



ESTADO DA PARAÍBA
DEFENSORIA PÚBLICA
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

Processo Administrativo nº 1292/2013-0
Pregão nº 001/2013

Vistos, e etc.

Em sessão de abertura dos envelopes de preço e de documentos de habilitação, e julgamento, foi detectado um ponto divergente entre o pregoeiro e os licitantes remanescentes na fase de disputa por lances, a empresa Brekar Comércio e Serviços Ltda, e a Casa do Escapamento, por entenderem estes que a benesse prevista no art. 44, e ss., da Lei Complementar nº 123/2006.

Segundo o representante da empresa Casa do Escapamento, que não é enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, o "empate ficto" seria dirimido da seguinte forma: a) os licitantes avançariam na fase de lances, um cobrindo a oferta do outro, até a desistência de um dos dois; b) caso o licitante vencedor seja a empresa NÃO enquadrada como ME ou EPP, e sua oferta seja INFERIOR a 5% da proposta da ME ou EPP, esta seria convocada a ofertar valor SUPERIOR a esse percentual, sendo-lhe adjudicada a licitação.

Compulsando os termos contidos nos arts. 44, e 45, e seus parágrafos, da Lei Complementar nº 123/2006, "prima facie", o pregoeiro entendeu, no momento da sessão, de forma diversa, que adiante se passa a expor. Por medida de cautela, resolveu-se suspender a sessão, remarcada para 17/06/2013, sexta-feira, às 15 horas, quando antecipadamente se decidirá a respeito, submetendo-se ao crivo da autoridade superior, s.m.j., para as devidas considerações de estilo.

Os arts. 44 e 45 da LC criaram uma espécie de *empate ficto* entre propostas ofertadas pelas micro e pequenas empresas e pelas demais, conferindo-se àquelas, caso haja tal empate, a possibilidade de apresentar uma nova proposta, tendo mais uma chance para obter, assim, a vitória do certame.

Tal procedimento só é aplicável quando houver participação de ME ou EPP juntamente com outras espécies de entidades. Na eventualidade de um certame não lograr a participação de tais espécies de entidades, ou se houver disputa apenas entre elas (no caso do art. 48, inciso I, da LC), torna-se inviável o rito aqui discutido.

Segundo o diploma, caso uma ME ou EPP ofereça uma proposta igual ou até dez por cento (cinco por cento, no caso do pregão) superior à menor proposta (apresentada, decerto, por entidade não enquadrada como ME ou EPP), concede-se a tal instituição a possibilidade de ofertar proposta de preço inferior àquela apresentada pela então licitante mais bem classificada. Assim, caso exerça tal faculdade e apresente uma oferta menor, ser-lhe-á adjudicado o objeto da licitação.

O momento para emprego da aludida sistemática encerra no instante em que a proposta mais vantajosa seria tradicionalmente reconhecida, na licitação ordinária. Assim, por exemplo, nas modalidades licitatórias reguladas pela Lei nº 8.666/93, tal termo se configuraria na fase terminal dos julgamentos das propostas. Já no caso do pregão, **isso aconteceria após a fase ordinária dos lances** (ou caso não haja, após o término da apresentação das propostas). Ainda no pregão, segundo a LC (art. 45, §3º), a ME ou EPP terá o prazo de cinco minutos, após a sua convocação com o término da fase de lances, para apresentar nova proposta.



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

Entretanto, no caso do pregão, isso não é um truísmo. Como sabido, a análise dos documentos de habilitação do licitante que apresentou o menor lance ocorrerá após o julgamento das ofertas.

Diante de tal realidade, pergunta-se: no caso do pregão, qual é a proposta que servirá como marco para determinação do empate ficto de cinco por cento: a menor oferta exequível apresentada, por qualquer licitante, ou a menor oferta exequível válida, apresentada por licitante cuja habilitação é escoreita?

Em uma visão mais literal da LC, verifica-se que o empate ficto é configurado quando as propostas ofertadas por MP ou EPP "*sejam iguais ou até cinco por cento superiores à proposta mais bem classificada*" (art. 44, §1º da LC c/c §2º do mesmo dispositivo). Não se visualiza, naquela sede, menção ao fato de que a proposta deve ser ofertada por licitante regularmente habilitado.

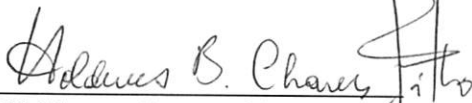
Essa interpretação, inclusive, ensejaria uma maior celeridade no procedimento, visto que dispensaria, antes da realização do processo de desempate, o exame da habilitação do licitante autor da menor proposta. Seguindo tal norte, pode-se citar o Decreto nº 6204/2007, que delimita o empate ficto com base no "*menor preço*" (vide §§1º e 2º do art. 5º), bem como Jacoby¹, que aponta o referido itinerário como o que deve ser seguido.

Caso esta ME ou EPP, cuja proposta seja mais próxima daquela vencedora, não deseje usar a faculdade que lhe foi outorgada, serão convocadas as MEs e EPPs que porventura se enquadrem em situação de empate, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito (art. 45, II da LC), até que uma presente proposta inferior àquela considerada vencedora inicialmente. Já se, no rito do "*empate ficto*", houver equivalência dos valores apresentados por tais entidades, far-se-á sorteio, com o fito de identificar quem terá a possibilidade de apresentar a melhor oferta (art. 45, III, da LC).

Segundo o art. 45, §1º da LC, "*Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame*".

Em sendo assim, entende este pregoeiro que o procedimento a ser adotado será o acima descrito, em estrita observância ao que rege a LC 123/2006, s.m.j., para as devidas considerações da autoridade superior.

João Pessoa/PB, 13 de maio de 2013.


Holdermes Bezerra Chaves Filho
Pregoeiro

¹ JACOBY FERNANDES, José Ulisses. *Parecer jurídico sobre a regulamentação dos direitos das Microempresas e Empresas de pequeno porte quanto à aplicabilidade da Lei Complementar n. 123/2006 – e as inovações introduzidas nas licitações e contratos administrativos.*

Disponível em: http://www.jacoby.pro.br/PARECER_JUJF_SEBRAE_MEs_e_EPPs.pdf.