

INSTITUTO LUTERANO DE ENSINO SUPERIOR DE ITUMBIARA-GO  
CURSO DE DIREITO

ADRIANA DORNELAS DA SILVA

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS  
FRENTE ÀS PRERROGATIVAS DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE  
PEQUENO PORTE**

Itumbiara  
2015

ADRIANA DORNELAS DA SILVA

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS  
FRENTE ÀS PRERROGATIVAS DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE  
PEQUENO PORTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do  
Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara-  
GO, como requisito parcial para a obtenção do título  
de Bacharel em Direito.

Orientador: Mestre Deive Bernardes da Silva

Itumbiara  
2015

## **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

S586c Silva, Adriana Dornelas da

As cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos frente às prerrogativas das microempresas e empresas de pequeno porte. / Adriana Dornelas da Silva. -- Itumbiara: ULBRA, 2015.

55 f.

Orientador: Professor Mestre Deive Bernardes da Silva.

Monografia (Conclusão de Curso de Direito) – Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Cláusulas Exorbitantes. 2. Contratos Administrativos – Microempresas. I. Silva, Deive Bernardes da. II. Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara. III. Título.

CDU: 342.924

ADRIANA DORNELAS DA SILVA

**AS CLÁUSULAS EXORBITANTES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS  
FRENTE ÀS PRERROGATIVAS DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE  
PEQUENO PORTE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do  
Instituto Luterano de Ensino Superior de  
Itumbiara-GO, como requisito parcial para a  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de apresentação: \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_.

---

Orientador: Mestre Deive Bernardes da Silva

---

Nome  
Titulação - Instituição

---

Nome  
Titulação - Instituição

**Ao pai celestial**, que está sempre presente em minha vida guiando-me pelos caminhos da fé, da força e da determinação. Erguendo-me a cada tropeço e iluminando-me com o brilho de abençoadas conquistas. Sou-lhe eternamente grata por todas as vitórias que me concedestes.

**A minha mãezinha Odete**, exemplo de mulher, forte, determinada e batalhadora, que lutou tanto para cuidar dos seus filhos e que, hoje se regozija em ver-me vencer mais essa etapa.

**Ao meu esposo Mário**, homem exemplar, esposo dedicado e trabalhador que, por toda essa caminhada, esteve ao meu lado, incentivando-me e apostando na minha capacidade, dando-me segurança para seguir em frente e ficar cada vez mais próxima ao tão almejado objetivo.

**À minha enteada Ana Gabriela**, com quem tenho uma relação maravilhosa, que foi construída com respeito mútuo, consideração e muito carinho. Ès para mim uma verdadeira filha. Você é especial!

**Aos meus filhos Yokoana, Brooke Shields e Kevin Costner**, que embora tenham sido privados da minha presença durante os incontáveis momentos de estudo, sempre me apoiaram e torceram pelo meu sucesso. Vocês são o meu bem maior!

**Esta caminhada está cada vez mais próxi^ ~^  
fim, e eu dedico a vocês que sempre estive  
ao meu lado!**

Agradeço a **Deus**, por ter segurado em minhas mãos conduzindo-me rumo à realização desse sonho, que parecia tão distante, mas que Ele colocou tão próximo a mim, me amparando nos momentos difíceis e ensinando-me a aprender com os erros para que eu não os repita. Obrigada por estar sempre presente em minha vida, iluminando-a e derramando bênçãos sobre mim e minha família!

Ao meu orientador **Mestre Deive Bernardes da Silva** que é, aos meus olhos, sinônimo de sabedoria e sensatez, professor admirável, de uma índole respeitável e portador de um carisma imensurável. Professor extraordinário, com inúmeros adjetivos, pelo qual eu tenho grande estima e orgulho de ter sido orientanda. Agradeço-lhe por todo o apoio e confiança ao longo do curso e do desenvolvimento do presente trabalho.

Aos professores e colaboradores do ILES/ULBRA que fazem parte da minha história acadêmica e que sempre, com prontidão, contribuíram para que este trabalho pudesse ser concretizado.

“A igualdade jurídica, se imposta onde não há igualdade de fato, é o começo da injustiça.”

**DALMO DE ABREU DALLARI.**

## RESUMO

O presente trabalho tematizou acerca das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos frente às prerrogativas das microempresas e empresas de pequeno porte. Abordou-se, como problema, se as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos afrontam as prerrogativas do contratado Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte. Desse modo, objetivou-se analisar se as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos ferem prerrogativas das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte na relação contratual com a Administração Pública. Especificamente buscou-se analisar acerca dos processos licitatórios como forma de contratação entre Administração Pública e Empresas Privadas; averiguar acerca da regulamentação do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações com a Administração Pública e; verificar acerca de entendimentos jurisprudenciais se a supremacia do interesse público nos contratos administrativos pode ser atenuada frente às prerrogativas das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. O estudo da temática justifica-se, portanto, por sua relevância social, jurídica e acadêmica, visto que a Administração Pública cuida primordialmente dos interesses coletivos, contudo em um Estado Democrático de Direito esse é um fator relevante para se levar em consideração ao observar a falta de equilíbrio nas disposições dos contratos administrativos para com os interesses do contratado. Uma vez que é permitido ao Estado, nos contratos administrativos, a alteração unilateral; a rescisão unilateral; o poder de fiscalização; o poder de aplicação de penalidades; a anulação; entre outras. Assim, a parte contratada fica em situação de desvantagem, afrontando diretamente o direito de igualdade na relação contratual, que seria típica nos contratos pactuados entre particulares. O método de estudo figura-se dedutivo, pois parte da ideia geral da supremacia do interesse público afrontar direito dos contratados, visto que há a hipótese de que as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos com Microempresas e Empresa de Pequeno Porte violam direitos destes na relação contratual.

**Palavras chave:** Cláusulas Exorbitantes. Microempresas. Empresas de Pequeno Porte. Contratos Administrativos.

## ABSTRACT

This thematized work about the exorbitant clauses of administrative front contracts prerogatives of micro and small businesses. If approached, as problematic if the exorbitant clauses in public contracts confront the prerogatives of the contracted Micro or Small Businesses. Thus, this study aimed to examine whether the exorbitant clauses in public contracts hurt prerogatives of Micro and Small Businesses in the contractual relationship with the Public Administration. Specifically sought to study about the bidding process as a way of contracting between Public Administration and Private Companies; find out about the regulation of differential treatment for micro and small businesses in hiring in the public sector and; check about jurisprudential understanding the supremacy of public interest in public contracts can be attenuated front of the prerogatives of Micro and Small Businesses. The theme of the study is justified, therefore, by its social relevance, legal and academic, as the Public Administration cares primarily collective interests, but in a democratic state that is a relevant factor to take into consideration when looking at lack of balance in the provisions of public contracts to the interests of the contractor. Since it is allowed by the State in administrative contracts, the unilateral change; unilateral termination; the power of review; the power to impose penalties; the annulment; among others. Thus, the contracting party is at a disadvantage, directly confronting the right to equality in the contractual relationship, which would be typical in the agreed contracts between individuals. The method of study figure is deductive, as part of the general idea of the supremacy of public interest defy law of contract, since there is the hypothesis that the exorbitant clauses in public contracts with Micro and Small Businesses violate these rights in the contractual relationship. This study was conducted before the approach of administrative law and the analysis of the characteristics of Micro and Small Enterprises as well as about the exorbitant clauses.

**Keywords:** Exorbitant clauses. Microenterprises. Small Businesses. Administrative Contracts.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>  | <b>13</b> |
| <b>1.1 A Administração Pública Direta e Indireta Como Sujeitos de Direitos e Obrigações</b>   | <b>13</b> |
| <b>1.2 Contratos Administrativos e Contratos da Administração .....</b>   | <b>18</b> |
| <b>1.2.1 Distinções Entre o Contrato Administrativo e o Contrato do Direito Privado.....</b>  | <b>21</b> |
| <b>1.3 Cláusulas Exorbitantes em Função do Interesse Público .....</b>  | <b>23</b> |
| <b>1.4 Licitação como Forma de Contratar Legalmente com Empresas Privadas .....</b>   | <b>28</b> |
| <br>  |           |
| <b>2 MICROEMPRESAS (MEs) E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPPs) .....</b>   | <b>32</b> |
| <b>2.1 Definição de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte .....</b>  | <b>32</b> |
| <b>2.2 A Regulamentação do Tratamento Diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos Processos de Licitação .....</b>                           | <b>34</b> |
| <b>2.3 As Prerrogativas das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos Processos de Licitação .....</b>  | <b>37</b> |
| <br>  |           |
| <b>3 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO .....</b>  | <b>40</b> |
| <b>3.1 O Estado Democrático de Direito frente à Supremacia do Interesse Público.....</b>  | <b>40</b> |
| <b>3.2 Contratos das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte com a Administração Pública: A observância do Princípio da Supremacia do Interesse Público .....</b> | <b>42</b> |
| <br>  |           |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>52</b> |

## INTRODUÇÃO

As cláusulas exorbitantes são muito utilizadas nos contratos administrativos com a finalidade de resguardar algumas prerrogativas da Administração. Porém, a aplicação de tais cláusulas pode ser compreendida como uma afronta a direitos dos administrados na relação contratual. O presente estudo tem como ponto principal a análise das cláusulas exorbitantes nos contratos típicos da Administração Pública brasileira avençados com os Microempresários e Empresas de Pequeno Porte. Nesse diapasão, o presente estudo tem o desígnio de investigar tal questão: as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos afrontam as prerrogativas do contratado Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte?

Com o fim de solucionar tal questionamento trabalha-se, por hora, com a hipótese de que as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos com Microempresas e Empresa de Pequeno Porte violam direitos destes na relação contratual, visto que, a Administração Pública também é dotada de prerrogativas que lhe conferem autonomia para praticar atos que podem deixar os administrados em posição de verticalidade.

O estudo que ora se apresenta tem como objetivo geral: analisar se as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos ferem prerrogativas das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte na relação contratual com a Administração Pública e, especificadamente: analisar acerca dos processos licitatórios como forma de contratação entre Administração Pública e Empresas Privadas; averiguar acerca da regulamentação do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações com a Administração Pública e; verificar acerca de entendimentos jurisprudenciais se a supremacia do interesse público nos contratos administrativos pode ser atenuada frente às prerrogativas das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, visto que há a hipótese de que as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos com Microempresas e Empresa de Pequeno Porte violam direitos destes na relação contratual.

Para tanto, trata-se de pesquisa teórica, qualitativa que teve como fonte primária a Constituição Federal Brasileira de 1988, e como fontes secundárias doutrinas, artigos de periódicos e estudos já realizados por outros pesquisadores. O objeto do presente estudo revela-se interdisciplinar, visto que se realiza com a colaboração intrínseca entre o Direito Administrativo, abrangendo a Lei nº: 8.666/93, assim como a Lei nº 123/06, o Direito Civil abrangendo os contratos e a Constituição Federal de 1988, percorrendo assim, uma interação mútua de diversas informações de modo recíproco e coordenado; com a perspectiva de

solucionar o problema proposto. A pesquisa mostrar-se de forma explicativa, pois analisa fatos acerca das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e se há colisão frente a direitos das contratadas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

O estudo da temática justifica-se por sua relevância social, jurídica e acadêmica, visto que a Administração Pública cuida primordialmente dos interesses coletivos, contudo em um Estado Democrático de Direito esse é um fator relevante para se levar em consideração ao observar a falta de equilíbrio nas disposições dos contratos administrativos para com os interesses do contratado. Uma vez que é permitido ao Estado, nos contratos administrativos, a alteração unilateral; a rescisão unilateral; o poder de fiscalização; o poder de aplicação de penalidades; a anulação; entre outras. Assim, a parte contratada fica em situação de desvantagem, afrontando diretamente o direito de igualdade na relação contratual, que seria típica nos contratos pactuados entre particulares.

O primeiro capítulo apresenta um breve relato sobre a Administração Pública como parte nos contratos administrativos e como sujeito de direitos e obrigações abordando as distinções entre o contrato administrativo e o contrato do direito privado, as cláusulas exorbitantes em função do interesse público e a licitação como forma de contratar com as micro e pequenas empresas.

O segundo capítulo aborda a definição das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, bem como a regulamentação do tratamento diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações com a Administração Pública e suas prerrogativas nos processos de licitação.

Quanto ao terceiro capítulo explana acerca de entendimentos jurisprudenciais e a possibilidade de atenuação da supremacia do interesse público nos contratos administrativos frente às prerrogativas das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte.

## 1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### 1.1 A Administração Pública Direta e Indireta Como Sujeitos de Direitos e Obrigações

O vocábulo Administração Pública apresenta o conjunto de agentes, serviços e órgãos instituídos pelo Estado com o objetivo de fazer a gestão de certas áreas de uma sociedade, representando ainda o conjunto de ações que compõem a função administrativa. Seu objetivo é trabalhar a favor do interesse público, e dos direitos e interesses dos cidadãos que administra. São definidos como direito da Administração o exercício de suas prerrogativas sem qualquer intervenção, inclusive do judiciário, ao qual deve o contratado recorrer no caso de não concordar com os anseios da Administração e não conseguir resolver esse conflito amistosamente.

Segundo Di Pietro (2014, p.49) o conceito de Administração abrange tanto a atividade maior de planejamento, direção, comando, quanto à subordinação de executar a atividade. Assim, tanto no Direito Público quanto no Privado a Administração Pública, em relação aos bens que administra, deve limitar-se aos atos de guardá-los, conservá-los, e a perceber os frutos.

A Administração Pública pode ser direta ou indireta e o gestor público é o indivíduo que trabalha na administração pública, e tem uma grande responsabilidade para com a sociedade, devendo fazer a gestão e administração de matérias públicas, de forma transparente e ética, em concordância com as normas legais estipuladas.

Di Pietro (2014, p.54) define Administração Pública em sentido estrito analisando o sentido subjetivo que são as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa e, em sentido objetivo como sendo a atividade administrativa exercida por aqueles entes.

Administração Pública Direta, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.152) “é aquela que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios”. Ou seja, aquela desempenhada pelos Poderes da União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, não sendo estes órgãos dotados de personalidade jurídica própria e as despesas inerentes a ela são contempladas no orçamento público e ocorre a desconcentração administrativa, que consiste na delegação de obrigações.

Enquanto que a Administração Pública Indireta segundo Mello (2011, p.152) é aquela composta de entidades que possuem personalidade jurídica própria, consiste na

transferência da administração por parte do Estado a outras pessoas jurídicas, e essas pessoas jurídicas podem ser empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista, fundações, organismos privados, etc. Ocorre assim, a descentralização administrativa.

Uma das obrigações da Administração Pública é o pagamento do preço pactuado no contrato, enquanto que para o contratado cabe o cumprimento da prestação avençada. Para José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 161) o contrato administrativo trata-se de: um ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse particular.

A Administração Pública é regida por princípios do direito administrativo que devem ser observados com o fim de nortear o administrador em toda a sua relação administrativa. Os Princípios são utilizados para guiar as normas existentes e ajudar na concepção de leis e jurisprudências, trabalhando como uma ideia de orientar o entendimento do Direito, sendo assim, indispensáveis na sua função ordenadora, porque harmonizam o sistema constitucional por expressarem o conjunto de valores que inspirou o constituinte na elaboração da Constituição.

José Afonso da Silva (2011, p.92) conceitua Princípio como uma organização de valores que se irradiam e imanam os sistemas de normas. Além disso, os princípios compõem uma base a qual se sobrepõe a uma área definida do direito formando uma estrutura que direcionam as normas jurídicas. Pode-se verificar que existem princípios determinados para ramos específicos do direito, como é o caso da Administração Pública direta e indireta que tem como base os seguintes princípios elencados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, quais sejam, o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Contudo, a doutrina exibe ainda um grande número de outros princípios que também amparam o direito administrativo, como o Princípio da Supremacia do Interesse Público, o da Finalidade, o da Motivação, o da Segurança Jurídica, do Contraditório e da Ampla Defesa, da Razoabilidade e o da Proporcionalidade.

De acordo com José Cretella Júnior (2014, p. 63), “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido são os alicerces da ciência”.

O artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988, assim expressa sobre o princípio da legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, assim, o administrador público deve exercer os atos administrativos atinentes a ele conforme o que está previsto na lei.

O princípio da legalidade, expressamente previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal, é, sem sombra de dúvidas, a base das condutas que devem ser exercidas pelos agentes da Administração, significando que toda e qualquer função administrativa deve ser prevista e autorizada em lei, caso contrário, será considerada ilícita.

Assim, verifica-se que o administrador público deve submeter-se, sempre, aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, não podendo deles afastar-se ou desviá-los, e, caso assim aja, estará praticando ato inválido, podendo ser responsabilizado disciplinarmente, civilmente e criminalmente, de acordo com cada caso.

Helly Lopes Meirelles.”*et al*” (2011, p.89) assim conceitua o Princípio da Legalidade:

A legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviá-los, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Concernente à aplicação do Princípio da Legalidade para a Administração Pública entende-se que esta só poderá fazer o que está previsto na lei, e o descumprimento desse preceito poderá induzir à nulidade do ato. Enquanto no direito privado, é aplicado aos particulares o Princípio da Autonomia da Vontade, onde estes podem fazer tudo aquilo que não está vedado por lei, no direito público, a Administração Pública só pode fazer aquilo o que a lei lhe permitir, ou seja, quaisquer atos decorrentes da Administração Pública deverão ter previsão legal para que possam ser efetivados.

A ilegalidade administrativa poderá ser confrontada também pelo controle do Legislativo, auxiliado ou não do Tribunal de Contas, e, além disso, poderá ser combatida com remédios constitucionais específicos a esse fim, entre eles o habeas corpus, o habeas data, o mandado de injunção, mandado de segurança e a ação popular.

No que tange ao Princípio da Impessoalidade determina-se que os atos administrativos deverão ter suas finalidades voltadas a atender o interesse público, sendo vedado o atendimento a ambições pessoais ou qualquer situação de favoritismo, podendo-se dizer que esse princípio está intrinsecamente ligado ao Princípio da Finalidade, onde deve ser deixado de lado o interesse individual para alcançar o bem comum.

O princípio da impessoalidade busca o emprego de tratamento igualitário, que deve ser disponibilizado aos administrados que estejam vivendo uma situação jurídica semelhante. Tal é comparado, inclusive, ao princípio da isonomia.

Helly Lopes Meirelles.”*et al*” (2011, p.93), assevera que o Princípio da Impessoalidade é o próprio Princípio da Finalidade, assim conceituando tal princípio:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Além do mais, convém ressaltar que os atos praticados são próprios da Administração e não do agente administrativo e a Administração deve velar pelo interesse coletivo, observando em concomitância com o Princípio da Impessoalidade o da Supremacia do Interesse Públíco.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.114) sobre o princípio da Impessoalidade visar proteger o direito a igualdade, assim preceitua:

Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimetosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou da isonomia.

Logo, o Princípio da Impessoalidade impõe que a Administração Pública deverá sempre atender ao interesse público de forma igualitária a todos e não concedendo privilégios a quem quer que seja.

Quanto ao Princípio da Moralidade deve-se observar o aspecto em que é imposta tal moralidade, pois esta não se refere a moral comum, ela institui um conjunto de preceitos que não observam persusões subjetivas e de interesse interior do agente público, levando-se em consideração a necessidade de atuar com ética máxima perante um grupo social. Violando o Princípio da Moralidade implicará a violação do Direito em si, o que acarretará na ilicitude do ato que estará sujeito a invalidação.

É fato que o administrador está à frente do poder público para agir de modo a buscar o bem estar social. Ao praticar os atos da administração pública que visem atingir tal finalidade, o agente deve sempre seguir os princípios elencados pelo caput do art. 37 da Constituição Federal.

Já no Princípio da Publicidade desponta a obrigação da administração em noticiar seus atos divulgando e assim, buscando garantir a transparência da administração. Assim,

dando oportunidade para que todos possam ter acesso às informações acerca das ações e omissões praticadas pelos públicos na administração de verbas públicas.

O princípio da eficiência visa garantir que a administração pública seja eficiente, buscando sempre a avaliação das contas e gastos públicos e controlando de forma adequada a apreensão dos recursos e utilizando para prover as necessidades da sociedade, apresentando dois aspectos: quanto ao modo de atuação do agente público, e destes é esperada a melhor atuação do seu exercício, para alcançar o fim almejado da melhor forma possível e sob o aspecto de organização, que de forma a estruturar e disciplinar a Administração Pública buscará alcançar também os melhores resultados.

Na visão do disposto no artigo 37 da Magna Carta e ainda explanando sobre os princípios, existe o Princípio da Supremacia do Interesse Público, que é analisado como um dos mais relevantes princípios, pois está presente tanto na elaboração de normas, como também na condução e execução do caso concreto. Assim, de forma clara e inescusável ressalta-se que o interesse coletivo tem prevalência sobre os individuais, quando se refere à Administração Pública.

O Princípio da Motivação determina que a Administração Pública tenha a obrigação de justificar seus atos, e sua importância está ligada diretamente a validade do ato administrativo, sendo que sua ausência implica na nulidade do ato. A distinção entre a motivação e a fundamentação é que a primeira é mais intensa, devendo o Estado amplamente explicar de forma motivada em qual norma a decisão foi motivada para a defesa do interesse coletivo.

Existe ainda o Princípio da Razoabilidade, o qual limita o poder discricionário da Administração Pública, viabilizando a possibilidade de revisão pelo poder judiciário e de certa forma a razoabilidade atenderá ao interesse público. O Princípio da Proporcionalidade se confunde com o da Razoabilidade uma vez que um completa o outro, porém, este princípio serve para nortear o alcance da competência válida da Administração. Mesmo levando em consideração a supremacia dos direitos públicos não se deve deixar sem amparo o direito individual, devendo ser proporcional em todas suas formas, sob pena de nulidade.

Observado o conceito do direito privado, o Princípio da Ampla Defesa prevê o direito da pessoa se defender de acusações imputadas em virtude de ato ilícito cometido pelo sujeito apontado. Em contrapartida, o Princípio do Contraditório indica que o sujeito pode contestar sobre os fatos alegados em seu desfavor. Além do direito ao contraditório e à ampla defesa, a Constituição Federal de 1988 assegura ainda, expressamente, o direito ao devido

processo legal, previstos nos incisos LIV e LV do Artigo 5º e que deverão ser assegurados aos litigantes em processo judicial ou administrativo.

Ao final, mas não menos importante, tem-se os Princípios da Finalidade e da Segurança Jurídica, sendo que este último faz menção à obrigatoriedade da administração em respeitar o direito adquirido e as normas impostas aos subordinados que refletem no Estado de alguma forma. Já o primeiro princípio, assevera que a Administração Pública deve seguir a finalidade do interesse público já positivada em Lei, interpretando a lei de forma adequada sem praticar qualquer ato que possa violá-la ou causar sua nulidade, ou seja, são um conjunto de garantias constitucionais que de um lado asseguram às partes o exercício de suas distinções e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao apropriado exercício da jurisdição.

Assim, a Administração Pública deve acatar os princípios a ela inerentes com o fim de velar pelo interesse público, quando este estiver diante de interesses particulares, como no caso das relações contratuais onde a Administração Pública figura em um dos polos do contrato; trazendo aí uma distinção entre os contratos do direito privado com os contratos avençados com a Administração Pública. Outrossim, por ser a Administração Pública sujeito de direitos e obrigações ela deve observar piamente tais princípios para que não exceda no seu poder-dever frente a supremacia que ela exerce sobre o particular, tampouco deixe de cumprir sua obrigação de zelar pelo interesse público.

## **1.2 Contratos Administrativos e Contratos da Administração**

O acordo firmado de forma livre e consensual entre duas ou mais pessoas capazes juridicamente e com previsão de obrigações recíprocas envolvendo direitos e obrigações das partes recebe o nome de contrato, que é assim definido por Meirelles. “*et al*” (2011, p.40):

Contrato é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Como pacto consensual, pressupõe liberdade e capacidade jurídica das partes para se obrigarem validamente; como negócio jurídico, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.

O contrato definido pelo autor é, pois, o previsto no Código Civil Brasileiro de 2002, que em seus artigos 421 e 422, prevê que, os pactuantes têm a liberdade de contratar em razão da função social do contrato e nos limites dela, respeitando os princípios de probidade e boa-fé.

O Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 423, expressa ainda que, caso haja cláusulas ambíguas ou contraditórias no contrato de adesão, os contratantes deverão observar a interpretação mais favorável ao aderente e a Administração Pública se utiliza dessa forma de pacto que é típica do Direito Privado seja em forma de contratos privados celebrados pela Administração Pública ou, através dos contratos administrativos legítimos. No entanto, os contratos administrativos são regidos pelo Direito Público, devendo respeitar suas normas e princípios próprios.

Os contratos administrativos são para Di Pietro (2014, p.263) os pactos realizados entre a Administração e as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas regidas pelo sistema jurídico de direito privado, visando à obtenção de fins públicos, enquanto que os contratos da Administração se referem a todos aqueles pactuados pela Administração Pública, seja sob o regime público ou o privado. Essa conceituação de contrato administrativo está envolta a grandes discussões doutrinárias, onde pelo menos três correntes debatem sobre a existência ou não de contrato administrativo, ou sobre a ideia de que todos os pactos celebrados pela Administração são realmente contratos administrativos e, uma terceira corrente que tem os contratos administrativos como um ramo do contrato em si.

A primeira corrente nega a existência do contrato administrativo, sob o contexto de que as cláusulas regulamentares emanam de ato unilateral da Administração e, portanto são contratos da Administração e não meramente administrativos, e aponta várias formas de distinção entre os Contratos da Administração e os contratos do direito privado. Entre elas estão à adoção do critério subjetivo ou orgânico onde se não ficar caracterizada a supremacia do poder público na defesa dos interesses públicos, o contrato será definido de direito privado.

Outro critério é a presença obrigatória do objeto de organização e funcionamento dos serviços públicos, pois, se o conteúdo for sobre prestar atividade privada, o contrato será de direito civil, além disso, outra característica do Contrato da Administração é o fim a que ele é destinado, que sempre será pelo interesse público segundo o critério da observação da presença da Administração e da finalidade pública que ela deve atender.

A segunda corrente defende que todo contrato em que envolve a Administração Pública é contrato administrativo, pois as celebrações contratuais em que a Administração Pública se envolve ela é sempre resguardada pela literalidade da legislação do regime jurídico administrativo, observando sempre a competência, forma, procedimento, finalidade.

Quanto a terceira corrente, que é a majoritária no direito brasileiro, adotada pela maioria dos administrativistas brasileiros, como Maria Zanella Di Pietro (2014, p.265) concorda essa, com a existência do contrato administrativo firmados com a Administração,

porém este tem características próprias que fazem uma imensa distinção dos contratos do direito privado.

Ou seja, os contratos da Administração, segundo a doutrina majoritária, são os contratos da Administração Pública regidos sob o regime jurídico de direito público, que derroga e exorbita o do direito privado e, os contratos caracteristicamente administrativos são aqueles que, mesmo envolvendo a Administração Pública em um dos pólos são regidos pelo regime privado ou, cujos conteúdos são predominantemente de direito privado. Devendo daí, buscar obter uma equidade entre as partes contratantes, ou o mais conexo que se pode chegar entre as duas partes pactuantes. Enquanto que nos contratos da Administração Pública o Poder Público utiliza das prerrogativas a ele atinentes, podendo estabelecer os contratos e até mesmo modificá-los com as cláusulas exorbitantes.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.627) conceitua contratos administrativos como:

Um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Ou seja, conforme o autor define, o contrato administrativo é aquele realizado entre a Administração Pública e um terceiro, sendo resguardada por lei a supremacia do interesse público sobre o privado, tendo ainda definido no contrato outros pontos principais como a permanência do vínculo, as cláusulas e condições a que o particular vai estar se sujeitando, mas com a ressalva dos interesses patrimoniais deste.

Conforme preceitua Bandeira de Mello (2011, p.629):

Dai outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado.

Ou seja, o particular acolhe as cláusulas impostas pela Administração Pública devido aos benefícios almejados com o pacto firmado.

No entendimento de Maria Zanella Di Pietro (2014, p.265) existe sim as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, as quais deixam a iminência, direitos do contratado. Já o autor Bandeira de Mello (2011, p.629) assevera que acolher o entendimento

de que os contratos administrativos tem natureza exorbitante, se torna um ponto complexo, uma vez que os contratos administrativos não configuram relação em que se observam prerrogativas apenas para uma das partes, pois se assim o fossem, nenhum particular teria coragem de pactuar com a Administração Pública, visto que seus direitos perante a relação contratual estariam ameaçados em proveito da Administração.

O contrato administrativo sofreu fortes influências do Direito Francês onde, os doutrinadores brasileiros, se utilizam das jurisprudências francesas relacionadas à matéria para sistematizarem o contrato administrativo no Brasil.

Dentre os contratos administrativos pode-se citar alguns considerados pelo autor como principais: os de obra pública, os de concessão de serviço público e os de uso do domínio público a estes acrescentando os de fornecimento em geral e os de prestação de serviços.

Para Meirelles. “*et al*” (2011, p.217) o contrato administrativo é o acordo celebrado entre a Administração Pública, nesse atributo, com um particular ou outro um ente administrativo para a alcançar os objetivos de interesse público, porém, observadas as condições impostas pela própria Administração. As características básicas dos contratos administrativos são a onerosidade, em regra são formais, é consensual, comutativo e realizado “*intuito personae*”. O contrato administrativo é consensual porque consta de um acordo de vontades entre a Administração e o particular e não de um ato unilateral e impositivo daquela e, em regra, os contratos administrativos são expressos por escrito e com pré-requisitos específicos.

A onerosidade e a comutatividade também são características desse contrato, pois, os contratos administrativos são remunerados na forma avençada e, quanto à comutatividade se dão ao fato de os contratos administrativos instituírem contrapartidas mútuas e paralelas para as partes. Em relação ao “*intuito personae*”, este estabelece que o contrato deva ser cumprido por aquele que avençou com a Administração, não sendo permitida, em princípio, a transferência do acordo ou a substituição por outrem.

### **1.2.1 Distinções Entre o Contrato Administrativo e o Contrato do Direito Privado**

Nos contratos firmados sob a égide do Direito Privado, os pactuantes têm a liberdade ampla e informal de contratar, observada as exigências da lei. Enquanto nos contratos avençados no Direito Público, a liberdade fica restrita e condicionada a requisitos formais rígidos. Contudo, a Administração se dispõe de prerrogativas administrativas que lhe

conferem o poder de fixar e alterar disposições de interesse público, além de poder até mesmo colocar fim ao contrato antes de concluir de sua execução. Assim, o contrato administrativo se diferencia do contrato privado, devido às peculiaridades dos contratos firmados pela Administração Pública.

Os princípios “*lex inter partes*” ou seja, o contrato faz lei entre as partes e o “*pacta sunt servanda*” que significa observar o pactuado são princípios que devem ser observados ao realizar um contrato tanto privado, quanto público. Esses princípios trazem a previsão de que, pelo primeiro, as partes estão impedidas de alterar o que foi celebrado entre elas e, o segundo, estabelece que as partes devam obrigatoriamente cumprir o que pactuaram e asseguraram mutuamente.

Existem dois tipos de contrato que a Administração Pública está apta a celebrar, que são tanto contratos administrativos, quanto contratos privados da Administração, onde estes têm regime de Direito Privado, porém, parcialmente derrogados pela Administração. A Administração é detentora de prerrogativas que a assentam em posição de superioridade sobre o particular, no entanto, ela deve obedecer às limitações impostas à sua atuação administrativa, a fim de assegurar que sejam respeitadas as finalidades públicas do contrato e, assim como garantir o respeito aos direitos dos cidadãos.

Ambos os tipos de contratos celebrados pela Administração devem obedecer às imposições quanto à forma, o procedimento, a competência e a finalidade, sendo estas, características que não diferenciam os contratos do direito privado com os contratos administrativos. Em relação à forma, a Lei nº 8666/93 em seu artigo 60, parágrafo único expressa que os contratos deverão ter forma escrita, salvo os de pequeno valor e os de pagamento imediato, que poderão ser de forma verbal. Quanto aos procedimentos e à finalidade, ambos estão sujeitos, embora em maior ou em menor potencial, ao dever de observar as exigências expressas em lei para a sua validade, como licitação, autorização legislativa, publicação, motivação, entre outras. Devendo a finalidade ser sempre pública, ou será considerado como desvio de poder.

O que mais diferencia os contratos administrativos dos contratos do direito privado são os privilégios concedidos à Administração Pública que são as chamadas cláusulas exorbitantes. Os contratos administrativos têm sua previsão legal expressa na Constituição Federal de 1988, a qual determina qual o órgão competente para legislar a seu respeito, sendo essa competência privativa da União para normas gerais e, competência dos Estados e Municípios para normas suplementares.

A Lei nº 8.666/93, nos artigos 1º, 2º, 23, § 3º e 62, § 3º disciplina os contratos de permissão, de locação, de compra e venda, os concernentes à concessão de serviço público, a de obra pública, a de uso de bem público, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, o contrato de prestação ou locação de serviços, o de obra pública, o de fornecimento, o de função pública, o de alienação, seguro e financiamento. Contudo, no que se refere aos contratos de compra, concessão, alienação, locação de imóvel são contratos regidos pelo direito privado, porém, sujeitos a algumas regras do direito público expressas nessa lei.

E quanto aos contratos da compra e os de alienação que estão disciplinados nos artigos 14 a 16 e 17 a 19 da Lei 8.666/93, estes apenas determinam certas exigências que não existem nos contratos do direito comum, em relação ao procedimento prévio que deverá ser observado pela Administração ao realizar o contrato, como a indicação aos recursos financeiros, ao princípio da padronização, ao registro de preços e a pesquisa de mercado. Na alienação deve-se demonstrar o interesse público, a licitação e a autorização legislativa e a prévia avaliação.

Existem contratos administrativos que são regidos por leis específicas, como a prestação de serviços de publicidade que são disciplinados pela Lei nº 12.232/10; a contratação em regime diferenciado para obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas tratadas pela Lei nº 12.462/11, além de algumas leis esparsas como a Lei nº 9.427/97 que disciplina a concessão de energia elétrica e, a Lei nº 9.472/11 que regulamenta as telecomunicações. Assim, a Administração Pública deve observar tanto o que dispõe a Constituição Federal de 1988 ao celebrar contratos administrativos, quanto às leis ordinárias referentes a cada objeto a ser contratado, devendo sempre levar em consideração o interesse público, porém, sem desprezar os direitos do contratado.

Diante dessas considerações observa-se que, uma das maiores distinções que pode ser observada entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado é a presença de cláusulas “*ex orbita*”, ou seja, cláusulas que estão fora de órbita do direito comum ou, cláusulas exorbitantes do direito comum.

### **1.3 Cláusulas Exorbitantes em Função do Interesse PÚBLICO**

As cláusulas exorbitantes são muito utilizadas nos contratos administrativos e recebem esse nome por extrapolarem as previsões dos contratos de direito privado, onde elas são indispensáveis, mesmo que apareçam de forma implícita, para garantir a supremacia da

Administração Pública. Serão impostas pela Administração e deverão ser obedecidas pelo particular.

Na obra de Hely Lopes Meirelles “*et al*” (2011, p.219-225) tem-se a definição de cláusulas exorbitantes como sendo as que ultrapassam os limites do Direito Comum em favor da Administração, cujas determinações não seriam lícitas no contrato privado, uma vez que provê prerrogativas em favor de uma das partes. No entanto, o autor assevera que embora a Administração tenha prerrogativas implícitas nos contratos administrativos, deve-se observar a existência das cláusulas econômicas em favor do particular contratado, a fim de contrabalançar a supremacia da Administração com algumas vantagens de cunho econômico em benefício do particular contratado.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 161) reconhece a existência das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, que traz a desigualdade entre a Administração Pública e o particular contratado e, como efeito dessa desigualdade tem-se a atribuição de prerrogativas especiais, as quais o referido autor denomina de “cláusulas de privilégio”, e afirma serem elas consideradas princípios que estruturam o regime jurídico de direito público e que são vinculados essencialmente aos contratos administrativos.

Fernanda Marinella (2011, p.451) afirma que as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos atribuem vantagens à Administração Pública que, se estivessem previstas em um contrato de direito privado, seriam consideradas abusivas e ilícitas a ponto de não serem nem observadas, por colocarem uma das partes em um patamar de superioridade. Porém, por essas cláusulas estarem previstas expressamente no artigo 58 da Lei nº 8.666/93 conferindo legitimidade à Administração Pública para aplicá-las, elas não poderão ser consideradas ilícitas, ao contrário do que ocorreria em um contrato de direito privado.

Encontram-se arroladas, as principais cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, no artigo 58 da Lei 8.666/93, “*in verbis*”:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III - fiscalizar-lhes a execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
- V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 269) conceitua as cláusulas exorbitantes como aquelas que não seriam corriqueiras em contrato celebrado entre particulares, por conferirem privilégios a uma das partes, elas doam à Administração um poder hierárquico frente à outra parte contratada, o que as tornariam ilícitas em contratos entre particulares. Assim, no âmbito do contrato Administrativo, a autora assevera que, as cláusulas exorbitantes vêm para assegurar a posição de supremacia da Administração frente ao particular contratado.

A autora (2014, p. 269-270) elenca as cláusulas consideradas por ela como sendo as principais cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, são elas: a exigência de garantia, alteração unilateral, rescisão unilateral, fiscalização, aplicação de penalidades, anulação e retomada do objeto.

O art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com a alteração dada pela Lei nº 11.079/04 traz a faculdade de a Administração Pública poder exigir garantia nos contratos de obras, serviços e de compras. Tais garantias elencadas no art. 56 abrangem: caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária significando que a exigência de garantia pode ser feita já na licitação afim de que o contrato a ser celebrado seja adimplido, não podendo essa garantia ultrapassar o limite de 5% do valor do contrato, exceto no caso de entregas de bens pela Administração. Quando o contrato é executado, a Administração devolve a garantia oferecida pelo contratado, porém, se o contratado der causa a rescisão, a Administração, por ato autoexecutório, poderá reter a garantia para o preciso resarcimento dos prejuízos a ela devidos.

A alteração unilateral está prevista nos artigos 58, I e 65, I da Lei nº 8.666/ 93, como uma prerrogativa da Administração para o caso de modificação do projeto ou da sua especificação e, para a alteração do valor contratado, e poderá ocorrer desde que o ato seja motivado e justificado, que não ocorra a modificação da natureza do objeto contratado, que o equilíbrio econômico-financeiro seja respeitado e, quando essa alteração for em relação a diminuição quantitativa do objeto contratado deve ser respeitado o limite de 25% à 50% nos acréscimos ou supressões que se cometerem nas obras. No caso de supressões, a Administração deverá arcar com os custos que o contratado tiver com aquisição de materiais que já estejam no local de trabalho e ainda com outros danos ocorridos da supressão, devidamente comprovados, além de a Administração dever estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro, por aditamento, caso ocorra o aumento das responsabilidades do contratado, por alteração, criação ou extinção de tributos e encargos legais.

A prerrogativa da Administração Pública de rescindir o contrato de forma unilateral está prevista nos artigos 58, II, 78, incisos I a XII e inciso XVII e, artigo 79, I da Lei nº 8.666/93, podendo ocorrer no caso de inadimplemento do contrato com culpa, onde o contrato pode vir a não ser cumprido ou cumprido de maneira irregular, ou de não serem atendidas as determinações da autoridade de fiscalização; no caso de inadimplemento sem culpa, onde possa ocorrer a insolvência do contratado ou que a execução do contrato fique comprometida; por motivos que prevaleçam o interesse público.

Outro motivo pelo qual pode ocorrer a rescisão unilateral é a ocorrência de caso fortuito ou força maior, pelo qual a Administração deverá compensar o contratado pelos prejuízos sofridos por ele, além de devolver a garantia já utilizada até o momento, e a responsabilidade da Administração será a mesma quando o contrato for rescindido por razões de interesse público, pois a Administração é obrigada a compensar o contratado quando for rompido o equilíbrio econômico-financeiro.

A cláusula de fiscalização está prevista no inciso III, do artigo 58, e no artigo 67, onde a Administração tem a prerrogativa de designar um representante para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, onde suas determinações deverão ser atendidas pelo contratado sob pena de ocorrer a rescisão unilateral e as demais sanções cabíveis.

O poder de aplicação de penalidades administrativas por parte da Administração, no caso de inexecução total ou parcial do contrato está prevista no artigo 58, IV, da Lei nº 8.666/93 e especificadas no artigo 87, da referida Lei, em quatro incisos:

- I - advertência;
- II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

O “*caput*” do referido artigo resguarda o direito de defesa do contratado, sendo no prazo de cinco dias ou, segundo os parágrafos 2º e 3º, no caso de declaração de inidoneidade, o prazo será de dez dias. Tal direito está previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, trata-se do princípio do contraditório e da ampla defesa.

A cláusula de anulação, segundo Di Pietro (2014, p.286) é também conhecida como autotutela e tal prerrogativa está prevista na Súmula nº 473 que, no entendimento do

STF, a Administração pode anular seus próprios atos uma vez que estes estejam com vícios que os tornem ilegais, ou até revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, devendo no entanto respeitar os direitos adquiridos, levando-os sempre a apreciação judicial e resguardando o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A anulação do contrato pode incidir também sobre a licitação, ainda que esse vício seja apurado depois da celebração do contrato. Cabe ressaltar que o Poder Público deverá apurar a possibilidade de ter havido a responsabilidade de seus servidores pelo vício que ocasionou a ilegalidade do contrato, além disso, a anulação do contrato não exime a Administração da obrigação de pagar pelas partes do contrato que já tiverem sido cumpridas.

Outra cláusula considerada como exorbitante é a retomada do objeto prevista no artigo 80 da Lei nº 8.666/93, que vem com a finalidade de resguardar a continuidade do cumprimento do contrato, mas, somente poderá ser utilizada nos casos de rescisão unilateral, constando das seguintes medidas, previstas no artigo 80 *“in verbis”*:

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

- I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
- II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
- III - execução da garantia contratual, para resarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
- IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

Assim, sempre que ocorrer a paralização de um serviço público trazendo a possibilidade de ocasionar um prejuízo ao interesse público, será aplicada a retomada do objeto contratado, conforme previsto no artigo mencionado. Da mesma forma, quando a Administração der causa ao impedimento da execução do contrato, o particular poderá requerer, administrativa ou judicialmente, a autorização para paralisar o serviço. No entanto, não poderá interromper a execução do contrato enquanto não obtiver a ordem da autoridade competente, devido supremacia do interesse público sobre o particular e do princípio da continuidade do serviço público.

Além de o administrado dever acatar as cláusulas exorbitantes, para contratar com a Administração Pública deve-se observar o procedimento administrativo formal de licitações. A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 e define regras para as licitações e também para os contratos celebrados pela

Administração Pública. Essa Lei sofreu alterações posteriores à sua publicação, vindo a abranger todos os contratos denominados de contratos administrativos, ainda que nem todos possuam esse caráter. Destarte, observa-se que as cláusulas exorbitantes regulamentam os contratos entre a Administração Pública e as Empresas Privadas de forma a resguardar o interesse público.

#### **1.4 Licitação como Forma de Contratar Legalmente com Empresas Privadas**

Para prover os interesses da coletividade, a Administração Pública direta e indireta ao contratar terceiros deverá valer-se de um procedimento público indispensável denominado licitação. Esse procedimento vem previsto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, o qual determina que os contratos avençados com a Administração Pública devem ser precedidos de licitação.

Marçal Justem Filho (2012, p.441) assim define a licitação:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando à seleção da proposta de contratação mais vantajosa e à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.372), assevera que a licitação compreende um procedimento administrativo, disposto por um ente público, no exercício da função administrativa, pelo qual é aberta aos interessados, que preencham as condições estabelecidas no ato de convocação, ou seja, o edital, a oportunidade para formularem propostas dentre as quais, será aceita a que mais convir para a celebração do contrato. A licitação será composta por atos e fatos da Administração e do contratado, que são: edital ou convite, recebimento das propostas, habilitação, classificação, adjudicação, entre outros atos como, a revogação, a anulação, a decisão de recursos interpostos pelos interessados, publicações, etc., por parte da Administração e, por parte do contratado tem-se a proposta, a desistência, a apresentação de recursos, entre outros. Assim, as licitações devem obedecer às disposições contidas no edital sob pena de ser desclassificado ou inabilitado, o interessado que não preencher os requisitos estabelecidos nele.

As modalidades licitatórias previstas pelas leis gerais (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02) atualmente são: tomada de preços, convite, concorrência, concurso, leilão e pregão. As modalidades licitatórias são aplicadas de acordo com dois critérios, um considerando o valor do contrato e o outro que observa as especificações do seu objeto, não

levando o seu valor em consideração. As modalidades que consideram o valor abrangem a tomada de preço, convite e a concorrência, porém, no caso de concorrência além de ser utilizada para contratos de valores altos ela é obrigatória também, em alguns casos em razão do objeto. E quanto ao critério em razão do objeto, é possível utilizar as modalidades de concurso, leilão e pregão.

A licitação segue regras fundamentais previstas na Lei nº 8.666/93, no entanto existem outras normas que dispõem acerca da licitação, como no caso de licitações para concessões e permissões de serviço público, que é regido pela Lei nº 8.987/95, a Lei nº 10.520/02 que dispõe sobre o pregão e a Lei nº 11.079/04 que rege as parcerias público-privadas, entre outras.

O edital define o objeto, os requisitos para participação e as normas para julgamento, pelo qual tanto a Administração, quanto o contratado, fica vinculada devendo segui-lo estritamente durante todo o procedimento licitatório, esgotando aí o poder discricionário da Administração. Nesse sentido, observa-se a previsão da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO. ART. 41, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. VIOLAÇÃO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL. I - Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por SOL COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA, contra ato do Senhor Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de Serviços de Radiodifusão do Ministério das Comunicações, que a excluiu da fase de habilitação por ter entregue a documentação exigida para essa finalidade com 10 minutos de atraso.(dez) II - O art. 41 da Lei nº 8.666/93 determina que: "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada." III - Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da res pública. Outra não seria a necessidade do vocábulo "estritamente" no aludido preceito infraconstitucional. IV - "Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital."(in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 9ª Edição, pág. 385) V - Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo

constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele. VI - Recurso Especial provido.

(Brasil, STJ - REsp: 421946 DF 2002/0033572-1, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 07/02/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/03/2006)

Além do estrito cumprimento do edital, a licitação abrange alguns princípios informativos, dentre eles o da livre concorrência, o da igualdade entre os concorrentes, o da publicidade, o da probidade administrativa, o do sigilo das propostas, do julgamento objetivo e o da adjudicação compulsória, além dos já previstos no artigo 37, *"caput"* da Carta Magna, quais sejam o da legalidade, o da impensoalidade e o da moralidade.

Com observação a tais princípios, a Administração escolherá dentre os participantes, aquele cuja proposta seja mais conveniente ao interesse público, visto que a própria licitação decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, restringindo a Administração na liberdade de escolher o contratante que para não ferir o princípio da moralidade com favoritismo a qualquer dos participantes, a Administração Pública condicionará os interessados em contratar com ela, ao processo de licitação. Outrossim, o interesse público perante a Administração Pública deve abranger a coletividade e não apenas alguns indivíduos para não ocorrer nenhuma forma de afronta ao princípio da impensoalidade.

Assim, a licitação tem como um de seus alicerces primordiais o princípio da igualdade, segundo o qual fica assegurada a igualdade de direitos a todos os interessados de forma a não beneficiar nenhum dos contratados com favoritismo e, segundo o princípio da legalidade contratando da forma que lhe é permitida por Lei.

O princípio da igualdade é vislumbrado também, no momento em que se proíbe o tratamento diferenciado de qualquer natureza entre os interessados, dando fulgor ao princípio da competitividade, que estabelece aos agentes administrativos a vedação de imposições nos atos de convocação, que restrinjam o caráter competitivo ou que estabeleçam preferências ou distinções em face de características irrelevantes para o contrato. O descumprimento do princípio da igualdade é considerado desvio de poder e poderá caracterizar até mesmo crime da própria Lei de Licitações.

No entanto, atualmente, a licitação traz como fim a promoção do desenvolvimento nacional, onde as pequenas e micro empresas poderão participar dos processos de licitação de maneira mais igualitária, pois com o advento da Lei nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), surgiram novas normas de licitação pública, onde foram conferidas prerrogativas e tratamento diferenciado às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, acerca da preferência nas aquisições de bens

e serviços pelos Poderes Públicos, nas esferas dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Porém, apesar das prerrogativas conferidas a essas empresas, o tratamento diferenciado para elas devem constar expressamente no edital, como pode ser observado no Agravo Regimental no Agravo Inominado 46448 DF 2008.01.00.046448-6, abaixo mencionado:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREGÃO ELETRÔNICO. LC Nº 123/2003. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO DIFERENCIADO. 1. A possibilidade de as microempresas e das empresas de pequeno participarem de licitação não acarreta, por si só, a disparidade de tratamento no tocante aos requisitos de habilitação, com base na LC 123/2006, privilégio este que, nos termos do art. 49, I, da citada lei complementar, deve estar expressamente previsto no edital da licitação. Do contrário, concorrerão em igualdade de condições com as demais empresas, sob pena de quebra do princípio da isonomia e adoção de critérios não previstos no edital. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGRAGI 2008.01.00.046448-6/DF, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, Sexta Turma,e-DJF1 p.649 de 09/12/2008) (BRASIL, TRF-1 - AGRAGI: 46448 DF 2008.01.00.046448-6, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Data de Julgamento: 17/11/2008, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 09/12/2008 e-DJF1 p.649).

Ou seja, o entendimento do Supremo Tribunal Federal corrobora que, embora as Micro e Pequenas Empresas tenham prerrogativas garantidas constitucionalmente, nos processos licitatórios, para que elas possam participar das licitações e usufruírem dessas prerrogativas, tais benefícios devem constar expressamente no edital da licitação, ou as mesmas concorrerão em igualdade com as demais empresas. Visto que o principal objetivo do processo licitatório é dar tratamento igualitário aos participantes, nesse momento deve ser praticado o Princípio da Isonomia, de forma a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, o que observa-se que com a falta dessas prerrogativas no edital de convocação as empresas titulares dessas vantagens ficarão impossibilitadas de participarem de acordo com o seu direito de isonomia.

Conforme explanado, a licitação é um procedimento legal que busca dar oportunidade para que os contratantes participem das disputas pela execução de um contrato administrativo de forma igualitária, ou seja, sem favoritismo a nenhum dos contratados vinculando estes aos critérios determinados no ato de convocação, qual seja o edital, cujo

instrumento deve estar em consonância com o objetivo primordial da licitação de conceder igualdade às partes e possibilitar a promoção do desenvolvimento nacional.

## **2 MICROEMPRESAS (MEs) E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPPs)**

### **2.1 Definição de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte**

Para falar em Microempresa e Empresa de Pequeno Porte convém fazer a conceituação de tais pessoas jurídicas assim como de suas prerrogativas previstas na Lei nº 123/06, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

André Ramos Tavares, em sua obra Direito Constitucional Econômico (2011, p. 217) expõe que a Lei pode estabelecer sob forma numérica, o critério discriminador da renda bruta para fins de apresentar a diferença entre as empresas que faram jus aos benefícios previstos na Constituição Federal.

O artigo 3º da Lei nº 123/06, assim conceitua as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte:

Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, auíra, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, auíra, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

O empresário ao qual se refere o artigo 966, do Código Civil, é aquele que exerce atividade econômica de forma profissional e organizada, para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, cabe ressaltar, que os que exercem profissão de natureza intelectual, científica, literária ou artística, não serão considerados empresários, exceto se a atividade profissional constituir elemento de empresa.

Fernanda Marinela (2011, p.381) também conceitua as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, em face do valor da receita bruta auferida anualmente e, que estejam devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Fala também da participação dessas pessoas jurídicas nos processos licitatórios, os quais embora sigam o princípio da igualdade entre os licitantes, devem observar as prerrogativas atinentes as MEs e as EPPs.

Existem quatro tipos de licitação, apontados pela autora e que constam na Lei nº 8.666/93: a de menor preço, a de melhor técnica, a de técnica e preço, e a de maior lance. A licitação é um procedimento administrativo com o fim de obter propostas mais vantajosas, ou seja, os menores preços dentre os que forem oferecidos à Administração Pública, contudo, deve existir uma ponderação entre os princípios que regem esse procedimento, como no caso do princípio da igualdade de condições entre os licitantes, com o princípio constitucional que prevê tratamento diferenciado para Micro e Pequenas Empresas.

O princípio da igualdade justifica o tratamento diferenciado das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, pois embora o objetivo do procedimento seja obter a proposta mais vantajosa oferecida em igualdade para os participantes, existe a previsão de tratamento diferenciado, pois elas são juridicamente hipossuficientes e assim são consideradas desiguais, por isso devem ser tratadas desigualmente na medida de suas desigualdades.

Existem três possibilidades de licitações diferenciadas a saber: uma que consiste na participação restrita das MEs e das EPPs, outra que determina a subcontratação obrigatória de pequenas empresas pelo licitante vencedor nas licitações normais e, uma terceira que assevera que uma parte do objeto licitado deve ser reservada para contratação exclusiva com a pequena empresa. Todavia, para a adoção das licitações diferenciadas é necessária à regulamentação legislativa por todos os entes federativos.

A República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais, a garantia do desenvolvimento nacional, com previsão no inciso II, do artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Também o artigo 219 do referido Diploma traz a previsão do incentivo ao mercado interno possibilitando o desenvolvimento cultural e socioeconômico. Assim, a Constituição brasileira traz diversas disposições no sentido de incentivar o desenvolvimento nacional e, uma das formas de aplicabilidade desse objetivo se relaciona com o fato das Micro e Pequenas Empresas possuírem determinadas prerrogativas com o fim de se incluírem nos procedimentos licitatórios, possibilitando o seu desenvolvimento, o qual também acresce ao Estado.

Marçal Justen Filho (2012, p.448) preleciona que, resta claro que a licitação não deve ser norteada apenas pelo requisito da vantagem econômica, mas também o da promoção de um desenvolvimento sustentável de maneira a contemplar o desenvolvimento ambiental, porém, para o autor, essa modificação trazida pela Lei nº 8.666/93 acaba por afetar a aplicação do princípio da isonomia por admitir prerrogativas inerentes à promoção do desenvolvimento sustentável no país, transformando a ponderação da vantagem específica de cada proposta que, são prerrogativas de cunho impessoal relacionadas aos objetivos fundamentais da República, mas que no entanto, quando as empresas apresentarem-se como semelhantes, são admitidas diferenciações entre as propostas, não ferindo a isonomia entre as contratantes.

Justen Filho (2012, p.449) preleciona:

O tratamento preferencial para as propostas mais aptas a promover o desenvolvimento nacional sustentável não infringe a isonomia. A licitação será orientada não apenas a selecionar a proposta mais vantajosa sob o prisma econômico em sentido estrito (por exemplo, o menor preço), mas também envolverá a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Tais prerrogativas estão direcionadas aos microempresários de forma a não aceitar que outras empresas que não apresentem os requisitos legais usufruam desses benefícios. Assim é a consideração de Fran Martins (2011, p.124) sobre o tema:

Exige-se, para efeito de enquadramento, algumas regras rígidas que não permitem participação no capital de outra pessoa jurídica, filial, sucursal, agencia ou representação, com sede no Brasil ou no exterior, vedando-se também a participação de pessoa física, a qual consta inscrita como empresário; proíbe-se ainda a participação do titular ou sócio com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pela citada lei complementar, sem tratamento algum para as cooperativas, exceto aquelas de consumo, igualmente para as sociedades por ações.

Dessa forma, a Lei direciona as empresas que serão beneficiárias de tal tratamento diferenciado e, aquelas que não se enquadram nessas regras não poderão participar junto com as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos processos de licitação.

## **2.2 A Regulamentação do Tratamento Diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos Processos de Licitação**

O tratamento privilegiado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte está previsto no inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que assim prevê:

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

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

Dessa forma, nota-se que os privilégios constantes na Lei Complementar nº 123/06 não se constituem afronta a Carta Magna, visto que o próprio diploma traz a previsão do benefício. E ainda, a simplificação ou eliminação das obrigações incidentes sobre elas está previsto no artigo 179 da Constituição Federal, *in verbis*:

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.

Destarte, Fran Martins (2011, p.121) assevera que o legislador preocupou-se em instituir um tratamento diferenciado às essas empresas de acordo com o número de empregados, com o faturamento e com a facilitação no ato de escriturar e acerca do regime tributário próprio. O autor destaca ainda a importância das Micro e Pequenas Empresas no cenário econômico brasileiro, as quais tem uma grande representatividade no produto interno bruto. Para disciplinar entes tão importantes é que fora criado o estatuto da Microempresa, com o número 9.841/99.

Porém, para o referido autor, árdua tem sido a tarefa de perpetuar esse tratamento diferenciado as Micro e Pequena Empresas, pois, embora previsto constitucionalmente, o microempresário enfrenta uma série de exigências, como é o caso da recuperação dessas empresas, as quais não usufruem de qualquer privilégio nesse sentido e segundo os artigos 70, 71 e 72 da Lei nº 11.101/2005, que considera apenas os credores quirografários, sem prestar qualquer relevância as dívidas tributárias e fiscais, que são as que maior prejuízo representam ao microempresário. Assim, para o autor, foi marcante a revogação da Lei nº 9.841/99 pela Lei Complementar nº 123/06, a qual diferencia através de critérios objetivos, as Microempresas das Empresas de Pequeno Porte por meio de definições inerentes ao faturamento, a quantidade de funcionários e de acordo com as regiões geográficas do território brasileiro.

Também o artigo 970, do Código Civil Brasileiro, traz o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos dela decorrentes.

Conforme o exposto, o tratamento diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações com a Administração Pública, encontra-se regulamentado, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto em Leis infraconstitucionais, diante da necessidade de desburocratização da atividade empresarial, como forma de promoção do desenvolvimento econômico e social.

As prerrogativas gerais das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, conforme exposto anteriormente, estão previstas na Constituição Federal de 1988, no artigo 179, no qual a Carta Magna impõe o tratamento diferenciado a essas empresas, mencionando a simplificação ou até mesmo a eliminação das obrigações a elas inerentes, reduzindo seus encargos e seus custos e dessa forma, possibilitando a elas oferecerem preços menores e ganharem a licitação, o que será vantagem, também, para a Administração.

Tais prerrogativas gerais estão igualmente asseguradas na Lei nº 123/93, no seu artigo 1º, abaixo elencado:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas 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:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

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.

Diante disso percebe-se que, as prerrogativas reservadas expressamente a Microempresas (ME) ou Empresas de Pequeno Porte (EPP) licitantes, não poderão ser utilizadas por empresas que não se enquadrem na definição legal dessas categorias, pois por tal ato restaria configurada fraude ao certame licitatório. Além disso, a responsabilidade por prestar informações à Administração, assim como, pela veracidade e atualização das declarações prestadas é exclusivamente das firmas licitantes e, sendo comprovada a fraude, a empresa estará eliminada do certame de licitação.

Nesse âmbito, segue o entendimento do Tribunal de Contas da União:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SERVIÇO DE TELEATENDIMENTO. POSSÍVEL UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA CONDIÇÃO DE ME OU EPP PARA OBTENÇÃO DE TRATAMENTO FAVORECIDO NA LICITAÇÃO. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER A EXECUÇÃO DO CONTRATO. INDÍCIOS DO NÃO ENQUADRAMENTO DA LICITANTE NAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LC Nº 123/2006. DETERMINAÇÃO PARA QUE O INSS ANULE O CONTRATO CASO SE CONFIRME A HIPÓTESE DE IRREGULARIDADE. - A utilização de prerrogativas expressamente reservadas a licitantes microempresas (ME) ou empresas de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal dessas categorias, configura fraude ao certame. - A responsabilidade pela exatidão, atualização e veracidade das declarações é exclusivamente das firmas licitantes que as forneceram à Administração.

(BRASIL, TCU – Plenário. ACÓRDÃO N 297/2011 - TCU - Plenário 002.328/2010-046448 DF, Relator: MONTEIRO, José Múcio. Data de Julgamento: 17/11/2008, Data de Publicação: 09/12/2008 e-DJF1 p.649).

Dessa forma, o Tribunal de Contas da União deixou claro em seu julgamento que as prerrogativas destinadas a beneficiar as MEs e as EPPs não poderão ser usufruídas por empresas que não apresentem os requisitos legais inerentes aquelas, sob pena de configurar fraude ao certame licitatório. Além das prerrogativas gerais conferidas às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, observa-se também algumas prerrogativas para casos específicos relacionados a essas empresas.

### **2.3 As Prerrogativas das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos Processos de Licitação**

Uma das prerrogativas destinada especificamente às micro e pequenas empresas é o regime tributário simplificado, o qual sob a perspectiva da Lei nº 9.841/99 fora adequado o já existente regime tributário simplificado e regularizado por meio do Decreto nº 3.474/2000, que traz o Simples Nacional que se refere ao recolhimento mensal de impostos e contribuições, perante documento único de arrecadação, como: Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica; Imposto sobre Produtos industrializados; Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social; Contribuição para o PIS/PASEP; Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços e sobre Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal; Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, entre outros. Outro benefício das MEs e EPPs é a Tributação pelo Regime de Caixa, pelo qual as empresas que optarem pelo Simples poderão empregar a receita bruta auferida no mês.

Importante salientar a preferência no processo licitatório para as Micro e Pequena Empresas, em conformidade com o artigo 48, inciso I, da Lei Complementar 123/2006, que é outra prerrogativa específica para essas empresas, pois, a Administração Pública poderá realizar processo licitatório com destino exclusivo à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos contratos cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Quanto às obrigações trabalhistas, as Microempresas o as Empresas de Pequeno Porte são exoneradas da afixação de Quadro de Trabalho em seus estabelecimentos; da anotação das férias nos livros de registro; de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem, entre outros. Outro benefício direcionado as microempresas e as empresas de pequeno porte é o fato de o empregador de Microempresa ou de Empresa de Pequeno Porte poder ser substituído perante a justiça do trabalho por terceiros que tenham ciência dos fatos, mesmo que não possuam vínculo trabalhista ou societário com a empresa.

Fran Martins (2011, p.124) menciona ainda, outra prerrogativa para as referidas empresas que é o acesso aos juizados especiais:

Estabeleceu-se ainda, em alguns Estados da Federação, criação de Juizados Especiais voltados exclusivamente para solucionar os litígios das pequenas e microempresas, com facilitação do acesso à Justiça, conciliação e mediação, e também no aspecto de protesto de títulos.

Assim, as MEs e as EPPs são admitidas como proponentes de ação perante o Juizado Especial, os quais foram criados com direcionamento específico para resolver os conflitos das Pequenas e Microempresas. Outro benefício é a baixa nos registros públicos onde as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte que estejam sem movimento há mais de 3 (três) anos poderão dar baixa nos registros perante os órgãos públicos das esferas federais, estaduais e municipais, sem a obrigatoriedade da quitação dos débitos tributários devidos em circunstância do atraso na entrega das declarações atinentes desses períodos.

O autor fala também do tratamento específico para essas empresas no que tange aos registros dos atos constitutivos tanto em relação ao registro público de empresas quanto referente ao registro de títulos e documentos, onde o legislador buscou desenvolver a atividade empresarial e diminuir as burocracias relativas à documentação e o prazo de seus registros, possibilitando a menor incidência tributária bem como a lucratividade.

Quanto às licitações, o art. 42, da Lei nº 123/93 traz a exigência de que, nas licitações públicas, as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte apresentem a comprovação de regularidade fiscal somente no momento de assinatura do contrato. Contudo, o art. 43, prevê que para tais empresas participarem do certame licitatório, elas deverão apresentar todos os documentos exigidos para comprovar sua regularidade fiscal, ainda que apresente qualquer restrição. Ou seja, mesmo que exista irregularidade fiscal, as MEs e EPPs poderão participar da licitação, devendo a vencedora, providenciar a regularização antes da assinatura do contrato, sob pena de ser eliminada do certame. Nesse sentido, o artigo 44, da Lei Complementar nº 123/2006 vaticina que a condição de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, nas licitações, será critério de desempate ou desempate ficto, o qual deve observar como empatada as propostas iguais ou que se diferenciam em um percentual de até 10% (dez por cento) assegurando a elas a preferência de contratação.

A lei mencionada sofreu alterações, pela Lei Complementar nº 147/2014, principalmente no que tange ao tratamento diferenciado e favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, onde a nova lei favorece as Micro e Pequenas Empresas, pois estende o prazo previsto no artigo 43 da lei anterior que determinava às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a apresentação de toda a documentação exigida para a comprovação de regularidade fiscal, para poderem ter sua participação nos processos licitatórios. Dessa forma, no caso de a empresa conseguir a primeira colocação da disputa, ela terá um prazo de 5 (cinco) dias úteis para regularização dessa documentação fiscal, podendo esse prazo ser prorrogado por igual e sucessivo período. Esse prazo proporcionado às MEs e as EPPs aumenta a possibilidade de elas suprirem todas as burocracias exigidas pela licitação na apresentação de seus documentos sem o risco de ficarem fora do processo licitatório pela ausência de algum documento.

Assim, observa-se claramente uma ampliação dos direitos de participação das MEs e EPPs nos processos licitatórios e também em alguns casos de contratação direta, com o objetivo de que haja um aumento da participação dessas empresas, como forma de política social e fomento ao mercado.

Diante o exposto, observa-se que a Administração Pública é dotada de Supremacia em prol dos interesses coletivos, todavia, no caso específico de licitações com as Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, a Administração Pública deve observar as prerrogativas regulamentadas tanto na Carta Magna, na Lei nº 123/2006 quanto em outros Diplomas Legais, as quais conferem a essas empresas, o direito ao tratamento diferenciado, desde que sejam constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no

País. Dessa maneira busca-se atender as perspectivas de um Estado Democrático de Direito promovendo o desenvolvimento nacional e a ordem econômica através da observância das prerrogativas do contratado.

### **3 A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

#### **3.1 O Estado Democrático de Direito frente à Supremacia do Interesse Público**

A Constituição Federal de 1988 trouxe a preceituação de um Estado Democrático, e conforme leciona o autor José Afonso da Silva (2011, p.122), o Estado Democrático de Direito elenca os seguintes princípios: princípio da constitucionalidade, que se funda na legalidade de uma Constituição rigorosa, suprema e dotada da vontade popular; princípio democrático, constituído por uma democracia de representação e participação, pluralista e garantidora dos direitos fundamentais; sistema de direitos fundamentais, que abrange os indivíduos coletivos, sociais e culturais; princípio da justiça social, princípio da igualdade, princípio da divisão de poderes e da independência do juiz; princípio da legalidade e; princípio da segurança jurídica.

O Estado Democrático de Direito está expresso no artigo 1º da CF/88 como uma característica do Estado Brasileiro, porém, para Odete Medauar (2012.p.34), apesar de o termo “democrático” aludir a ideia de governo do povo para o povo, essa democracia está mais intrinsecamente ligada a questões políticas do que administrativas, onde não havia democracia na Administração e sim uma subordinação do indivíduo frente à Administração Pública.

Tal fato contraria a previsão constitucional de um Estado Democrático de Direito, pois este deve influenciar diretamente na maneira de atuação da Administração para com os indivíduos e repercutir em todos os setores do Estado.

Os direitos fundamentais são dotados de eficácia horizontal, caracterizado pela doutrina como eficácia privada e; eficácia vertical, entre o particular e o poder público e é nessa verticalidade que a supremacia do interesse público pode afrontar alguma prerrogativa de um administrado nas relações contratuais.

Existe também a eficácia irradiante, onde a atuação dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) será realizada de forma a observar a dignidade humana, a igualdade substantiva e a justiça social.

Daniel Sarmento (2004, p.111) preleciona que o reconhecimento da sua eficácia irradiante é uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que significa que os valores que propagam os direitos fundamentais adentram por todo o ordenamento jurídico, de forma que a interpretação das normas legais opere como diretrizes tanto para o legislador, quanto para a administração e o Judiciário. Assim, a eficácia irradiante, almeja um sentido mais humano da ordem jurídica, a partir do momento em que estabelece que todas as suas regras sejam reanalistas pelo operador do direito sob uma nova ótica, no momento da sua aplicação, buscando observar a dignidade da pessoa humana, a igualdade substantiva e a justiça social, cunhadas na Carta Magna. Dessa forma, a eficácia irradiante deve ser utilizada, não só nos casos de controle de constitucionalidade, mas também nas aplicações comuns do cotidiano.

Nesse diapasão, não há como se conformar com um privilégio que permita determinados atos, por parte do Estado, sob a égide da supremacia do interesse público, de cláusulas previamente pactuadas num contrato avençado com um particular, sem considerar seus interesses particulares ou ainda, trazendo uma limitação de cunho meramente pecuniário, visto que o que deveria realmente ocorrer, segundo a Constituição Federal de 1988, seria o acesso dos direitos dos particulares na contratação com a Administração, onde o amparo de um interesse privado consagrado pela Carta Maior pode significar, simultaneamente, a concretização de um interesse público.

Assim, mesmo o próprio Estado reconhecendo o direito dos contratantes, onde é preceituado o princípio da segurança jurídica, observa-se que, o contrato administrativo firmado com o particular, não condiz com o atual Estado Democrático de Direito, uma vez que pratica atos administrativos como: a alteração e a rescisão unilateral; a fiscalização; a aplicação de penalidades; a anulação; a retomada do objeto; além da Administração poder exigir que o particular cumpra a sua obrigação no contrato sem que ela mesma tenha exercido a sua, afastando-se assim, do princípio da isonomia, ficando a parte contratada, em situação de desvantagem, com a afronta direta ao direito de igualdade na relação contratual.

Essa afronta aos direitos dos administrados na relação contratual, não é compatível com os parâmetros de um Estado Democrático de Direito, pois, nesse Estado a Constituição Federal é Suprema e deve-se observar os preceitos nela expostos, pois estes são preceitos fundamentais com garantia constitucional, levando a não suportar mais o conceito contemporâneo de supremacia do interesse público.

Além disso, deve-se observar o artigo 5º da CF/88 que preconiza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, percebe-se que o acolhimento de tais disposições dos contratos administrativos pode estar ligado ao fato da necessidade econômica e financeira do contratado pelo pacto a ser proporcionado, o que leva a Administração Pública a ter o poder de dominar o contrato de forma a tirar proveito da necessidade financeira do contratado em prol do interesse público.

### **3.2 Contratos das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte com a Administração Pública: A observância do Princípio da Supremacia do Interesse Público**

São normas estabelecidas pelo Direito Administrativo a exigência de a Administração Pública ser impessoal, ter a finalidade de atingir os interesses públicos, entre outras regras, para tanto se faz imperioso que haja uma maneira de garantir que os contratos públicos estejam em consonância com os interesses da coletividade, e que de forma alguma beneficiem a determinados sujeitos.

O princípio da impessoalidade tem como objetivo estabelecer que a Administração Pública deva atuar com igualdade para todos, de forma a atender igualitariamente a todos os indivíduos, ou seja, sem beneficiar alguns pois assim poderia consequentemente estar prejudicando outros.

Cabe ressaltar que embora os contratos tenham por fim a consecução de objetivos comuns, quando a Administração Pública figura em um dos pólos, essa primazia aos seus interesses, deve ser observada devido ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, contudo nos contratos firmados entre as Micro e Pequenas Empresas é notório que a Administração deve observar o tratamento diferenciado que a Lei dispensa a essas empresas.

A Lei nº 123/06 elenca vários benefícios das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, como: a diminuição de burocracia para constituição dos empreendimentos; recolhimento simplificado de impostos, ressaltadas as várias faixas de percentagens; facilitação das obrigações trabalhistas; possibilidade de descontar as receitas obtidas com

exportação, do faturamento, para fins de tributação; estímulos governamentais através de compras; refinanciamento de débito, dentre outros benefícios.

O processo de licitação para contratar com a Administração Pública, por exemplo, mostra-se imprescindível para que a todos seja empregada a devida igualdade, mas essa igualdade dos contratantes também deverá respeitar as prerrogativas das Micro e Pequenas Empresas. A licitação é dotada de princípios, como o da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da igualdade entre os licitantes, entre outros. Contudo existem alguns preceitos específicos na licitação que, embora apresentem aparentar contradição a outras regras da licitação, apenas trata de igualar as desigualdades de alguns participantes, como as que estão previstas na Lei Complementar nº 123 de 2006, que confere tratamento diferenciado para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no que diz respeito ao procedimento licitatório.

A própria Constituição Federal de 1988, prevê o tratamento diferenciado para as Microempresas e Empresas de pequeno porte, em seu art. 170, inciso IX e art. 179. Portanto, embora apareçam não estar em harmonia com o art. 37, XXI, da Carta Magna, esse tratamento é perfeitamente constitucional, assim a previsão constante na Lei Complementar nº123/06 é, também, totalmente constitucional, visto que a finalidade dessas normas, atendem a certas determinações econômicas e sociais, e esses privilégios são imprescindíveis, visto que o desígnio da Lei Complementar nº123/06 é promover o mercado para Empresas de Pequeno poder econômico no mercado, além disso a equiparação das microempresas e empresas de pequeno porte e com as grandes empresas seria uma total incoerência jurídica.

Um dos benefícios trazidos pela referida lei complementar é o fato de não exigir a comprovação de regularidade fiscal logo no início de participação da licitação, sendo que essa obrigação poderá ser cumprida na ocasião da assinatura do contrato. Outra prerrogativa é o critério de desempate assinalado a sua personalidade jurídica, o qual será no total de 5% (cinco por cento) quando a modalidade for pregão ou de 10% (dez por cento) para as demais modalidades. Esse critério não será utilizado quando as empresas vencedoras que empatarem forem ambas Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte. A referida lei complementar dispõe ainda, o tratamento diferenciado e simplificado para contratação dessas empresas, porém, restringindo ao valor de 25% das licitações anuais.

Cabe salientar que o intuito do legislador não é, de forma alguma, causar danos ao erário, pelo contrário, o interesse público se beneficia, visto que estará promovendo o desenvolvimento nacional, com o fato de beneficiar as Micro e Pequenas Empresas inserindo-as no mercado.

### **3.3 Supremacia do Interesse Público: Possibilidade de Atenuar frente as Contratações com as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**

O tratamento diferenciado das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos processos de licitação para contratar com a Administração Pública evidencia que a fragilidade das MEs/EPPs frente às grandes empresas, não havendo aí qualquer violação ao princípio da isonomia, pelo qual os desiguais devem ser tratados de acordo com suas desigualdades e oportuniza às Pequenas Empresas a concorrerem de forma igualitária com as Empresas de Grande Porte.

O Simples Nacional, ou seja, Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte consiste em um regime tributário simplificado e unificado de recolhimento de tributos, através da instituição de percentuais favorecidos e progressivos, que incidem sobre uma única base de cálculo, qual seja, a receita bruta, é direcionado às pessoas jurídicas caracterizadas como Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP). Esse regime simplificado deve ter total observância pela Administração Pública, pois a supremacia do interesse público não pode desrespeitar as prerrogativas dessas empresas.

Consoante a isso, segue o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RETENÇÃO DE 11% PREVISTA NO ART. 31 DA LEI 8212/91. EMPRESA OPTANTE PELO SIMPLES. ART. 18, PARÁGRAFO 5º-C DA LC 123/06. REGRA DE EXCEÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E OBRAS DE ENGENHARIA (INSTALAÇÕES ELÉTRICAS). I - Remessa oficial e apelação de sentença que julgou procedente o pedido, para condenar a União na obrigação de não fazer, consistente na abstenção de constituir e/ou cobrar crédito tributário e de aplicar ao autor penalidades decorrentes da não retenção pelos tomadores, por ocasião do pagamento de notas fiscais ou faturas, da contribuição previdenciária prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91, haja vista o enquadramento do demandante no regime de tributação previsto na regra geral do art. 13, VI, da LC nº 123/2006 (SIMPLES). II - Dispõe o art. 13, VI da LC nº 123/2006 que: "Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no parágrafo 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar". III - O art. 18º, parágrafo 5º-C, da Lei Complementar

123/2006 traz duas exceções em que a contribuição previdenciária patronal, incidente sobre a remuneração de seus empregados, não estará incluída no SIMPLES NACIONAL, quais sejam, prestação de serviços relativos à construção de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sob a forma de subempreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores; e serviço de vigilância, limpeza ou conservação. IV- O documento de fl. 93 formulado pelo CONCLA - Comissão Nacional de Classificação, órgão diretamente subordinado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, comprova que as referidas atividades desempenhas pela empresa apelada são de prestação de serviços e obras de engenharia (instalações elétricas). V - A pretensão do apelado de que os seus tomadores de serviço sejam desobrigados à retenção da contribuição previdenciária prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/91 não encontra amparo legal, em face do disposto no art. 18, parágrafo 5º-C, da Lei Complementar nº 123/06. VI - Apelação e remessa oficial providas.

(BRASIL-Tribunal Regional Federal -5ª Região - REEX: 38232420124058200, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 25/02/2014, Quarta Turma, Data de Publicação: 06/03/2014)

Assim, as vantagens da Administração Pública, também denominadas de cláusulas exorbitantes, deverão considerar os direitos das Micro e Pequenas Empresas contratadas, previstos constitucionalmente na Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XXXVI e no art. 58, inciso I, da Lei nº 8.666/93-Lei de Licitações. Destarte, cabe salientar que a Administração Pública não poderá dissolver unilateralmente, nem modificar um contrato sem antes oferecer o direito ao contraditório e ampla defesa do contratado, além disso, deverá apresentar motivo relevante para tais atos, sob pena de poder ocasionar ônus à Administração Pública, como ocorrido no julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação Cível Administrativo Rescisão unilateral de contrato pelo DER-SP  
 Ação da empresa contratada almejando indenização por: a) perdas e danos; b) lucros cessantes e; c) multa rescisória prevista em contrato Sentença de procedência parcial condenando apenas em perdas e danos Reexame necessário suscitado e Recursos voluntários pelo DER-SP e pela empresa Provimento parcial de rigor. 1. Por primeiro, não se conhece do recurso do DER-SP dos requeridos porque ausente fundamentação pertinente e, portanto, em desacordo com o disposto no art. 514, II, do CPC, a tanto não bastando mera indicação de páginas de anterior contestação - É necessário que nas razões de seu recurso de apelação exponha os fundamentos de fato e de direito para que assim, o Tribunal possa apreciar da correção e justiça da decisão combatida Precedentes desta Corte e do C. STJ. 2. No mérito, comporta parcial reforma a r. Sentença Indenização por perdas e danos Admissibilidade Comprovados efetivamente os prejuízos conforme apurado pelo senhor Perito Judicial, de rigor a reparação Inteligência dos arts. 78, XII, e 79, § 2º, da Lei de Licitação. 3. Multa rescisória Admissibilidade Oponibilidade também à Administração Pública Respeito aos direitos adquiridos emergentes do contrato bem como ao equilíbrio contratual Supremacia do interesse público que autoriza a existência de cláusula exorbitante como a da rescisão unilateral fundado no interesse público porém, não constitui óbice à imposição de multa rescisória à Administração,

mormente em razão da necessária observância da paridade entre os contratantes naquilo que se refere aos aspectos econômicos-financeiros Precedentes da Corte. 4. Indenização por lucros cessantes Descabimento Natureza administrativa do contrato já ciente a contratada da existência de cláusula exorbitante que possibilita a rescisão unilateral pela Administração fundada no interesse público e, portanto, a afastar a pretensão de percebimento de supostos danos por lucro cessante na sua integralidade Multa contratual estabelecida previamente no contrato que a tanto se basta. 5. Em razão do presente desfecho decisório impõe-se o reconhecimento da sucumbência recíproca, distribuindo-se em partes iguais as custas e despesas processuais, arcando cada parte com os honorários advocatícios de seus patronos. Sentença reformada em parte - Recurso do DER não conhecido, Reexame Necessário desprovido e, por fim, Apelação da empresa provida em parte.

(BRASIL. TJ-SP, Apelação Cível nº. 0156592-68.2006. Relator: Sidney Romano dos Reis, Data de Publicação: 05/05/2011, 6ª Câmara de Direito Público)

Também, quanto à supremacia conferida à Administração, no processo de licitação, deverá observar os instrumentos disciplinadores desta, os quais serão acatados em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração e o intuito da contratação. Assim, oferecendo proposta mais vantajosa a empresa deverá ser contratada, conforme entendimento prolatado em acórdão do Tribunal de Contas da União:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. INCLUSÃO DE CERTIDÃO EXTRAÍDA PELA INTERNET DURANTE A SESSÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CONHECIMENTO. NEGAR PROVIMENTO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. “(...) o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93. Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato.”

(BRASIL, TCU – Plenário. 017.101/2003-3.ACÓRDÃO N 1758/2003- DF, Ministro-Relator: RODRIGUES Walton Alencar. Data de Publicação: 19/11/2003 -DJF)

Os dispositivos constitucionais referentes à participação das MEs e EPPs nos contratos com a Administração Pública que atribuem o tratamento diferenciado às empresas que se encaixam nessas duas categorias foram consolidados pela Lei Complementar nº 147/06 que modificou o texto da Lei Complementar nº 123/2006, alterando-o de forma considerável, a qual ampliou o prazo determinado para apresentar os comprovantes da regularidade fiscal, embora possa diminuir a celeridade no processo licitatório, a alteração deverá ser prontamente

aceita, pois não deverá ocasionar maiores contratemplos para a Administração.

Também, referente os outros benefícios regulamentados pela União, e que, no entanto vários municípios e até mesmo estados não possuíam regulamentação própria, com a alteração feita pela Lei Complementar nº 147/06, aplicará a norma federal na ausência de lei própria do respectivo ente federado.

Pode ser observado claramente uma ampliação dos direitos de participação das MEs e EPPs nos processos licitatórios e também em alguns casos de contratação direta, com o objetivo de que haja um aumento da participação dessas empresas, como forma de política social e fomento ao mercado, desse modo a Administração Pública deverá valer-se de suas prerrogativas em ocasiões verdadeiramente indispensáveis, quando ficar constatado desídia ou má-fé do contratado, e em casos posteriores a pactuação dos contratantes.

Visto que as alterações realizadas no Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte são muito recentes no ordenamento jurídico brasileiro, as jurisprudências dos Tribunais ainda são escassas em torno dessas alterações feitas pela Lei Complementar nº147/2014 acerca do tratamento privilegiado e favorecido previsto na Lei Complementar 123/2006.

Porém, diante todo o exposto constata-se que há sim a possibilidade de atenuação da supremacia do interesse público explicitado pelas cláusulas exorbitantes, quando esta autorizar a alteração unilateral causando desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do contratado, quando a cláusula exorbitante importe em violação ao princípio da legalidade previsto na Constituição Federal de 1988, e ainda, quando o contrato firmado pela Administração Pública, mas que apresente natureza privada.

As diversas alterações nos dispositivos legais, como na Lei de Licitações, onde estende o prazo para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte apresentar a documentação de aptidão ao processo licitatório, ou como a alteração trazida pela Lei nº 147/2014, entre outros revela a fragilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro tanto acerca da aplicabilidade das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos com as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, quanto nas prerrogativas conferidas à essas empresas na contratação com a Administração Pública.

As empresas são reconhecidas atualmente como a instituição de maior significado da sociedade moderna e não pode mais estar volvida apenas a satisfação dos interesses individuais de seus titulares, devendo atender também a uma função social, ou seja deve se coadunar com as necessidades sociais. A função social deve observar o poder-dever dos administradores da empresa de amoldar sua atividade com as veemências sociais, através de

obrigações constitucionalmente cominadas; a empresa deve oferecer empregos, arrecadação para o Estado e assim, o incremento na economia do país, assim a Administração Pública ao fazer uso de suas prerrogativas contratuais deve observar se não está atrapalhando o desenvolvimento da função social da empresa.

Segundo julgados do STJ, se a Administração Pública não efetuou os pagamentos devidos por mais de noventa dias, o contratado poderá interromper a execução do contrato, porque tal direito lhe é garantido no art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93 e, ele ainda terá direito à indenização pelos prejuízos provados; à restituição da garantia do contrato; e aos pagamentos devidos pelo cumprimento do contrato até a data do rompimento:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO A PACIENTES, ACOMPANHANTES E SERVIDORES DE HOSPITAIS PÚBLICOS. ATRASO NO PAGAMENTO POR MAIS DE 90 DIAS. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. ART. 78, XV, DA LEI 8.666/93 SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO – DESNECESSIDADE DE PROVIMENTO JUDICIAL. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO. INFRINGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF VIOLAÇÃO DOS ARTS. 126, 131, 165 E 458, II, DO CPC: INEXISTÊNCIA. 1. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar possível ofensa a dispositivo constitucional. 2. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte. 3. Acórdão suficientemente fundamentado não contraria os arts. 126, 131, 165 e 458, II, do CPC. 4. Com o advento da Lei 8.666/93, não tem mais sentido a discussão doutrinária sobre o cabimento ou não da inoponibilidade da exceptio non adimpleti contractus contra a Administração, ante o teor do art. 78, XV, do referido diploma legal. Por isso, despicienda a análise da questão sob o prisma do princípio da continuidade do serviço público. 5. Se a Administração Pública deixou de efetuar os pagamentos devidos por mais de 90 (noventa) dias, pode o contratado, licitamente, suspender a execução do contrato, sendo desnecessária, nessa hipótese, a tutela jurisdicional porque o art. 78, XV, da Lei 8.666/93 lhe garante tal direito. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido

(Brasil. STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 03/06/2008, T2 - SEGUNDA TURMA)

No entanto, quando o interesse público ficar à iminência concomitantemente com o interesse de uma Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte há de prevalecer a supremacia do interesse público, contudo se causar danos à essas empresas a Administração deverá arcar com a devida indenização, desde que apurado por Perito Judicial e comprovados efetivamente os prejuízos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante todo o exposto observa-se que as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos são uma forma de a Administração Pública se resguardar de possíveis danos ao interesse público, no entanto para a aplicação dessas cláusulas aos contratos deve-se observar as prerrogativas características de determinados sujeitos, como é o caso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Essas empresas são portadoras de tratamento diferenciado previsto na Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos da Carta Magna, como os artigos 146, 170, 179, entre outros. O tratamento diferenciado das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte também tem previsão na Lei nº 123/06, que é o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, na Lei Complementar nº 147/2014, entre outros dispositivos legais.

No intuito de solucionar a problemática sobre a possibilidade de as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos afrontarem as prerrogativas do contratado Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, restou comprovado que as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, desde que observado a característica própria de cada contratado, estas não afrontarão os direitos do contratado, pois são instituídas com o fim de resguardar o interesse público fazendo valer a supremacia deste e não com o intuito de prejudicar terceiros.

Para chegar à resposta da problemática a qual deu fundamento ao presente projeto, observou-se os dispositivos legais atinentes ao tema, além de analisar acerca dos processos licitatórios como forma de contratação entre Administração Pública e Empresas Privadas,

onde restou constatado que a licitação é um procedimento legal que busca dar oportunidade para que os contratantes participem das disputas pela execução de um contrato administrativo de forma igualitária, ou seja, sem favoritismo a nenhum dos contratados vinculando estes aos critérios determinados no ato de convocação, qual seja o edital, cujo instrumento deve estar em consonância com o objetivo primordial da licitação de conceder igualdade às partes e possibilitar a promoção do desenvolvimento nacional.

Além disso, buscou averiguar acerca da regulamentação do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações com a Administração Pública onde observou-se que a Administração Pública é dotada de Supremacia em prol dos interesses coletivos, todavia, no caso específico de licitações com as Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, a Administração Pública deve observar as prerrogativas regulamentadas tanto na Carta Magna, na Lei nº 123/2006 quanto em outros Diplomas Legais, as quais conferem a essas empresas, o direito ao tratamento diferenciado, desde que sejam constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Dessa maneira buscando a atender as perspectivas de um Estado Democrático de Direito promovendo o desenvolvimento nacional e a ordem econômica através da observância das prerrogativas do contratado.

Destarte, buscou o presente estudo verificar acerca de entendimentos jurisprudenciais se a supremacia do interesse público nos contratos administrativos pode ser atenuada frente às prerrogativas das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, sobre o qual pode ser observada a ampliação dos direitos de participação das MEs e EPPs nos processos licitatórios, onde ficou constatado que a Administração Pública deverá valer-se de suas prerrogativas em ocasiões verdadeiramente indispensáveis, quando ficar constatado desídia ou má-fé do contratado, e em casos posteriores a pontuação dos contratantes, para conseguir atingir o fim de que haja um aumento da participação dessas empresas, como forma de política social e fomento ao mercado.

Notou-se que as jurisprudências dos Tribunais ainda são escassas em torno dessas alterações feitas pela Lei Complementar nº147/2014 acerca do tratamento privilegiado e favorecido previsto na Lei Complementar 123/2006, que as alterações realizadas no Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, visto que são muito recentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se que, segundo o STJ, se a Administração Pública não efetuar os pagamentos devidos por mais de noventa dias, o contrato poderá ser interrompido pelo contratado, visto a previsão do art. 78, XV, da Lei nº 8.666/93 e, ele ainda terá direito à

indenização pelos prejuízos provados; à restituição da garantia do contrato; e aos pagamentos devidos pelo cumprimento do contrato até a data do rompimento.

Dessa forma constata-se que as cláusulas exorbitantes são passíveis de serem de relativizadas com o intuito da atenuação da supremacia do interesse público, quando esta autorizar a alteração unilateral causando desequilíbrio econômico-financeiro em desfavor do contratado, quando a cláusula exorbitante importe em violação ao princípio da legalidade previsto na Constituição Federal de 1988, e ainda, quando o contrato firmado pela Administração Pública, mas que apresente natureza privada.

Assim, a hipótese levantada no início da pesquisa acerca da possibilidade de as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos com Microempresas e Empresas de Pequeno Porte violarem direitos destes na relação contratual, não restou comprovada, visto que, apesar de a Administração Pública ser dotada de prerrogativas que lhe conferem autonomia para praticar atos que podem deixar os administrados em posição de verticalidade, ela tem o dever de respeitar as prerrogativas legais conferidas para as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte sob pena de, comprovado o dano causado à essas empresas, através de perícia judicial, a Administração Pública deverá cumprir com a devida indenização.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro 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: 10 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.474 de 19 de maio de 2000**. Regulamenta a Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, que institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e dá outras providências. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3474.htm)>. Acesso em: 9 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. 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: 12 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 147 de 07 de agosto de 2014**. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. 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 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da

Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 10 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça - REsp:** 421946 DF 2002/0033572-1, Relator: Ministro FALCÃO, Francisco. Publicado no DJ de 06/03/2006, s/p. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7174942/recurso-especial-resp-421946-df-2002-0033572-1>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça- REsp:** 910802 RJ 2006/0273327-0, Relator: Ministra CALMON, Eliane. Data de Julgamento: 03/06/2008, T2 - SEGUNDA TURMA. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790379/recurso-especial-resp-910802/inteiro-teor-13709993>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível nº. 0156592-68.2006.** Relator: Sidney Romano dos Reis, Data de Publicação: 05/05/2011, 6ª Câmara de Direito Público. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18838603/apelacao-apl-1565926820068260000-sp-0156592-6820068260000>. Acesso em: 12 de abr. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Contas da União–Plenário. ACÓRDÃO N 297/2011 - 002.328/2010-046448 DF,** Relator: MONTEIRO, José Múcio. Data de Julgamento: 17/11/2008. Data de Publicação: 09/12/2008 e-DJF1 p.649). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/24740525/pg-160-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-14-02-2011>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Contas da União – Plenário. 017.101/2003-3.ACÓRDÃO N 1758/2003- DF,** Ministro-Relator: RODRIGUES Walton Alencar. Data de Publicação: 19/11/2003 –DJF. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2047236.PDF>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal-1 - AGRAGI:** 46448 DF 2008.01.00.046448-6, Relatora: Desembargadora Federal RODRIGUES, Maria Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 17/11/2008, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 09/12/2008 e-DJF1. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/=Agravio+Regimental+no+Agravio+Inominado+46448+DF+2008.01.00.046448-6>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal -5ª Região - REEX:** 38232420124058200, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 25/02/2014, 4ªTurma, Data de Publicação: 06/03/2014). Disponível em: <<http://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25012418/apelreex-apelacao-reexame-necessario-reex-38232420124058200-trf>>. Acesso em: 12 de abr. 2015.

CARDOSO, Oscar Valente. **Contratos administrativos: peculiaridades e aspectos polêmicos.** *Jus Navigandi*, Teresina, **ano 14, n. 2135, 6 maio 2009**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12756>>. Acesso em: 16 set. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTILHO, Auriluce Pereira. BORGES, Nara Rúbia Martins. PEREIRA, Vânia Tanús. (orgs.). **Manual de metodologia científica do ILES Itumbiara/GO.** 2.ed. Itumbiara: ILES/ULBRA, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994. Disponível em:<[http://www.academia.edu/9850719/Reforma\\_pol.ADtica\\_reconstru\\_Ao\\_do\\_Estado\\_brasileiro](http://www.academia.edu/9850719/Reforma_pol.ADtica_reconstru_Ao_do_Estado_brasileiro)>. Acesso em: 16 abr. 2015.

DIAS, Daniele. **Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos e Aplicação de Penalidades.** Disponível em <<http://www.correios.com.br/sobre-correios>>. Acesso em: 10 set. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 8.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial.** 34.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, H. “et al”. **Direito Administrativo Brasileiro**.37.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro : Editora Lumen Júris, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VIOLIN, Tarso Cabral; TABORDA, Mônica Oldani. **As prerrogativas da Administração nos contratos administrativos. As chamadas cláusulas exorbitantes**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3699>>. Acesso em: 20 out. 2014.