

354



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE IVAIPORÃ

Estado do Paraná

CNPJ/MF 75.741.330/0001-37

Praça dos Três Poderes nº 500 – CEP 86.870.000 – Ivaiporã – PR. – Fone: 43-3472-4600

Ivaiporã, 24/11/2016

Procedimento Licitatório

Pregão 120/2016

Conforme consta dos autos, após o parecer de fls. 328, com a finalidade de evitar-se máculas no procedimento, as fls. 340, oportunizou-se o oferecimento de contrarrazões, sendo que, as fls. 340, revogamos o parecer anterior.

Na sequência, oferecidas contrarrazões (fls. 346-353), vieram os autos novamente conclusos para análise.

É o sucinto relato.

Melhor analisando as razões oferecidas pelas recorrentes, e a insurgência da recorrida VS CARD, entendo que razão assiste a esta última.

Inicialmente, cumpre registrar que o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte possui assento constitucional, consubstanciando-se, inclusive, em princípio da ordem econômica, conforme dispõe o art. 170, IX, da Constituição Federal:

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. (grifei).

Daí por que a Lei Complementar nº 123/06, instituidora do “Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte”,

estabeleceu exceção à regra do art. 45, §2º, da Lei 8.666/1993, conferindo às ME e EPPs o direito de preferência em certames licitatórios, nos seguintes termos:

Art. 44 - Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º - Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º - Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

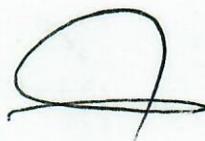
Art. 45 - Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º - 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.

§ 2º - O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º - No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

(grifei)

Da análise dos dispositivos legais transcritos, parece nítido que a LC nº 123/06 conferiu duas prerrogativas às microempresas e empresas de pequeno porte em certames públicos.

A primeira diz respeito ao *critério de desempate* previsto no caput do art. 44 da LC 123/06, cuja redação é taxativa: "Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte".

A segunda diz respeito à *presunção de empate*, a que alude o art. 44, §§ 1º e 2º, ficção jurídica que confere às microempresas e empresas de pequeno a faculdade de ofertar novo lance quando suas propostas sejam até 10% superiores à proposta de melhor classificação (art. 44, §1º) ou, no caso do pregão, se o intervalo for até de 5% (art. 44, §2º).

Como bem resume José dos Santos Carvalho Filho:

"A lei criou várias normas concernentes ao empate. Numa delas, o legislador considerou empate qualquer situação em que propostas oferecidas por microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superior à proposta de melhor classificação (art. 44, §1º). Na outra, aplicável na modalidade de pregão, foi fixada em 5% o intervalo percentual para o mesmo caso de empate (art. 44, §2º). Por conseguinte, além do empate real, a lei previu também o empate presumido (ou fictício).

No caso de empate presumido, a vitória de empresa comum não lhe assegura, de imediato, o direito à contratação: **deverá permitir-se à microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada a oportunidade de oferecer**

proposta com preço inferior à daquela, e se, se houver realmente essa proposta, a vitória na licitação será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte e a ela será adjudicado o objeto a ser contratado.” (grifei)¹

Assim, como bem resume Diógenes Gasparini², em termos licitatórios há que se considerar duas situações de empate. A primeira em que todos os licitantes empatados são empresas comuns ou são microempresas, empresas de pequeno porte ou cooperativas. Para o desempate de empresas nessa situação, aplica-se a regra do art. 3º, § 2º, da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública e, em permanecendo a identificação, a classificação será feita por sorteio consoante estabelece o art. 45, § 2º, dessa lei, vedado qualquer outro processo com essa finalidade.

A segunda situação é aquela em que os licitantes empatados em primeiro lugar são empresas comuns, microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas. Neste caso o desempate não observa a disciplina tradicional, mas a ditada pela Lei Complementar federal nº 123/06.

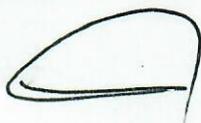
Nesse contexto, considerando que as microempresas participantes apresentaram a mesma proposta da empresa recorrente, caracterizando, portanto, o empate real, é equivocada a utilização de sorteio (art. 45, §2º, da Lei 8.666/1993) em detrimento do critério de desempate (art. 44 da LC nº 123/06).

Destarte, a solução mais acertada para o caso, é aquela estampada nos dispositivos da legislação complementar (LC 123), os quais sobrepõem-se aos critérios da lei federal 8.666/93, esta, norma hierarquicamente inferior àquela, ou seja, após o empate real entre todas as licitantes, aplica-se o critério da LC 123 (preferência às microempresas como critério de desempate), para então, aplicar-se o sorteio entre as micro e pequenas empresas remanescentes.

Situação esta, inclusive, prevista em rito procedimental no edital de procedimento licitatório da PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ DO

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

² GASPARINI, Diógenes. *Pregão Presencial e Microempresa*. In: GASPARINI, Diógenes (Coord.). *Pregão Presencial e Eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



350

NORTE - RS, no PROCESSO Nº 076/2016 (CONCORRÊNCIA COM
REGISTRO DE PREÇOS Nº 004/2016)

5.17 – Critério de Desempate:

5.17.1 - Como critério de desempate, será assegurada preferência de contratação para as microempresas, as empresas de pequeno porte e as cooperativas que atenderem ao item 5.10, deste edital.

5.17.2 - Entende-se como empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, bem como pela cooperativa, sejam iguais ou superiores em até 10% (dez por cento) à proposta de menor valor.

5.17.3 - A situação de empate somente será verificada após ultrapassada a fase recursal da proposta, seja pelo decurso do prazo sem interposição de recurso, ou pelo julgamento definitivo do recurso interposto.

5.17.4 - Ocorrendo o empate, na forma do item anterior, proceder-se-á da seguinte forma:

a) A microempresa, a empresa de pequeno porte ou a cooperativa, detentora da proposta de menor valor, que manifestar interesse por escrito, em até 02 (duas) horas após receber cópia da ata de abertura e julgamento da licitação, poderá apresentar, no prazo de 02 (dois) dias, nova proposta, por escrito, inferior àquela considerada, até então, de menor preço, situação em que será declarada vencedora do certame.

b) Se a microempresa, a empresa de pequeno porte ou a cooperativa, convocada na forma da alínea anterior, não apresentar nova proposta, inferior à de menor preço, será facultada, pela ordem de classificação, às demais microempresas, empresas de pequeno porte ou cooperativas remanescentes, que se enquadrarem na hipótese do item 5.11 deste edital, a apresentação de nova proposta, no prazo e na forma prevista na alínea a deste item.

c) Se houver duas ou mais microempresas e/ou empresas de pequeno porte e/ou cooperativas com propostas iguais, será realizado sorteio para estabelecer a

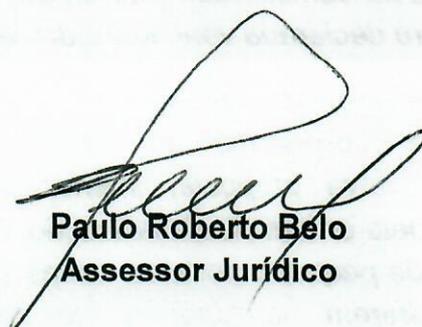
ordem em serão convocadas para a apresentação de nova proposta, na forma das alíneas anteriores.

(grifei)

Assim, muito embora o edital do Pregão Presencial ora em apreço não tenha exaurido as probabilidades no certame, tenho que, as normas insculpidas na Lei Complementar 123/2006 sobrepõem-se às normas editalícias, razão pela qual, revendo *data vênia* o posicionamento da douta Procuradora-Geral, recomendo o IMPROVIMENTO dos recurso interposto, e RECOMENDO, a adoção do seguinte procedimento:

- 1º) Sejam anulados os atos da Administração praticados após a ata de fls. 310/315;
- 2º) Sejam novamente convocados todos os licitantes presentes ao ato;
- 3º) Seja em primeiro momento, constatado o empate nas propostas, aplicado o art. 44 da LC 123/2006, mantendo-se as microempresas e empresas de pequeno porte;
- 4º) Seja então, realizado o sorteio apenas entre as micro e pequenas empresas, proclamando-se a vencedora;
- 5º) Somente se houver desistência entre as micro e pequenas empresas, deve proceder-se o sorteio entre as empresas de grande porte presentes.

É o parecer.



Paulo Roberto Belo
Assessor Jurídico

REMESSA

Nesta data faço remessa destes

autos a (ao) Compras

licitatórias

contendo 356 folhas devidamente

numeradas.

Ivaiporã, 25, de 11 de 20 16

Filaira