

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária**. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. **Planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MACHADO, Schubert de Farias. Lançamento por homologação e decadência. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 131, p. 68-83, ago. 2006.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCHA, João Marcelo. **Direito Tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2007.

SAKAKIHARA, Zuudi. Comentários aos arts. 139 a 164. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coord.). Código Tributário Nacional Comentado. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004. p. 613-665.

EMPATE FICTO NAS LICITAÇÕES

FICTO TIE IN QUOTES

Nathalie de Paula Carvalho

Especialista em Direito e Processo Constitucional pela
Universidade de Fortaleza - UNIFOR
Mestranda em Direito Constitucional pela UNIFOR
Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela
Universidade Vale do Acaraú
Advogada
E-mail: nathaliedireito@hotmail.com

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 POR QUE LEI COMPLEMENTAR ?; 3 INOVAÇÕES DA LC 123/06; 4 O EMPATE FICTO; 5 A QUESTÃO DAS COOPERATIVAS: PERFIL JURÍDICO; 6 AS COOPERATIVAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS.

CONTENTS: 1 INTRODUCTION; 2 WHY SUPPLEMENTAL LAW ?; 3 INNOVATIONS WITH LC 123/06; 4 THE DRAW FICT; 5 THE QUESTION OF COOPERATIVES: THE LEGAL PROFILE; 6THE COOPERATIVES IN PUBLIC BIDS; 7 CONCLUSION; 8 REFERENCES.

Resumo: Este trabalho tem por objetivo discutir as modificações introduzidas pela Lei Complementar 123/06, trazendo um tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte no que tange ao acesso aos mercados (licitações públicas), em especial as disposições concernentes ao empate ficto. Também será analisada a extensão dessas disposições às cooperativas, na forma do art. 34 da Lei 11.488/07, verificando a relação entre o perfil jurídico dessas entidades e os objetivos das inovações legislativas.

Palavras-chave: Empate ficto. Licitações.

Abstract: This paper aims to discuss the changes introduced by Complementary Law 123/06, bringing a different treatment for micro and small companies in terms of market access (public tenders), in particular the provisions concerning ficto tie. You will also assess the extent of such provisions to cooperatives in the form of art. 34 of Law 11488/07, noting the relationship between the profile of legal entities

and the objectives of the legislative innovations.

Keywords: Ficto tie. Quotes.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Complementar No 123, de 14 de dezembro de 2006, regulamentada pelo Decreto No 6.207/07, reformulou o cenário legislativo das microempresas e empresas de pequeno porte, revogando expressamente, no seu art. 89, a Lei 9.841/99, que tratava do antigo estatuto das ME's e EPP's. Essa modificação deveu-se ao objetivo de fomentar cada vez mais a participação dessas empresas de regime especial no mercado competitivo, com facilidades e benefícios que se justificam pelo caráter econômico das alterações.

A maioria dos dispositivos da LC 123/06 são de natureza tributária, mas não somente, pois existem disposições sobre Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Administrativo. Uma das principais inovações desse diploma legal, objeto deste estudo, foi permitir que as pequenas empresas, destituídas de porte relevante, conseguissem concorrer e vencer licitações promovidas pela Administração Pública, em condições de paridade com grandes e renomados licitantes.

A problemática deste estudo é saber quais os objetivos e conseqüências que a LC 123/06 representará para a Administração Pública, analisando a extensão das dificuldades geradas por essa nova sistemática, o aumento de encargos tanto das atividades relacionadas às licitações como dos acompanhamentos, fiscalização e controle da execução dos contratos administrativos, com enfoque na possibilidade do empate ficto.

2 POR QUE LEI COMPLEMENTAR?

A opção pelo diploma normativo em comento se deu por conta dos aspectos tributários, que, na forma do art. 146, III, b da Constituição Federal, exige lei complementar para o tratamento de matéria tributária. O art. 170, IX do texto constitucional, por sua

vez, afirma que a ordem econômica será norteada pelo princípio do tratamento favorecido para pequenas empresas, o que não implica devam ser implementadas por lei complementar, pelo menos nesse tocante.

Quanto às disposições referentes ao direito empresarial, trabalhista, administrativo, que não exigem lei complementar, podem ser alteradas por lei ordinária. Assim, a LC 123/06 é uma lei complementar que contém normas ordinárias. Nessa esteira de raciocínio, o art. 86 da LC 123/06 afirma que as matérias tratadas nesta lei que não sejam reservadas constitucionalmente à lei complementar podem ser alteradas por meio de lei ordinária.

O que se quer destacar é que as normas sobre licitação contidas na LC 123/06 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência sobre a aplicação da Lei 8.666/93 advém da máxima de que lei posterior revoga a anterior, e não por ser uma lei complementar, haja vista que não existe hierarquia entre lei complementar e ordinária, o que há, na verdade, é uma reserva de matérias, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal. A opção por regular tudo em um mesmo diploma normativo se deu por questões de ordem prática, valendo a análise do conteúdo da norma para delimitar que tipo de diploma normativo é adequado.

3 INOVAÇÕES DA LC 123/06

Um aspecto preliminar que deve ser mencionado é que a LC 123/06 somente se aplica às licitações da Lei 8.666/93 e 10.520/02, não se estendendo à concessão de serviço público de que trata a Lei 8.967/95. Previu ainda três inovações em favor das microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das licitações públicas.

A primeira consiste na possibilidade de correção de defeitos quanto à regularidade fiscal, isto é, a ausência das certidões de situação fiscal não impede a abertura dos envelopes de propostas comerciais (art. 42 e 43 da LC 123/06). Vale citar, somente à guisa de comparação, o caso da Recuperação Judicial e comprovação de regularidade fiscal, que de acordo com o art. 47 da Lei 11.101/05, nasceu com a finalidade de superação de dificuldades

econômico-financeiras das empresas, tendo por escopo resguardar a manutenção da fonte produtora de empregos e os interesses dos credores, valorizando a função social e o estímulo à atividade econômica.

Ocorre que o art. 191-A do Código Tributário Nacional, acrescido pela Lei Complementar 118/05, considera como condição sine qua non para a concessão de recuperação a apresentação das certidões de regularidade fiscal. Duas leis do mesmo dia e ano (09 de fevereiro de 2005), com previsões diametralmente opostas. Como compatibilizar os dois institutos, já que as empresas que se encontram em tal situação quase sempre são devedoras do Fisco? A orientação mais adequada é a que considera inconstitucional o art. 191-A do CTN, uma vez que o art. 47 da Lei 11.101/05, apesar de estar previsto em uma lei ordinária, adquire um caráter constitucionalizante quando analisado em conjunto com os dispositivos dos arts. 6º e 170, ambos da Constituição Federal e a função social da empresa. A previsão do CTN, embora em lei complementar, não se coaduna com a intenção do legislador, que foi de dar uma chance à superação das empresas que se encontram em situação de crise financeira, quase sempre com pendências fiscais.

A segunda é a previsão do chamado empate ficto, objeto central desta pesquisa, previsto no art. 44, § 1º da LC 123/06, o qual será detalhado mais adiante. A terceira inovação consiste na possibilidade de realização de licitações diferenciadas (arts. 45 a 49 da LC 123/06) somente para ME's e EPP's e de que seja obrigatória a subcontratação das pequenas empresas por parte do licitante vencedor ou o parcelamento do objeto licitado, sendo que uma parcela do mesmo seja objeto de licitação exclusivamente realizado para ME's e EPP's.

Esse tratamento diferenciado pode levar a uma deturpação da finalidade legislativa, uma vez que poderá ocorrer uma proliferação de ME's e EPP's com o objetivo de fraudar licitações, aproveitando-se dessas maiores facilidades, o que envolverá a perspectiva da simulação da existência de empresas constituídas exclusivamente

visando tais benefícios, frustrando a expectativa legislativa nesse ponto, culminando com a vitória de um licitante que somente mantém a característica de ME ou EPP de forma aparente.

4 O EMPATE FICTO

Através de uma ficção legal, a LC 123/06, nas disposições sobre o acesso ao mercado, a partir do art. 44, traz inovações no tratamento das ME's e EPP's nas licitações. Na forma do caput do citado artigo, será assegurada como critério de desempate a contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, como forma de estimular a participação desses tipos empresariais e fomentar suas atividades.

No § 1º do art. 44 da LC 123/06 e art. 5º, § 1º e 2º do Decreto 6.207/07, encontra-se a previsão do empate ficto ou simulado, que ocorre quando as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à mais bem classificada, quando for alguma das modalidades licitatórias da Lei 8.666/93. Nos casos de pregão, o percentual estabelecido cai para 5% superior ao melhor preço, na forma do art. 44, § 2º da LC 123/06.

Na verdade, se trata de um critério de desempate que estabelece a preferência na contratação de microempresas e empresas de pequeno porte que não incorram nas vedações constantes no art. 3º, § 4º da LC 123/06, que estabelece a não inclusão no regime diferenciado de empresas nas seguintes situações: cujo capital participe outra pessoa jurídica; seja filial, sucursal ou agência de pessoa jurídica com sede no exterior; de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado; cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa que não seja beneficiada pelo regime especial da LC 123/06; sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos; constituída sob a forma de cooperativas (este tópico será analisado detidamente mais adiante); participe do capital de outra pessoa jurídica; exerça atividades de banco comercial, de investimento, desenvolvimento, caixa econômica, sociedade

de créditos, financiamento; resultante de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido nos 5 últimos anos-calendário anteriores; constituída sob a forma de sociedades por ações.

Afastadas as situações acima descritas, as microempresas e empresas de pequeno porte, desde que suas propostas de preço sejam iguais ou superiores a 10% em relação à proposta mais bem classificada nas modalidades da Lei 8.666/93 ou em 5% nos casos de pregão presencial ou eletrônico, serão consideradas em situação de empate com as empresas de maior porte, tendo ainda assegurada a preferência no contrato.

Uma observação que deve ser feita é que não haverá esse tratamento diferenciado quando do certame licitatório só participarem essas categorias empresariais favorecidas, sendo incabível esse direito de preferência entra as próprias beneficiárias.

Essa novidade trazida pelo novo estatuto das pequenas empresas tem por escopo viabilizar uma participação cada vez mais expressiva nos certames licitatórios, possibilitando a competição com grandes empresas e tendo chances de vencer ao final. Dessa forma, está ocorrendo um estímulo aos empresários que adotam essa modalidade de organização empresarial a investir nas suas atividades e entrar para o mercado de forma mais expressiva.

5 A QUESTÃO DAS COOPERATIVAS: PERFIL JURÍDICO

Inicialmente, cumpre-se abordar o tratamento que o ordenamento jurídico brasileiro dá às cooperativas: o art. 5º, XVIII da Constituição Federal prevê que a criação dessas entidades independe de autorização estatal; o art. 146, III, c CF prevê que lei complementar estabeleça normas gerais em matérias tributárias incidentes sobre o ato cooperativo; o art. 174, §§ 2º e 3º CF traz a previsão de que lei estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismos, não se esquecendo da atividade garimpeira em cooperativas; o art. 187 CF determina que a política agrícola, levando-se em conta especialmente cooperativismo; o art. 192, caput CF estipula que o sistema financeiro nacional, objetivando

promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade, acolhe as cooperativas de crédito. Deve ser registrado que a Lei 5.764/71 estatui a Política Nacional do Cooperativismo.

Uma cooperativa pode ser definida como uma sociedade de pessoas, com forma jurídica própria, de natureza civil, não sujeita à falência, constituída para prestar serviços aos associados ou cooperativados que se distinguem das demais sociedades de natureza econômica pelo fato de não ocorrer a distribuição dos lucros, mas sim os resultados provenientes de suas operações.

O art. 1093 do Código Civil, funcionando com norma geral, ressalva a disciplina das sociedades cooperativas para leis especiais, em que se insere a Lei 5.764/71. O seu objeto pode ser qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, não se devendo olvidar a disposição do art. 86 da Lei 5.764/71, que não veda a possibilidade de prestação de serviços a terceiros, desde que prestados diretamente pelos cooperados de modo a atender os objetivos para os quais a cooperativa foi constituída.

De acordo com o citado art. 1094 CC, as características das cooperativas são as seguintes: variabilidade, ou dispensa do capital social; concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo; limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar; intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança; quorum, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado; direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação; distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado; indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

Na forma do art. 1095 CC, na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada, quando o sócio

responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações; ou ilimitada, quando o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Regem-se as cooperativas supletivamente pelas normas das sociedades simples, constantes nos arts. 997 a 1038 CC.

O crescimento das cooperativas no cenário normativo brasileiro se deu com a Lei 8949/94, por conta do acréscimo do parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, asseverando que qualquer que seja o ramo da atividade da sociedade cooperativa não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços. A promessa de redução de custos às terceirizadoras se tornou uma alternativa viável no tocante à eficiência dessas organizações, abrangendo ainda a seara das licitações públicas.

Ocorre que a prática revelou uma deturpação da finalidade das cooperativas: foram constituídas sob a aparência na forma da lei vigente, mas com características de verdadeiras sociedades empresárias, buscando sempre o lucro, trabalhos executados mediante subordinação jurídica em relação ao tomador e fornecedor dos serviços, não havendo a distribuição adequada do apurado com as operações. A essa constatação se deu o nome de psdeucooperativismo.

6 AS COOPERATIVAS NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Na forma da Lei 11. 488/07, art. 34, depreende-se que as disposições concernentes ao empate ficto do art. 44, § 1º da LC 123/06, são extensíveis às cooperativas, dentre outros dispositivos. Com esse regime diferenciado, para ser possível a participação das cooperativas nas licitações, faz-se necessária a presença de três fatores: a exigência de documentação especial referente à habilitação jurídica, com o fito de demonstrar a constituição a sua regular, na forma da Lei 5.764/71; deve ocorrer a equalização das propostas, tendo em vista o respeito à isonomia entre os licitantes; ser configurado um acréscimo de 15% à proposta da cooperativa, em face da contribuição previdenciária diferenciada, na forma da Lei 8.212/91.

As cooperativas que auferirem receita bruta de até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) terão direito aos seguintes benefícios: acesso aos contratos administrativos mediante tratamento diferenciado no tocante à comprovação de regularidade fiscal; verificação do empate ficto nas licitações; simplificação das relações de trabalho; ação fiscalizadora de caráter orientador; possibilidade de contratar compras, bens e serviços para o mercado nacional e internacional mediante consórcio; possuir estímulo ao crédito e capitalização; utilizar-se de regras diferenciadas sobre o protesto de títulos e ainda têm direito ao acesso aos juizados especiais cíveis, bem como os institutos da mediação, conciliação prévia e arbitragem para a solução dos conflitos daí advindos.

Questão interessante seria saber como se dá quando estiverem em disputa e empatadas, em uma mesma licitação, cooperativas, ME's e EPP's. Nesse caso, o critério de desempate entre elas se dará pelos preços reais que cotarem, sem o intervalo do empate ficto ou qualquer preferência. Também não haverá incidência dessas disposições quando somente as categorias diferenciadas (ME's, EPP's e cooperativas) participarem do certame, uma vez ser descabido o direito de preferência entre as próprias beneficiárias.

Outra indagação que surge da LC 123/06 é a seguinte: será que as microempresas e empresas de pequeno porte terão condições de disputar preço com as cooperativas que a elas se nivelem no que diz respeito à renda anual, posto que as últimas já estão desoneradas dos encargos trabalhistas e possuem ônus previdenciários reduzidos? A lei não traz resposta pronta para esse questionamento, somente a prática demonstrará como será resolvida referida discrepância, mas, em caso negativo, serão consideradas frustradas pela Lei 11.488/07 as finalidades da LC 123/06.

7 CONCLUSÃO

A complexidade de interesses sociais demanda a imperiosa preexistência de um ordenamento jurídico que sirva de sustentáculo para tais relações, pois o Estado não é constituído apenas da congruência de vários indivíduos de um certo local, e sim de uma universalidade.

As alterações trazidas pela Lei Complementar 123/06, aliadas aos ditames da Lei 11.488/07, principalmente no tocante às cooperativas, tiveram por objetivo principal viabilizar a participação das microempresas e empresas de pequeno porte nos certames licitatórios, possibilitando a competição com grandes empresas e fomentando a economia.

O tratamento diferenciado trazido por esses diplomas normativos tem por escopo incluir nos sistemas de acesso aos mercados, valendo ressaltar a importância da legislação como instrumento de imposição dos tributos ao contribuinte, sendo vista também como instrumento disciplinador da otimização das receitas auferidas pelo ente tributante, sem olvidar a disciplina das despesas como meio de balizar a atuação estatal.

6 REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **As novas preferências em favor das pequenas empresas nas licitações**. Disponível em: www.justenfilho.com.br. Acesso em: 23/07/2008.

_____. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003.

MAMEDE, Gladston. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. NOHARA, Irene Patrícia. MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários**