrativo; traçar um paralelo entre as licitações públicas e o tratamento diferenciado e favorecido às pequenas empresas para verificar se há economicidade para o Poder Público; por fim, averiguar se há vantagens econômicas às empresas enquadradas na Lei Complementar nº 123/2006. A metodologia utilizada foi a exploratória e descritiva, por meio de revisão bibliográfica, com pesquisas em revistas e jornais eletrônicos, livros, leis federais e municipais, além do sítio eletrônico <https://e-compras.curitiba.pr.gov.br/>. Logo, percebe-se a eficácia da Lei Complementar nº 123/2006, pois beneficiou as pequenas empresas nas licitações públicas, especialmente quanto à redução da desigualdade entre elas e as grandes empresas. A Prefeitura Municipal de Curitiba também se beneficia das vantagens econômicas ao realizar licitações com a aplicabilidade dessa Lei, embora ainda necessite da criação de políticas públicas para aperfeiçoar sua comunicação com os licitantes, possibilitando maior compreensão sobre o funcionamento da Lei Complementar.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Licitação. Empate Ficto. Lei Complementar nº 123/2006.

**Abstract:** The present study aimed to analyze the applicability of Complementary Law No. 123/2006 in the hiring of the Municipal Education Secretariat of the Municipality of Curitiba, in the period from 2015 to 2019, especially regarding the fictional tie. Thus, the researcher decided to write the scientific work whose general objective is to verify whether the different

legal treatment granted to MEs, EPPs and MEIs occurs, in fact, in tenders carried out by the Public Power and if, in fact, there are advantages for the Administration. The specific objectives are: to address conceptual aspects and fiscal framework of MEs, EPPs and MEIs; conceptualize bidding and make brief considerations; relate principles of Administrative Law; draw a parallel between public tenders and differentiated and favored treatment for small companies to verify whether there is economy for the Government; finally, ascertain whether there are economic advantages for companies covered by Complementary Law 123/2006. The methodology used was exploratory and descriptive, through bibliographic review, with searches in electronic magazines and newspapers, books, federal and municipal laws, in addition to the website <https://e-compras.curitiba.pr.gov.br/>. Therefore, the effectiveness of Complementary Law No. 123/2006 can be seen, as it has benefited small companies in public tenders, especially regarding the reduction of inequality between them and large companies. The Municipality of Curitiba also benefits from the economic advantages when carrying out bids with the applicability of this Law, although it still needs the creation of public policies to improve its communication with bidders, allowing a greater understanding of how the Complementary Law works.

**Keywords:** Administrative Law. Bidding. Fictional Tie. Complementary Law No. 123/2006.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico aborda o estudo sobre o Direito Administrativo e suas vertentes, mais especificamente, sobre a usabilidade e aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006, na incidência do empate ficto.

Após estudos sobre o tema, aliados à prática jurídica desempenhada no Núcleo de Assessoramento Jurídico da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba/PR, (NAJ/SME), surgiu um interesse de compreender os desdobramentos e aspectos jurídicos norteadores da prática de Lei Complementar específica, que trata de licitações no setor público.

O presente trabalho busca alcançar o objetivo geral de verificar se a Lei Complementar nº 123/2006 apresenta-se como uma alternativa efetiva ao desenvolvimento econômico e social, sobretudo, por intermédio das contratações realizadas pelo Poder Público.

Com a atribuição da Lei Complementar nº 123/2006, além dos privilégios que permeiam os ramos do direito tributário, trabalhista e previdenciário, acabou-se por viabilizar as alterações no procedimento de contratação realizadas pela Administração Pública.

Desse modo, foi trazido à tona o objetivo de verificar possíveis contratações no sistema exclusivamente direcionadas às Microempresas (MEs), Empresas de Pequenas Porte (EPPs) e Microempreendedores Individuais (MEIs). Outro fator a ser pesquisado é como ocorre essa relação mediante os fatores presentes na Lei Complementar nº 123/2006, bem como analisar os efeitos advindos com os benefícios inseridos na presente lei, a partir de sua publicação, diante das outras empresas de maior porte que disputam os certames.

## 2. ASPECTOS CONCEITUAIS E ENQUADRAMENTO FISCAL DAS MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL

Para um melhor entendimento sobre o tema proposto, se faz necessário o estudo dos conceitos e sua relação com o Direito na atualidade. Nascimento (2016, s/p) define o termo *empresa* da seguinte maneira:

Primeiramente, vale ressaltar que o conceito de Empresa não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como nos países precursores da teoria da empresa, portanto, podemos conceituar este termo como a realização de uma atividade econômica explorada pelo empresário visando a organização, produção e a circulação de bens e serviços.

Baseado na forma em que o conceito de empresa foi aplicado, nota-se que interage diretamente com muitos setores da sociedade, em que são possíveis várias vertentes de estudos mais profundos devido às variações econômicas, de setores, porte, valor, tipo de serviços ou produtos oferecidos, dentre outros.

De acordo com o Sebrae (2020, s/p) as empresas são classificadas de acordo com seu porte, por meio de dados como faturamento e quantidade de funcionários, conforme é possível observar na tabela abaixo:

TABELA 1 – ENQUADRAMENTO DAS EMPRESAS

- Por faturamento:

PORTE DOS BENEFICIÁRIOS	FATURAMENTO BRUTO ANUAL
Microempreendedor Individual	até R\$ 60.000,00
Microempresa	acima de R\$ 60.000,00 até R\$ 360.000,00
Empresa de Pequeno Porte	acima de R\$ 360.000,00 até R\$ 3.600.000,00

- Por quantidade de funcionários:

PORTE DOS BENEFICIÁRIOS	Setores	
	Indústria	Comércio e Serviços
Microempresa	até 19 pessoas ocupadas	até 9 pessoas ocupadas
Pequena Empresa	de 20 a 99 pessoas ocupadas	de 10 a 49 pessoas ocupadas
Média Empresa	de 100 a 499 pessoas ocupadas	de 50 a 99 pessoas ocupadas
Grande Empresa	500 pessoas ocupadas ou mais	100 pessoas ocupadas ou mais

Fonte: SEBRAE, 2020.

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. **Revista Direito UTP**, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

O número de empresas enquadradas no Simples Nacional cresce a cada ano. São informações oriundas de um estudo publicado no portal do Sebrae (2018, p. 5), informando que:

Em 2010, havia cerca de 3 milhões de ME no país. Esse número deve ter atingido 4,14 milhões, em 2017 e deverá chegar a 4,66 milhões, em 2022, segundo projeções do Sebrae. Isso representa um crescimento de 75,5% nesse período de 23 anos, a uma taxa média anual de 2,47%. No caso das EPP, a quantidade de empresas deste porte cadastrada na Receita Federal, em 2010, era de cerca de 800 mil. Em 2017, esse número deve ter atingido 1,13 milhão e o Brasil deverá contar com 1,39 milhões de EPP, em 2022, também com base nas projeções do Sebrae. Se isso se confirmar, significará um aumento de 109,5% no período, a uma taxa média anual de 3,27%, bem maior que a da ME.

São números bastante significativos, já que a abertura de um negócio, seja como ME, EPP ou MEI, consiste em uma alternativa interessante para o empreendedor e uma boa oportunidade de emprego para muitas pessoas que geralmente possuem baixa qualificação profissional.

Avançando para o conceito de empresário, segundo o Código Civil Brasileiro, trata-se de um indivíduo que: “[...] exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. (BRASIL, 2002, art. 966).

De acordo com Nascimento (2018 s/p), empresário pode ainda ser entendido como:

[...] aquele indivíduo vocacionado a gerenciar os meios de produção de modo que as suas atividades sejam voltadas a prestação de serviços ou fornecimento de produtos a terceiros gerando lucro, para isto este tem de reunir recursos que proporcionem o desenvolvimento dessas atividades.

Ao observar os dados levantados, entende-se que o empresário busca lucro por meio de uma atividade econômica que lhe gere lucros, tais como: comércio, indústria, serviços, aluguel ou qualquer outra espécie de bem.

Todavia, essas operações, produções, comercializações e negociações só podem ser feitas por meio de empresas regularmente registradas na Junta Comercial. As mais populares são as MEs, EPPs e MEIs (Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedores Individuais).

### **3. TRATAMENTO LEGISLATIVO DAS MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL**

#### **3.1 Pontos para análise na Lei Complementar nº 123/2006**

A Lei Complementar nº 123/2006 estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme preceitua o artigo 1º da referida lei.

Com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, houve uma extensão referente às normas de ordem econômica, com o objetivo de, nas palavras de Moraes (2003, p. 657), “[...] autorizar o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. **Revista Direito UTP**, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e constitucionais da ordem econômica.”

Ressalta-se que a ordem econômica tem como fundamento básico a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, de modo a assegurar a existência digna, conforme os preceitos da justiça social. A atividade econômica é regida pelos Princípios Gerais da ordem econômica brasileira, os quais estão elencados, no art. 170 do texto constitucional, conforme segue:

I - Soberania Nacional; II - Propriedade Privada; III - Função Social da Propriedade; IV - Livre Concorrência; V - Defesa do Consumidor; VI - Meio Ambiente; VII - Redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - Busca do Pleno Emprego; IX - Tratamento Favorecido para as Empresas de Pequeno Porte.

Pode-se afirmar que existia uma desigualdade entre as MEs, EPPs e as empresas de grande porte. Em análise à Carta Magna, acerca dos benefícios às pequenas empresas, com o intuito de reduzir essa desigualdade, Pereira Junior (2007, p. 3) afirma que:

Fica claro o motivo de a Constituição Federal haver inserido, como política pública específica, o tratamento diferenciado em prol dessas empresas. Empregam muita gente, desenvolvem inúmeras atividades, são importantíssimas no processo econômico, mas são pequenas. Daí a necessidade de uma compensação capaz de habilitá-las a formar e manter-se em mercado tão competitivo quanto o empresarial.

Em razão desse fato, houve a edição da Emenda Constitucional nº 6/1995, que alterou o inciso IX dos artigos 170 e 179 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a exigência 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. (BRASIL, 1988, arts. 170 e 179).

Inclusive, tal previsão constitucional tem fundamento no Princípio da Isonomia, que acolhe a conhecida máxima do tratamento desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Em consequência disso, foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual prevê:

[...] normais gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: [...]

III – ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão. (BRASIL, 2006, art. 1º).

Houve um claro avanço da Administração Pública ao reconhecer a importância, para o cenário econômico brasileiro, das microempresas e empresas de pequeno porte. Com o propósito de reduzir as desigualdades socioeconômicas, essas pequenas empresas precisavam receber incentivos fiscais e proteção legal para crescerem.

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. **Revista Direito UTP**, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

Com relação a esse tema, o disposto na Lei Complementar nº 123/2006 foi regulamentado, no âmbito da Prefeitura Municipal de Curitiba, pelo Decreto Municipal nº 615/2011, que aprova:

[...] o regulamento acerca do tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas, às empresas de pequeno porte e ao microempreendedor individual no âmbito do Município de Curitiba, de acordo com as normas gerais previstas na Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, alterada pela Lei Complementar Federal nº 128, de 19 de dezembro de 2008 [...]. (CURITIBA, 2011, art. 1º).

Ademais, é relevante compreender que o enquadramento referente à microempresa e à empresa de pequeno porte ocorre pela receita bruta anual. Entende-se que a microempresa é sociedade cuja receita bruta anual é de R\$ 360.000,00; já a empresa de pequeno porte tem receita bruta anual, variando entre R\$ 360.000,00 e R\$ 3.600.000,00.

### **3.2 Relação do interesse público com a Lei Complementar nº 123/2006 nas licitações**

Toda a estrutura do Direito Público no Brasil, especialmente a do Direito Administrativo, é calcada no interesse público. Isso significa que a universalidade atinente ao Estado, do mesmo modo é pertinente ao povo. Sendo assim, o seu trabalho deve ser em prol da coletividade, uma vez que está em seu cerne o dever de agir de acordo com a vontade do povo.

A expressão interesse público comumente remete-se a uma ideia oposta ao interesse privado. No entanto, nas palavras de Mello (2015, p. 59):

Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada um.

Nota-se uma ênfase direcionada aos Princípios da Supremacia do Interesse Público, como também da Indisponibilidade do Interesse Público, antecipadamente à compreensão essencial do interesse público precisamente dito. Isso porque os referidos princípios compõem o regime jurídico administrativo e têm a função de nortear a atuação do Estado. Este, por sua vez, tem o dever de zelar pela consecução do interesse público.

De acordo com o ensinamento de Mello (2015, p. 60):

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado) [...].

Portanto, a Administração Pública, ao adquirir um bem, contratar um serviço ou uma obra, empreenderá dinheiro público. Dessa forma, a licitação ocorre de modo a alcançar a melhor proposta, priorizando sempre o interesse público, que é um princípio basilar do direito administrativo.

Em vista disso, o processo licitatório tem como objetivo atender ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, que estabelece a forma como deve ser gerida a coisa

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. *Revista Direito UTP*, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

pública, atendendo a sua supremacia, ou seja, devem prevalecer os interesses coletivos sobre os do administrador, firmando a ideia de que o interesse público é indisponível.

Fato é que, com o advento da Lei Complementar nº 123/2006, em decorrência do cumprimento da Carta Magna, as licitações públicas passaram a não visar tão somente à satisfação de se adquirir um bem ou serviço pelo menor preço possível, mas também à observância de se dispensar tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas nas contratações.

Nesse sentido, Vareschini (2013, p. 35) destaca que o favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte:

é considerado princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, inc. IX) e os benefícios estabelecidos na Lei Complementar 123/2006 decorrem de determinação constitucional (art. 179), não se vislumbra afronta à isonomia, sendo imperioso que o tratamento diferenciado previsto na nova Lei seja observado pela Administração Pública e por todos aqueles que se encontram sujeitos à prévia licitação, como regra, para a formalização de suas contratações.

Dessa maneira, a Administração Pública deve gerir a máquina pública com seriedade, tratando os recursos públicos com impessoalidade para que predomine os interesses coletivos, e não os individuais.

### **3.3 Normas para licitações e contratos da administração pública**

Preliminarmente, deve-se versar sobre o conceito de Licitação, que se refere a um procedimento administrativo formal, no qual o ente público abre, a todos os interessados que atendam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas, dentre as quais será selecionada a mais vantajosa para a celebração do contrato.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 determinou a edição de uma lei que disciplinasse a Licitação e Contratação do particular com a Administração Pública. Então, foi promulgada, em 21 de junho de 1993, a Lei nº 8.666/1993, que regulamenta a licitação, como também os contratos administrativos. Dessa maneira, a Carta Magna prevê a competência da União para legislar acerca do seguinte:

[...] normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. (BRASIL, 1988, art. 22, inciso XXVII).

De forma clara, a Lei de Licitações determina, no art. 2º, que “as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, [...]”, deverão ocorrer mediante licitação.

Sob esse ponto de vista, Freitas e Maldonado (2013, p. 1266) afirmam que:

[...] as contratações de serviços, assim como as aquisições de bens pela Administração Pública, em regra, devem ser feitas mediante processo licitatório, de forma a

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. *Revista Direito UTP*, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

possibilitar o tratamento isonômico a todos aqueles interessados em contratar com o poder público e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

É notória, no Direito Administrativo Brasileiro, a regra para a obrigatoriedade de se licitar bens e serviços para a Administração, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, *in litteris*:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988, art. 37, inciso XXI).

Ao analisar esse trecho da Constituição Federal, nota-se a menção ao Princípio da Igualdade, que deve ser observado pela Administração Pública, a fim de assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes nas obras, serviços, compras e alienações, precedido de processo de licitação pública, ressalvados os casos especificados na legislação.

Baseado na interpretação de Mello (2014, p. 538), compreende-se que:

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, *caput*) – pela abertura do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, e 85, V, da Carta Magna brasileira.

Portanto, a Administração Pública direta, indireta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, subordinam-se ao regime da Lei nº 8.666/1993.

#### **4. PREFERÊNCIA E EMPATE FICTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006**

Existem inúmeras facilidades presentes na Lei Complementar em debate, por exemplo, uma metodologia específica para demonstração da regularidade fiscal das MEs, EPPs e MEIs, bem como a criação de licitações exclusivas para tais entidades. Do mesmo modo, nota-se a questão do empate ficto, sistemática causadora de várias divergências no campo doutrinário, inclusive em relação a sua própria origem constitucional.

De acordo com conteúdo da norma específica, pode ser observado, na íntegra, para iniciar a elucidação desta temática, conforme explicitado na Lei Complementar nº 123/2006: “Entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço.” (BRASIL, 2006, art. 44, § 1º).

Além do regramento exposto no art. 44, conforme fragmento supramencionado, o art. 45 da Lei Complementar gerou o termo denominado empate ficto (empate presumido ou empate simulado) entre propostas ofertadas pelas pequenas empresas e pelas grandes empresas, conferindo-se àquelas, caso haja tal empate, a possibilidade de apresentar uma nova proposta, tendo mais uma chance para obter, assim, a vitória no certame.

O procedimento adotado só pode ser aplicado quando houver participação de uma ME, EPP ou MEI com outras espécies de entidades. Quando um certame não possuir a participação de entidades desse modelo ou ainda se houver disputa apenas entre elas, conforme descrito no art. 48, inciso I, torna-se nulo tal procedimento.

No que diz respeito ao empate ficto, Araújo (2010, s/p) afirma que:

No caso das modalidades reguladas pela Lei nº 8666/93, como o conhecimento da proposta exequível mais bem classificada (a qual será utilizada como norte para se aferir o empate ficto) dar-se-á após o transcurso da fase habilitatória do certame, presume-se que o portador da aludida oferta será realmente declarado o vencedor do certame, caso nenhuma ME ou EPP, "empatada fictamente", não apresente oferta menor.

Baseado nessa fundamentação, vislumbrando o conteúdo da Lei Complementar nº 123/2006, pode-se afirmar que as MEs e EPPs possuem grande vantagem frente às demais concorrentes para sagrarem-se vencedoras em certames licitatórios, além do enquadramento fiscal diferenciado.

#### **4.1 Prós e contras sobre a aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006**

Na presente análise, serão tratados os pontos positivos e negativos frente aos privilégios concedidos às MEs, EPPs e MEIs. Assim, um dos pontos positivos trazidos, com o advento da Lei Complementar nº 123/2006 para as empresas enquadradas como MEs, EPPs e MEIs, foi a competição nos processos, de forma isonômica, destas com empresas de grande porte. Além disso, fomenta-se o desenvolvimento econômico regional por ser concedida a preferência de contratação às empresas locais, em conformidade com o caput do art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006, que, em sua edição original, continha a seguinte redação:

Art. 47. Nas contratações públicas da **União, dos Estados e dos Municípios, poderá 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. (grifo meu) (BRASI, 2006, art. 47).

Em que pese o texto inicial referente ao art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006 conferir a possibilidade de escolha da Administração Pública quanto a aplicar, nos processos licitatórios, o tratamento diferenciado e simplificado às MEs, EPPs e MEIs, não havia, na prática, a adesão necessária para sua aplicação.

Em função do número irrisório de licitações realizadas, atentando-se para essa previsão legal, o ordenamento jurídico alterou a Lei Complementar nº 123/2006, com a edição da Lei Complementar nº 147/2014, impondo a obrigatoriedade de se promover, em todas as licitações, tal tratamento. Assim, o caput do art. 47 recebeu "nova roupagem", conforme segue:

Art. 47. Nas contratações públicas **da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá 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

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. *Revista Direito UTP*, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (grifo meu).

Nesse diapasão, o Município de Curitiba regulamentou, por meio do Decreto Municipal nº 962/2016, essa obrigação trazida pela Lei, conforme segue:

Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras **deverá ser concedido tratamento favorecido**, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo, com o objetivo de promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas, o incentivo à inovação tecnológica e o estímulo à economia criativa, economia verde e economia digital, nos termos deste decreto. (grifo nosso) (CURITIBA, 2016, art. 1º, *caput*).

Em suma, a promulgação da Lei Complementar nº 147/2014, que obriga a Administração Pública a realizar as licitações com aplicação do tratamento diferenciado e simplificado às MEs, EPPs e MEIs, ocorreu em decorrência do não atendimento à previsão legal que, no texto original da Lei Complementar nº 123/2006, apenas facultava à Administração Pública aplicar ou não tal benefício.

Também é importante destacar, dentre os pontos positivos, os mais claros para os empreendedores que iniciam algum tipo de negócio e acabam por ter acesso a benefícios fiscais e tributários, já no ato da escolha pelo tipo de empresa a ser definido.

Para Pereira Junior e Dotti (2012, p. 61):

Entre a faculdade, a que alude a Lei Complementar nº 123/06, e o dever, na dicção do decreto federal que a regulamenta na administração federal, interpõe-se o primeiro fundamento que alimenta a polêmica que o tema desperta desde o seu nascimento, no direito positivo brasileiro: decreto (ato administrativo privativo de chefe do poder executivo) é norma de hierarquia inferior à lei, por isto que aquele não pode impor um dever ao agente público quando esta lhe defere apenas uma faculdade, nem o agente poderia interpretá-la restritivamente [...].

Partindo do pressuposto mais prático, do ponto da arrecadação mensal dos tributos aplicáveis ao negócio, é realizada de forma unificada por meio do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS). No caso do cadastramento, desde a instância municipal até a federal, é realizado de forma simplificada, o que reduz a burocracia. Além disso, Microempresas (MEs) e Empresas de Pequeno Porte (EPPs) são isentas de contribuição para INSS Patronal.

De acordo com o *Jornal Contábil* (2018, s/p), em licitações públicas, empresas optantes do Simples têm preferência, conforme os termos da Lei Complementar nº 123/2006. Na verdade, a preferência é para as MEs, EPPs e MEIs, porém, considerando que a maioria faz parte do regime simplificado, fica garantido o privilégio, conforme pode ser observado abaixo:

Se, em regimes fiscais, como Lucro Real e Lucro Presumido, existem diversas guias para pagamento, no Simples Nacional apenas duas delas bastam: Declaração Anual do Simples Nacional (DASN) — também utilizada por MEIs; **Declaração de Substituição Tributária, Diferencial de Alíquota e Antecipação (DeSTDA) — para quem contribui com o ICMS junto ao estado.**

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. **Revista Direito UTP**, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

Para empresas que apresentam faturamento estável, o enquadramento no Simples também pode ser vantajoso caso ela comece suas atividades no meio do ano. Isso porque o valor a ser pago pelo imposto anual terá como base o faturamento do primeiro mês. (grifo no original). (JORNAL CONTÁBIL, 2018, s/p).

Em outras palavras, os benefícios estão atrelados diretamente a questões de custos tributários mais baixos para os optantes do Simples Nacional, além da referida e já mencionada anteriormente, preferência na questão de empates fictos, em que as empresas de maior porte perdem espaço e, muitas vezes, são prejudicadas, pois perdem as licitações para empresas enquadradas no Simples Nacional, beneficiadas pela Lei Complementar nº 123/2006.

Os pontos negativos estão também diretamente ligados à questão tributária. No entanto, essa análise deve ser feita de forma realista, pois nem sempre estar enquadrada no Simples Nacional significará pagar menos impostos. Sendo assim, é nesse ponto que o regime pode se revelar pouco vantajoso porque, no Simples, o cálculo do imposto a pagar incide sobre o faturamento bruto, ou seja, tudo que a empresa registrou como receita, sem considerar seus custos e despesas operacionais.

Partindo do pressuposto de que o lucro é representado pelo total das receitas menos as despesas, a conclusão imediata a que se pode chegar é que, em determinados períodos, a empresa deverá pagar imposto, mesmo amargando prejuízo. É diferente do que acontece, por exemplo, no regime de Lucro Real, em que a tributação é calculada sobre o lucro. Se o negócio não lucrar e estiver enquadrado nesse regime, não haverá incidência de imposto.

Importa comentar a possível existência de mais uma desvantagem, na opção pelo Simples, que se revela para quem atua na indústria: em outros regimes tributários, são concedidos créditos ao se pagar impostos como IPI, ICMS, PIS e COFINS. Com relação a esse tema, o *Jornal Contábil* (2018, s/p) possui a seguinte interpretação:

No caso do ICMS, por exemplo, se o pagamento desse imposto for devido em operações anteriores, quem está enquadrado em outros regimes e paga o imposto nas operações subsequentes tem direito a resgatar o valor pago. Já se a sua empresa é optante do Simples, esse crédito não poderá ser requisitado.

A propósito, o pagamento do ICMS é um dos que exigem mais atenção por parte dos contadores. Como é um tributo estadual e sujeito a substituição tributária, as regras para pagamento, alíquotas e isenções sofrem muitas variações. É muito fácil se perder e pagar imposto indevido, caso a adesão ao Simples seja feita sem o necessário e saudável planejamento tributário.

Ainda com vistas ao lado negativo da escolha pelo enquadramento do Simples Nacional, no que diz respeito ao acesso às licitações, Pereira Junior e Dotti (2012, p. 63) declaram que:

A Lei Complementar nº 123/06 também afasta a exclusividade para o efeito de subcontratação e de reserva de cota de até vinte e cinco por cento do objeto, quando o tratamento privilegiado mostrar-se desvantajoso para a Administração.

Em outras palavras, o ente público precisa obter vantagem na negociação, pois, quando esta inexistente, pode afastar a exclusividade garantida pela presente Lei Complementar. Sob a ótica de Pereira Junior e Dotti (2012, p. 70), um fator que não possui apenas um lado positivo, mas, a depender da situação, pode gerar transtornos, é que se trata:

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. **Revista Direito UTP**, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

[...] de cadastro de produtos e fornecedores selecionados mediante prévio processo licitatório, na modalidade de concorrência ou pregão, e, em regra, do tipo menor preço (v. art. 3º do Decreto nº 3.931/2001), para eventual e futura contratação de bens e serviços, obrigando-se o licitante a manter, durante o prazo de validade do registro, os preços e a disponibilidade dos produtos nos quantitativos máximos licitados. 23. Assim, os preços e condições de contratação passam a constar da Ata de Registro de Preços (v. art. 1º, inciso II, do Decreto nº 3.931/2001), ficando disponíveis para qualquer órgão ou entidade da Administração, ainda que não tenha participado do certame licitatório, mediante consulta prévia ao órgão gerenciador da referida ata, desde que devidamente comprovada a vantagem (cf. art. 8º do Decreto nº 3.931/2001), e contanto que as aquisições ou contratações adicionais não excedam, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, nos termos do § 3º desse artigo 8º [...].

Sendo assim, fica claro que, ao ser cadastrado o produto do fornecedor, enquadrado no Simples Nacional, estará disponível no rol de empresas a serem contratadas de forma prévia. Então, o fornecedor fica obrigado a não apenas manter o preço estipulado na venda anterior, mas também possuir o estoque máximo para o atendimento da demanda de outros órgãos. Não importa, pois, que a empresa não tenha participado do processo licitatório, basta que as demandas sejam justificáveis e vantajosas para o ente público.

Notoriamente, se trata de uma condição que possui um duplo viés, conforme a situação do estoque, do preço de custo atual no momento da próxima aquisição ou da contratação a ser realizada.

#### **4.2 Sistema e-compras e a aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006 nas licitações da Secretaria da Educação de Curitiba**

O presente capítulo busca analisar a aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações públicas por meio de licitações realizadas pela Secretaria da Educação de Curitiba. Essa análise busca referenciar dados reais obtidos, nesse caso, ao acessar o Sistema e-Compras para constatar se o interesse público é alcançado.

Assim, os pregões eletrônicos da Prefeitura Municipal de Curitiba realizam-se por intermédio do portal eletrônico <https://e-compras.curitiba.pr.gov.br/>, isto é, as aquisições de bens ou contratações de serviços. O objetivo do Portal é promover a transparência, a celeridade e o acesso às informações sobre os procedimentos relativos às aquisições de bens ou à contratação de serviços.

Para ter acesso ao sistema, o interessado (pessoa física ou jurídica) deverá se credenciar e efetuar o cadastramento eletrônico, anexando os documentos necessários, com base na legislação que regulamenta o Cadastro de Fornecedores do Município de Curitiba.

Para a análise detalhada sobre o quantitativo total de pregões eletrônicos ocorridos na Secretaria Municipal da Educação de Curitiba, no período de 2015 a 2019, foi necessário acessar o portal eletrônico, com login e senha fornecidos por uma servidora pública do Município de Curitiba.

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. *Revista Direito UTP*, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

Preliminarmente, foram selecionados os ícones: “Relatórios” – “Administrativo” – “Estatístico por Pregoeiro”. Na tela sequente, foram selecionadas as seguintes opções: a Modalidade – Pregão Eletrônico; o Setor de Compras – SME; o Pregoeiro e, por fim, o período.

Insta salientar que, no período de 2015 a 2019, havia 5 (cinco) pregoeiros na Comissão de Licitação, portanto, apurou-se a estatística relativa a cada pregoeiro e, assim, foi possível verificar a quantidade total de pregões eletrônicos realizados com êxito pela Secretaria da Educação de Curitiba. Assim, seguem abaixo os resultados obtidos, conforme Tabela 2:

TABELA 2 – PREGÕES DE 2015 A 2019

<b>Pregões eletrônicos</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>
Ampla concorrência	28	14	15	25	18
Cota reservada ME, EPP, MEI	1	11	2	3	6
Participação Exclusiva ME, EPP, MEI	24	23	35	53	62
<b>Total</b>	<b>52</b>	<b>48</b>	<b>52</b>	<b>81</b>	<b>84</b>
<b>Empate Ficto</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>
	1	2	2	1	5

FONTE: e-compras.curitiba.pr.gov.br, 2020.

Em relação aos dados apresentados na tabela acima, pode-se observar que, no período de 2015 a 2019, a incidência de pregões eletrônicos direcionados à participação exclusiva das MEs, EPPs e MEIs foi maior em relação aos pregões com ampla participação e cota reservada à ME, EPP e MEI. Nota-se, mais precisamente, que em 2015 houve a participação de 24 (vinte e quatro) empresas e, de forma crescente, chegou, em 2019, a 62 (sessenta e duas) participantes.

Ainda, foi possível averiguar que a partir do ano de 2016, à medida que aumentou a quantidade de pregões eletrônicos exclusivos à participação de ME, EPP e MEI, àqueles abertos para ampla participação tiveram sua quantidade reduzida. Tal situação foi verificada também nos anos de 2017, 2018 e 2019.

Nesse sentido, verifica-se que o aumento dos certames direcionados à participação exclusiva às MEs, EPPs e MEIs tem fundamento na própria legislação, que trouxe uma série de normas com o objetivo de colocá-las em posição de igualdade com as grandes empresas. Assim, percebe-se que a equidade estabelecida entre as grandes e pequenas empresas é vantajosa à Administração Pública, considerando que quanto maior o número de empresas na disputa do certame, maior a chance de um preço mais justo e razoável.

Nessa perspectiva, verificou-se também que, no período entre 2015 e 2019, houve a incidência de empate ficto nos certames licitatórios da SME. Assim, percebe-se que a Lei Complementar nº 123/2006 tem impactado positivamente as contratações da Administração Pública, especificamente na Secretaria Municipal da Educação de Curitiba, devido ao novo regimento

trazido por essa lei quanto ao empate ficto, que propicia à ME, EPP e MEI melhor classificada a possibilidade de cobrir o valor da proposta que, a priori, é considerada a vencedora.

É sabido que o empate ficto oportuniza à ME, EPP e MEI o oferecimento de nova proposta de preço inferior nas situações em que as propostas apresentadas por elas sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores aos valores das propostas das grandes empresas, após a fase de lances.

Assim, verifica-se que a aplicabilidade desses preceitos gera uma economia ao Poder Público, que tem o dever de agir conforme o interesse público, visando sempre ao melhor da coletividade. Além disso, proporciona a igualdade de condições a todos os participantes do certame licitatório, como também permite, às participantes enquadradas como ME, EPP ou MEI, a vantagem competitiva.

Para melhor entendimento desses impactos positivos, foram extraídos dados do portal eletrônico <https://e-compras.curitiba.pr.gov.br/>, quanto às MEs, EPPs e MEIs vencedoras dos processos, em que houve o empate ficto. Importa comentar que as informações acerca desses processos não estão expostas de forma direta no portal pois, via de regra, no pregão eletrônico, tal empate é verificado automaticamente pelo sistema. Sendo assim, realizou-se a solicitação, de forma eletrônica, ao Instituto das Cidades Inteligentes (ICI), que é a responsável pelo desenvolvimento desse portal eletrônico.

A Tabela 3, exposta na sequência, corresponde aos pregões eletrônicos realizados na SME, nos anos de 2015 a 2019, contemplados pela benesse do empate ficto. O levantamento dos detalhes referentes a esses processos foi obtido por meio de acesso ao portal eletrônico <https://e-compras.curitiba.pr.gov.br/>, utilizando-se o login e a senha fornecidos por uma servidora pública. Posteriormente, foram selecionados os ícones: “Relatórios” – “Processos” – “Economia por Secretaria”.

Na tela seguinte, foram selecionadas as seguintes opções: “Setor de Compras – SME”; “Modalidade – Pregão Eletrônico” e; “Data de Início e Fim” (período desejado). Seguem abaixo os resultados obtidos, conforme Tabela 3:

TABELA 3 - ECONOMIA DOS PREGÕES DA SME – 2015 A 2019

PREGÕES	VALOR ESTIMADO	VALOR COTADO	ECONOMIA
116/2015	R\$ 134.720,40	R\$ 103.218,00	23,38%
13/2016	R\$ 3.091.300,00	R\$ 2.923.974,00	20,74%
19/2016	R\$ 2.335.433,65	R\$ 1.814.088,47	22,29%
185/2017	R\$ 1.068.969,00	R\$ 484.965,50	54,63%
251/2017	R\$ 5.737.093,22	R\$ 3.027.776,60	47,22%
19/2018	R\$ 2.559.999,30	R\$ 1.714.622,46	33,02%
29/2019	R\$ 3.108.000,00	R\$ 2.782.001,00	10,49%
103/2019	R\$ 2.166.418,60	R\$ 1.417.778,60	34,56%
104/2019	R\$ 8.213.250,00	R\$ 3.925.664,55	32,21%
188/2019	R\$ 725.612,56	R\$ 489.886,70	32,49%
314/2019	R\$ 4.951.570,00	R\$ 4.943.037,00	0,17%

FONTE: e-compras.curitiba.pr.gov.br, 2020.

Em relação aos dados apresentados na tabela acima, pode-se observar que, no período de 2015 a 2019, ocorreram 11 (onze) pregões eletrônicos com a incidência de empate ficto.

É importante destacar que o valor estimado se refere ao preço de referência obtido por meio de pesquisa mercadológica (orçamento), com, no mínimo, 3 (três) empresas do mesmo ramo, para justificar o valor do objeto com pretensão de se adquirir. Com relação ao valor cotado, compreende-se como o valor final a ser contratado.

Ainda, verifica-se que, em todos os pregões, a incidência do valor estimado foi superior ao valor cotado. Ademais, em todos os certames, ocorreu a redução de preços nos referidos pregões, com maior incidência no ano de 2017, em cujo primeiro pregão foram economizados 54,63% e, no segundo, 47,22%.

Certamente, a Lei Complementar nº 123/2006 trouxe inovações, inclusive, nos julgamentos das licitações, porque, antes de sua promulgação, os empates aconteciam apenas quando, nos processos licitatórios do tipo menor preço, as empresas enviavam valores idênticos, na fase de propostas, e não enviavam lances. Dessa maneira, as empresas com lances empatados compareciam à Prefeitura de Curitiba para a efetivação de um sorteio para o desempate.

Posteriormente, houve uma melhoria no Sistema e-Compras para o desempate, de modo que não obrigasse as empresas a comparecerem à Prefeitura, pois isso demandava tempo. Assim, para facilitar o desempate, criou-se a seguinte regra: a empresa que enviasse seu preço, na fase de propostas, em primeiro lugar, mesmo empatada com outras, era a vencedora do certame.

Somente com o advento da Lei Complementar nº 123/2006, houve realmente mudanças significativas para a Prefeitura de Curitiba devido ao empate ficto gerar maior redução de preços nos processos. Também houve impactos positivos para as MEs, EPPs e MEIs, pois foram simplificados os tributos e foi concedido um prazo correspondente a 5 (cinco) dias úteis para a regularização dos documentos habilitatórios, podendo tal prazo, a critério da Administração, ser prorrogado por igual período, uma única vez. Às empresas de grande porte, não são concedidos esses benefícios. Logo, as MEs, EPPs e MEIs, optantes pelo Simples Nacional, têm preferência sobre as demais empresas enquadradas em outros regimes tributários, para enviar lances, asseguradas pela Lei Complementar nº 123/2006, desde que atendam às normativas.

Os dados das Tabelas 4 e 5 serão analisados para traçar um comparativo entre os lances enviados pelas empresas vencedoras imediatamente após o encerramento da fase de lances, sem a aplicação da Lei Complementar nº 123/2006, e os lances enviados pelas MEs, EPPs e MEIs, após a fase regulamentar de lances, com a aplicação da Lei Complementar nº 123/2006. O objetivo é verificar, na prática, a economia gerada aos cofres públicos e a vantagem da aplicabilidade da Lei, que determina os detalhes sobre o funcionamento do desempate nos pregões eletrônicos: “[...] 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.” (BRASIL, 2006, art. 45, § 3º).

Mais uma vez, houve regulamentação dessa obrigatoriedade legal na Prefeitura Municipal de Curitiba, por meio do Decreto Municipal nº 962/2016, que estabelece, após o término da fase de lances, caso haja empate ficto, que sejam adotados os seguintes procedimentos no portal e-Compras:

I - o sistema eletrônico abrirá tempo para que as MEP's, caso haja interesse, aceitem no prazo de 5 minutos a partir do horário de encerramento da sessão de lance, o envio de novos lances menores do que o melhor preço classificado;

II - após o aceite por parte das MEP's o tempo para o envio do(s) novo(s) lance(s) será de acordo com o número de itens de cada processo, conforme descrito abaixo:

a) processos com 1 a 10 itens, o tempo para envio do(s) novo(s) lance(s) será de 5 minutos;

b) processos com 11 a 30 itens, o tempo para envio do(s) novo(s) lance(s) será de 15 minutos;

c) processos com mais de 31 itens, o tempo para envio do(s) novo(s) lance(s) será de 30 minutos.

III - todas as MEP's participantes, cadastradas no sistema eletrônico e que se enquadram no empate ficto podem dar o aceite e enviar seus lances, porém, será considerado para efeitos de julgamento somente a MEP's que tinha o menor valor (durante a fase de lances) entre as que apresentaram o empate ficto. Caso essa empresa venha a ser desclassificada ou inabilitada, o pregoeiro poderá chamar as demais participantes, em ordem de classificação originada da sessão de lances, incluindo as demais MEP's, primeiramente aquelas que se enquadram no empate ficto e que enviaram seus novos lances. (CURITIBA, 2016, art. 6º, incisos I, II e III).

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. *Revista Direito UTP*, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

**TABELA 4 – APLICABILIDADE DA LC 123/2006  
NOS PREGÕES ELETRÔNICOS DA SME – 2015 A 2019**

PREGÕES	ITEM/LOTE	QUANTIDADE	EMPRESAS NÃO ENQUADRADAS NA LC 123/2006	EMPRESAS ENQUADRADAS NA LC 123/2006 (MEs, MEs e EPPs)	VALOR UNITÁRIO FINAL COM APLICAÇÃO DA LC 123/2006 - (MEs, MEs e EPPs) - 1ª classificação	VALOR TOTAL DO ITEM/LOTE COM APLICAÇÃO DA LC 123/2006 (MEs, MEs e EPPs)	VALOR TOTAL DO PROCESSO COM APLICAÇÃO DA LC 123/2006 (MEs, MEs e EPPs)	VALOR DO DESCONTO (R\$)	VALOR DO DESCONTO (%)
116/2015	1	5.000	Grande porte	Microempresa	R\$ 6,94	R\$ 34.700,00	R\$ 103.218,00	R\$ 50,00	4,84%
13/2016	4	450	Grande porte	Microempresa	R\$ 30,59	R\$ 13.765,50	R\$ 2.923.974,00	R\$ 3.308,20	11,30%
13/2016	59	250	Grande porte	Empresa de pequeno porte	R\$ 120,00	R\$ 30.000,00			
13/2016	62	300	Grande porte	Microempresa	R\$ 131,54	R\$ 39.462,00			
13/2016	67	1.100	Grande porte	Microempresa	R\$ 22,44	R\$ 24.684,00			
13/2016	68	510	Grande porte	Microempresa	R\$ 38,94	R\$ 19.859,40			
13/2016	159	250	Grande porte	Microempresa	R\$ 146,71	R\$ 36.677,50			
13/2016	184	230	Grande porte	Microempresa	R\$ 30,90	R\$ 7.107,00			
19/2016	65	3.500	Grande porte	Microempresa	R\$ 11,29	R\$ 39.515,00			
185/2017	4	800	Grande porte	Empresa de pequeno porte	R\$ 12,27	R\$ 9.816,00	R\$ 484.965,50	R\$ 8,00	0,16%
251/2017	1	20	Sociedade empresária limitada	Empresa de pequeno porte	R\$ 369,98	R\$ 7.399,60	R\$ 3.027.776,60	R\$ 5,20	0,02%
251/2017	31	500	Sociedade empresária limitada	Microempresa	R\$ 6,98	R\$ 3.490,00			
19/2018	42	200	Grande porte	Microempresa	R\$ 109,99	R\$ 21.998,00	R\$ 1.714.622,46	R\$ 5,20	0,03%
19/2018	69	120	Grande porte	Microempresa	R\$ 69,99	R\$ 8.398,80			
19/2018	85	200	Grande porte	Microempresa	R\$ 114,99	R\$ 22.998,00			
29/2019	1	1	Grande porte	Microempresa	R\$ 1.820.000,00	R\$ 1.820.000,00	R\$ 2.782.001,00	R\$ 2.001,00	7,19%
103/2019	3	48	Empresa individual de responsabilidade limitada	Microempresa	R\$ 1.019,52	R\$ 48.936,96	R\$ 1.417.778,60	R\$ 28,80	0,20%
103/2019	6	12	Empresa individual de responsabilidade limitada	Microempresa	R\$ 1.019,52	R\$ 12.234,24			
104/2019	11	150	Grande porte	Microempresa	R\$ 401,99	R\$ 60.298,50	R\$ 3.925.664,55	R\$ 2,63	0,01%
104/2019	12	113	Grande porte	Microempresa	R\$ 440,99	R\$ 49.831,87			
188/2019	5	37	Sociedade empresária limitada	Empresa de pequeno porte	R\$ 1.989,00	R\$ 73.593,00	R\$ 489.886,70	R\$ 50,00	1,02%
188/2019	11	13	Sociedade empresária limitada	Empresa de pequeno porte	R\$ 1.989,00	R\$ 25.857,00			
314/2019	2	1	Grande porte	Microempresa	R\$ 1.274.000,00	R\$ 1.274.000,00	R\$ 4.943.037,00	R\$ 1.010,00	2,04%
<b>SOMA VALORES PREGÕES</b>							<b>R\$ 23.627.892,88</b>	<b>R\$ 6.504,03</b>	

FONTE: Elaboração própria com base em dados do Portal e-Compras 2020.

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. *Revista Direito UTP*, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

**TABELA 5 – NÃO APLICABILIDADE DA LC 123/2006 NOS PREGÕES ELETRÔNICOS DA SME – 2015 A 2019**

PREGÕES	ITEM/LOTE	QUANTIDADE	EMPRESAS NÃO ENQUADRADAS NA LC 123/2006	EMPRESAS ENQUADRADAS NA LC 123/2006 (MEs, MEs e EPPs)	VALOR UNITÁRIO SEM APLICAÇÃO DA LC 123/2006 (GRANDES) - 1ª classificada	VALOR UNITÁRIO SEM APLICAÇÃO DA LC 123/2006 (MEs, MEs e EPPs) - 2ª classificada	VALOR TOTAL DO ITEM/LOTE SEM APLICAÇÃO DA LC 123/2006 (TODAS AS EMPRESAS)	VALOR TOTAL DO PROCESSO SEM APLICAÇÃO DA LC 123/2006 (TODAS AS EMPRESAS)
11/6/2015	1	5.000	Grande porte	Microempresa	R\$ 6,95	R\$ 7,20	R\$ 34.750,00	R\$ 103.268,00
13/2016	4	450	Grande porte	Microempresa	R\$ 30,80	R\$ 30,70	R\$ 13.770,00	R\$ 2.927.282,20
13/2016	59	250	Grande porte	Empresa de pequeno porte	R\$ 123,00	R\$ 123,20	R\$ 30.750,00	
13/2016	62	300	Grande porte	Microempresa	R\$ 139,95	R\$ 140,00	R\$ 41.985,00	
13/2016	67	1.100	Grande porte	Microempresa	R\$ 22,45	R\$ 22,50	R\$ 24.695,00	
13/2016	68	510	Grande porte	Microempresa	R\$ 38,95	R\$ 39,00	R\$ 19.864,50	
13/2016	159	250	Grande porte	Microempresa	R\$ 146,75	R\$ 146,80	R\$ 36.687,50	
13/2016	184	230	Grande porte	Microempresa	R\$ 30,92	R\$ 30,94	R\$ 7.111,80	
19/2016	65	3.500	Grande porte	Microempresa	R\$ 11,30	R\$ 11,35	R\$ 39.550,00	R\$ 1.815.003,47
18/5/2017	4	800	Grande porte	Empresa de pequeno porte	R\$ 12,28	R\$ 12,29	R\$ 9.824,00	R\$ 484.973,50
25/1/2017	1	20	Sociedade empresária limitada	Empresa de pequeno porte	R\$ 369,99	R\$ 370,00	R\$ 7.399,80	R\$ 3.027.781,80
25/1/2017	31	500	Sociedade empresária limitada	Empresa de pequeno porte	R\$ 6,99	R\$ 6,99	R\$ 3.495,00	
19/2018	42	200	Grande porte	Microempresa	R\$ 110,00	R\$ 114,88	R\$ 22.000,00	R\$ 1.714.627,66
19/2018	69	120	Grande porte	Microempresa	R\$ 70,00	R\$ 73,25	R\$ 8.400,00	
19/2018	85	200	Grande porte	Microempresa	R\$ 115,00	R\$ 116,25	R\$ 23.000,00	
29/2019	1	1	Grande porte	Microempresa	R\$ 1.822.001,00	R\$ 1.920.000,00	R\$ 1.822.001,00	R\$ 2.784.002,00
10/3/2019	3	48	Empresa individual de responsabilidade limitada	Microempresa	R\$ 1.020,00	R\$ 1.037,52	R\$ 48.960,00	R\$ 1.417.807,40
10/3/2019	6	12	Empresa individual de responsabilidade limitada	Microempresa	R\$ 1.020,00	R\$ 1.037,52	R\$ 12.240,00	
10/4/2019	11	150	Grande porte	Microempresa	R\$ 402,00	R\$ 403,00	R\$ 60.300,00	R\$ 3.925.667,18
10/4/2019	12	113	Grande porte	Microempresa	R\$ 441,00	R\$ 442,00	R\$ 49.833,00	
18/8/2019	5	37	Sociedade empresária limitada	Empresa de pequeno porte	R\$ 1.990,00	R\$ 2.010,00	R\$ 73.630,00	R\$ 489.936,70
18/8/2019	11	13	Sociedade empresária limitada	Empresa de pequeno porte	R\$ 1.990,00	R\$ 2.000,00	R\$ 25.870,00	
31/4/2019	2	1	Grande porte	Microempresa	R\$ 1.275.010,00	R\$ 1.274.000,00	R\$ 1.275.010,00	R\$ 4.944.047,00
							<b>SOMA VALORES PREGÕES</b>	<b>R\$ 23.634.396,91</b>

FONTE: Elaboração própria com base em dados do Portal e-Compras 2020.

As Tabelas 4 e 5 foram elaboradas a partir de dados extraídos do site eletrônico <https://e-compras.curitiba.pr.gov.br/> e contêm informações na seguinte ordem: número do pregão eletrônico realizado na SME no período compreendido entre os anos de 2015 e 2019; número do item/lote em que houve o empate ficto; quantidade de itens de um determinado produto

ou serviço dos pregões; empresas não abrangidas pela Lei Complementar nº 123/2006 (grandes empresas); empresas abrangidas pela Lei Complementar nº 123/2006 (MEs, EPPs e MEIs); valores unitário e total dos processos; valores do desconto em moeda Real (R\$) e em percentual (%).

Na Tabela 4, foram incluídos os valores, considerando-se a Lei Complementar nº 123/2006 e a regra do empate ficto de até 5% (cinco por cento) para que fosse concedido o direito previsto de desempate às empresas enquadradas como MEs, EPPs ou MEIs.

Por outro lado, na Tabela 5, foram incluídos os valores, porém sem considerar a Lei Complementar nº 123/2006 e, por conseguinte, o empate ficto também não, de modo a traçar um comparativo real entre os valores finais de pregões eletrônicos, no período de 2015 a 2019, antes da promulgação dessa Lei e dos mesmos pregões, nesse lapso temporal, após sua promulgação.

Assim, é preciso atentar para os benefícios econômicos trazidos à Administração Pública, mais especificamente à Prefeitura Municipal de Curitiba, pois os “valores unitários sem aplicação da LC nº 123/2006”, conforme Tabela 5, seriam correspondentes aos primeiros colocados (as grandes empresas) e os valores da referida coluna seriam os valores finais da contratação. Na coluna ao lado, denominada “valores unitários sem aplicação da LC 123/2006 (MEIs, MEs e EPPs)”, os valores corresponderiam somente aos classificados em segundo lugar.

No entanto, como se pode notar na Tabela 4, a coluna denominada “valores unitários com aplicação da LC 123/2006 (MEs, EPPs e MEIs)”, contém os valores finais, tendo em vista a ocorrência do empate ficto. Percebe-se, assim, a real economia gerada ao Município de Curitiba.

Finalmente, na Tabela, 4, foi criada uma coluna para demonstrar o valor do desconto em moeda Real (R\$) durante a fase pós-lances de cada pregão eletrônico. Ao final da coluna, houve o somatório dos valores do desconto para demonstrar a efetiva economia gerada, no valor de R\$ 6.504,03 (seis mil, quinhentos e quatro reais e três centavos), no período pesquisado.

Na última coluna da Tabela 4, foram convertidos em porcentagem os valores referentes aos descontos, cujo somatório total foi exposto no parágrafo anterior. Cada pregão apresenta um percentual de desconto diferente, pois é absolutamente imprevisível o interesse e a possibilidade de cada empresa em reduzir seus lances durante os certames.

De todo o exposto nas Tabelas 4 e 5, verificou-se que a Lei Complementar nº 123/2006 trouxe significativas reduções de despesas para os cofres públicos, mais especificamente percebidas no âmbito da Secretaria Municipal da Educação. Tendo em vista que os processos, na modalidade licitatória de Pregão Eletrônico, correspondem a quase 100% (cem por cento) do total de processos realizados por este órgão, as vantagens econômicas são bastante perceptíveis.

Assim, nota-se que se o tratamento diferenciado for aplicado corretamente pela Prefeitura Municipal de Curitiba, esse estímulo não somente acarretará vantagens de cunho econômico, devido à localização geográfica das MEs, EPPs e MEIs que porventura vencerem os certames,

mas também de cunho social. Trata-se, pois, da prática de uma política pública, uma vez que o órgão municipal tem o condão de criar ótimas oportunidades de geração de emprego e renda.

Logo, o Município de Curitiba favorece a ampliação do poder de compra das pessoas e, em função disso, estimula uma maior movimentação da economia local, o que garantirá o retorno desse dinheiro aos cofres públicos em forma de impostos, taxas e tributos, bem como em melhorias nas áreas, por exemplo, da educação e da saúde, justamente por aumentar a qualidade de vida dos cidadãos.

## **5. CONCLUSÃO**

A Lei Complementar nº 123/2006 permitiu o fortalecimento das micro e pequenas empresas, no sentido de incentivar a competitividade, como também propiciar a redução dos preços entregues à Administração Pública.

Assim, as modificações ocorridas no procedimento licitatório, mais precisamente na etapa de lances, na fase de habilitação e na contratação foram expressivamente relevantes, pois remodelou o resultado final das licitações.

Ademais, a concessão do tratamento diferenciado e favorecido, proveniente da Constituição Federal de 1988, viabilizou às MEs, EPPs e MEIs a participação em procedimentos licitatórios promovido pela Administração Pública.

Nesse sentido, constatou-se que, devido à incidência do empate ficto em 11 (onze) pregões eletrônicos, ocorridos no período de 2015 a 2019, na Secretaria de Educação de Curitiba, houve uma economia significativa aos cofres públicos, corroborando a tese de que a aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006 beneficia tanto a Administração Pública quanto as empresas.

Em sua maioria, as empresas vislumbram muitas vantagens, especialmente no que se refere ao empate ficto e à redução de tributos, concluindo que nem sempre será vantajoso, a depender de muitas variantes, como volume de vendas, número de funcionários, foco em licitações, ramo de atividade, dentre outras situações que foram analisadas. Assim, houve a comprovação de que se faz necessário um planejamento prévio à escolha ou não pelo Simples Nacional.

Apesar de a Lei Complementar nº 123/2006 ter trazido benefícios às pequenas empresas para facilitar sua participação, além de sagrarem-se vencedoras nos processos de licitação, devem-se observar vários critérios antes de optar por um enquadramento como ME, EPP ou MEI para que não haja dúvidas se será algo vantajoso ou não.

Sendo assim, é evidente que se houver uma assessoria por parte dos órgãos que apoiam as MEs e EPPs (já que grande parte não tem conhecimento da lei e de como funciona uma licitação), haverá um melhor desempenho dessas empresas no contexto do mercado, o que trará benefícios tanto ao governo quanto ao pequeno empresário, pois a concorrência estimula o mercado e a melhoria na qualidade de serviços, favorecendo a sociedade.

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. **Revista Direito UTP**, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

Diante do exposto, infere-se que a Lei Complementar nº 123/2006 possui eficácia efetiva, pois beneficiou as microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente no que se refere à redução da desigualdade entre elas e as grandes empresas, possibilitando assim, maiores perspectivas de desenvolvimento econômico. No entanto, é relevante ponderar a necessidade de criação de políticas públicas, no sentido de instruir as empresas a compreender o funcionamento do processo licitatório, como também promover cursos aos servidores municipais para que possam adquirir mais conhecimentos acerca da temática para um procedimento licitatório mais eficiente.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabiano de Figueirêdo. **O "empate ficto" previsto pela Lei Complementar nº 123/2006**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14194> Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc06.htm) Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm) Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp147.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

CURITIBA. **Decreto nº 615, de 5 de outubro de 2011**. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/decreto/2011/61/615/decreto-n-615-2011-aprova-o-regulamento-acerca-do-tratamento-diferenciado-e-favorecido-a-ser-dispensado-as-microempresas-e-as-empresas-de-pequeno-porte-bem-como-ao-microempreendedor-individual-no-ambito-do-municipio-de-curitiba>. Acesso em 19 jun. 2020.

CURITIBA. **Decreto nº 962, de 5 de outubro de 2016**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=332296> Acesso em: 19 jun. 2020.

FREITAS, Marcelo de; MALDONADO, José Manuel Santos de Varge. O pregão eletrônico e as contratações de serviços contínuos. **Revista Administração Pública**. Rio de Janeiro, 47(5):1265-281, set./out. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rap/v47n5/a09v47n5.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

VILLAVERDE, Emanuela; MELO, Fabiana P. de. Os aspectos econômicos resultantes do empate ficto previsto na Lei Complementar nº 123/2006 nas contratações da Secretaria Municipal da Educação de Curitiba. **Revista Direito UTP**, v.1, n.1, jul./dez. 2020, p. 182-203.

JORNAL CONTÁBIL. **Os principais pontos positivos e negativos de ser optante pelo Simples Nacional**. 2018. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/saiba-quais-sao-os-principais-pontos-positivos-e-negativos-de-ser-optante-pelo-simples-nacional/> Acesso em: 23 maio 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Francisco José Alves do. **Empresário: conceito e aspectos básicos**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65534/empresario-conceito-e-aspectos-basicos> Acesso em: 26 abr. 2020.

NASCIMENTO, Rafael do. **O conceito de empresa**. 2016. Disponível em: <https://rafadnasc.jusbrasil.com.br/artigos/343493536/o-conceito-de-empresa> Acesso em: 15 out. 2020.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Notas sobre a participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas**. 2007. Disponível em: [http://www.jmleventos.com.br/arquivos/coluna\\_juridica/doutrina\\_parecer\\_14\\_2.\\_jess\\_torres.pdf](http://www.jmleventos.com.br/arquivos/coluna_juridica/doutrina_parecer_14_2._jess_torres.pdf) Acesso em: 21 maio 2020.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restellato. As licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regra e exceções. **Revista do TCU** 123. p. 60-77. jan./abr. 2012. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/149> Acesso em: 10 jun. 2020.

SEBRAE. **Critérios de classificação de empresas: MEI – ME – EPP**. Disponível em: <http://www.sebrae-sc.com.br/leis/default.asp?vcdtexto=4154> Acesso em: 25 abr. 2020.

SEBRAE. **Perfil das microempresas e empresas de pequeno porte**. 2018. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RO/Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20-%2004%202018.pdf> Acesso em: 12 jun. 2020.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações Públicas**. 2. Ed. Curitiba: Editora JML, 2013.