



**PROTOCOLO:** 14.171.910-6

**INTERESSADO:** SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E PREVIDÊNCIA - SEAP

**ASSUNTO:** ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. PREFERÊNCIA. LC 123/2006. ART. 45, INC. II. DESCLASSIFICAÇÃO DA ME/EPP VENCEDORA. REABERTURA DO PROCESSO.

**PARECER Nº 15 /2016 – PGE**

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. ART. 45, INC. II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. EMPATE FICTO. DESCLASSIFICAÇÃO DA ME/EPP QUE SE TORNOU VENCEDORA. REABERTURA DA DISPUTA.**

Existindo mais de uma ME/EPP em situação de empate ficto com empresa normal, caso a ME/EPP que cobriu o melhor lance e venceu a disputa não seja contratada, deve ser oportunizada às demais ME/EPP o exercício do mesmo direito, na forma dos inc. I e II do art. 45 da Lei Complementar nº 123/2006.

**1. RELATÓRIO**

Trata-se de consulta do Departamento de Administração de Materiais da Secretaria de Estado de Administração e Previdência (DEAM/SEAP) sobre o atendimento das regras dos inc. I e II do art. 45 quando, existindo mais de uma microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) em situação de empate ficto com empresa normal, a ME/EPP que cobriu o melhor lance e venceu a disputa é desclassificada na fase de habilitação.

É o breve relatório.

**2. FUNDAMENTAÇÃO**

A Lei Complementar nº 123/2006 determina como critério de desempate nas licitações a preferência pela contratação de ME/EPP (art. 44). A forma como esta preferência deve ser concedida está descrita no art. 45:



**PROTOCOLO:** 14.171.910-6

**INTERESSADO:** SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E PREVIDÊNCIA - SEAP

**ASSUNTO:** ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. PREFERÊNCIA. LC 123/2006. ART. 45, INC. II. DESCLASSIFICAÇÃO DA ME/EPP VENCEDORA. REABERTURA DO PROCESSO.

*"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."***

De acordo com o art. 45, inc. I, quando uma empresa não ME/EPP oferece o melhor lance durante a fase de disputa do pregão, oportuniza-se que a melhor ME/EPP fictamente empatada cubra a melhor proposta e seja considerada vencedora do certame. Por sua vez, o inc. II do art. 45 prevê que caso a primeira ME/EPP não seja contratada, as remanescentes que estejam na situação de empate ficto sejam convocadas a exercer seu direito de preferência, nos termos do inc. I.

Não ocorrendo a contratação de ME/EPP nesses termos, o objeto será



**PROTOCOLO:** 14.171.910-6

**INTERESSADO:** SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E PREVIDÊNCIA - SEAP

**ASSUNTO:** ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. PREFERÊNCIA. LC 123/2006. ART. 45, INC. II. DESCLASSIFICAÇÃO DA ME/EPP VENCEDORA. REABERTURA DO PROCESSO.

adjudicado à empresa que tenha originalmente ofertado o melhor lance (art. 45, § 1º).

Questiona o DEAM/SEAP como proceder caso uma ME/EPP que exerceu seu direito de preferência seja desclassificada posteriormente, deixando de ser contratada. Neste caso, indaga o setor se deveria ser aplicada a regra do inc. II ou do §1º do art. 45.

Haveria um aparente conflito entre os três dispositivos mencionados, uma vez que seria oportunizada apenas a melhor ME/EPP fictamente empatada a "cobertura" do melhor lance original. Todavia, o inc. II menciona que não havendo a contratação da primeira colocada seriam oportunizadas às demais ME/EPP o exercício da regra preferencial, e o § 1º menciona que não havendo a contratação no termos do *caput* o objeto seria adjudicado pela proposta originalmente vencedora.

Diante da suposta imprecisão técnica da legislação, dois entendimentos seriam possíveis: (i) exercido o direito por uma ME/EPP estaria cumprida a regra preferencial. Caso esta ME/EPP não seja contratada, a empresa que ofertou originalmente o melhor lance seria contratada (art. 45, § 1º); ou (ii) mesmo que o direito tenha sido exercido por uma ME/EPP, não ocorrendo sua contratação deve ser oportunizada a outras ME/EPP o exercício do mesmo direito antes que a empresa que ofertou o melhor lance original seja contratada.

Existem autores que sustentam a aplicação de ambos os entendimentos manifestados. Concordando com a primeira opção, transcrevemos as lições de Jonas Sidnei Santiago de Medeiros Lima e Sidney Bittencourt:<sup>1</sup>

*"É preciso considerar que essas regras não impedem que determinada empresa convocada (seja a primeira, segunda ou outra colocada) tenha sua proposta desclassificada por não atendimento às condições impostas ou inabilitada por eventual*

<sup>1</sup> Conforme se demonstrará, o autor possui dois trechos sobre o tema, em aparente – e apenas aparente – contradição, sendo que cada um desses trechos foi utilizado, apenas para fins didáticos, como posições contrapostas.



**PROTOCOLO: 14.171.910-6**

**INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E PREVIDÊNCIA - SEAP**

**ASSUNTO: ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. PREFERÊNCIA. LC 123/2006. ART. 45, INC. II. DESCLASSIFICAÇÃO DA ME/EPP VENCEDORA. REABERTURA DO PROCESSO.**

*falha em sua documentação. Enfim, nem sempre o benefício do 'desempate' será suficiente para que a microempresa ou empresa de pequeno porte seja vencedora do certame".<sup>2</sup>*

*"É importante frisar que somente a melhor proposta (melhor lance), dentre as oferecidas pelas micro ou pequenas empresas, é que será alcançada pelo conceito de 'mais bem classificada', ainda que existam outros lances dentre da margem de 5%. A possibilidade de outra microempresa ou pequena empresa apresentar lance nessas características só ocorrerá se a melhor colocada não o fizer".<sup>3</sup>*

Acolhendo a segunda opção manifestam-se José Anacleto Abduch Santos e Sidney Bittencourt:

*"Caso não seja contratada a licitante favorecida classificada em primeiro lugar na forma referida no item anterior, serão convocadas as licitantes remanescentes, pela ordem de classificação referida no item 8, para o exercício do mesmo direito;"<sup>4</sup>*

*"b.3) se a proposta classificada em primeiro lugar não for de micro ou pequena empresa, e houver proposições de empresas dessa categoria com valores até 10% maior que essa, as mesmas serão perfiladas em ordenamento crescente de valor, tendo a primeira colocada desse elenco o direito de propor um preço inferior àquela que tenha conseguido o primeiro lugar inicialmente. Na hipótese desse procedimento não lograr êxito (porque a licitante não apresentou proposta inferior ou, mesmo que tenha apresentado, não venha a ser contratada por outro fator), será*

- 2 LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. **Licitações à luz do novo estatuto da microempresa (Lei Complementar nº123/2006)**: incluindo o Decreto nº 6.204/2007, legislação correlata, experiências internacionais e análise de editais. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 78.
- 3 BITTENCOURT, Sidney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**: comentários aos artigos específicos sobre licitação pública contemplados pela Lei Complementar nº123, de 14.12.2006 (considerando o disposto no Decreto nº 6.204, de 5.9.2007). 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 77/78.
- 4 SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. 1ª ed. 1ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 98.



**PROTOCOLO:** 14.171.910-6

**INTERESSADO:** SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E PREVIDÊNCIA - SEAP

**ASSUNTO:** ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. PREFERÊNCIA. LC 123/2006. ART. 45, INC. II. DESCLASSIFICAÇÃO DA ME/EPP VENCEDORA. REABERTURA DO PROCESSO.

*providenciada a convocação das remanescentes desse rol para o exercício da mesma faculdade. Caso, entretanto, só exista uma licitante micro ou pequena empresa com proposição até 10% maior que a primeira classificada, somente essa terá o direito de ofertar nova proposta de valor inferior à primeira classificada originalmente;<sup>5</sup>*

Destaca-se que na nota de rodapé 46 de seu livro José Anacleto Abduch Santos expressamente menciona a hipótese de inabilitação superveniente da ME/EPP inicialmente vencedora.<sup>6</sup> Ronny Charles Lopes de Torres, embora não enfrente a exata situação exposta acima, traz outro exemplo de conflito decorrente da leitura dos dispositivos mencionados:

*"Diante da situação em que o primeiro classificado não é ME/EPP e seu valor reduzido impede o exercício do direito de desempate ficto, pela existência de uma diferença superior ao percentual de 5% estabelecido pela LC 123/2006, sua desclassificação ou a não assinatura do contrato permitem novo cálculo do percentual para aplicação do desempate ficto?"*

*Exemplificamos: num determinado certame, entre as três melhores classificadas, estavam duas empresas grandes ('empresa A' e 'empresa B') e uma EPP (empresa C), ficando esta última na terceira colocação. Os valores dos lances finais das três empresas foram, respectivamente: R\$ 100.000,00, R\$ 140.000,00 e R\$ 142.000,00. Obviamente que, ao final dos lances, a EPP não teria condições de exercer o direito de desempate ficto em relação à primeira colocada, pela diferença superior ao percentual de 5%; contudo, tendo a 'empresa A' se furtado à assinatura do contrato ou sido desclassificada, a diferença (inferior a 5%) entre os lances finais da 'empresa B' e a 'empresa C' admitem o exercício, pela EPP, do direito ao desempate ficto, em relação à 'empresa B'?*

*Entendemos que sim. Uma vez desclassificada a 'empresa A', na sequencia das propostas se identificará uma situação de empate*

5 BITTENCOURT, Sidney. op. cit. p. 74.

6 O autor entende que a regra do art. 45, inc. II, se aplica a qualquer hipótese de não contratação da empresa, seja "Por renunciar ao direito de ofertar proposta de menor valor, ou por inabilitação superveniente na forma do § 5º do art. 43 da Lei 8.666/93." (op. cit., p. 98).



**PROTOCOLO:** 14.171.910-6

**INTERESSADO:** SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E PREVIDÊNCIA - SEAP

**ASSUNTO:** ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. PREFERÊNCIA. LC 123/2006. ART. 45, INC. II. DESCLASSIFICAÇÃO DA ME/EPP VENCEDORA. REABERTURA DO PROCESSO.

*ficto, conforme estabelecido pela LC 123/2006.*<sup>7</sup>

As dificuldades apresentadas decorrem da incompatibilidade terminológica da Lei Complementar nº 123/2006 com a legislação de licitação e contratos, como as Leis nº 8.666/1993 e 10.520/2002 e a Lei Estadual nº 15.608/2007. Diante da aparente incompatibilidade normativa é preciso realizar interpretação sistemática, buscando a finalidade da lei e sua máxima efetividade.<sup>8</sup>

Se coaduna melhor com os objetivos da lei que estabeleceu tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas a interpretação que oportuniza às demais ME/EPP a cobertura do melhor lance originalmente ofertado, sempre que a ME/EPP que já exerceu esse direito deixa de ser contratada.

Desse modo, só será aplicável a regra do § 1º do art. 45, com a contratação da empresa que tenha originalmente ofertado o melhor lance, após exauridas as tentativas de cumprimento dos inc. I e II do *caput* do art. 45.

Por fim, cumpre destacar que eventual problema decorrente da interpretação legal deve ser sanado pelo edital do procedimento licitatório, documento que deve regular todo certame.<sup>9</sup> Como afirma Marçal Justen Filho, "*Não é cabível a simples repetição das expressões legislativas, para que o licitante descubra o que, no caso concreto, a Administração pretende.*"<sup>10</sup>

Logo, caso os editais em curso não prevejam solução para o problema proposto, destacamos que o pregoeiro possui autonomia decisória, devendo adotar a solução que melhor guarneça o interesse público no caso concreto.

Tratando-se de problema que esteja dificultando o regular andamento

7 Leis de licitações públicas comentadas. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 796.

8 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte, a lei de licitações e contratos e a lei do pregão. **Forum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**. Belo Horizonte, ano 6, n. 65, maio de 2007, p. 27.

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 10847, Segunda turma, Relator Ministra Laurita Vaz, julgado em 27.11.2001, publicado em 18.02.2002.

10 Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 608.



**PROTOCOLO:** 14.171.910-6

**INTERESSADO:** SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E PREVIDÊNCIA - SEAP

**ASSUNTO:** ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. PREFERÊNCIA. LC 123/2006. ART. 45, INC. II. DESCLASSIFICAÇÃO DA ME/EPP VENCEDORA. REABERTURA DO PROCESSO.

dos procedimentos licitatórios, deve o DEAM/SEAP encaminhar o problema proposto ao setor competente pela elaboração do edital – inclusive a PGE no caso de minutas de edital padronizadas – para que se atentem a questão.

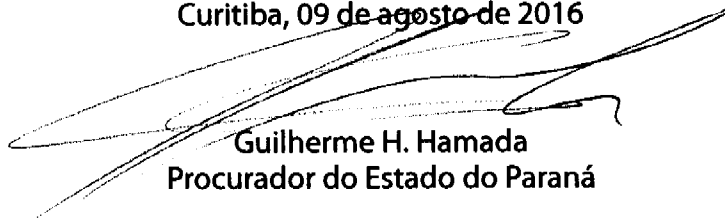
### 3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, existindo mais de uma ME/EPP em situação de empate ficto com empresa normal, caso a ME/EPP que cobriu o melhor lance e venceu a disputa não seja contratada, deve ser oportunizada às demais ME/EPP o exercício do mesmo direito, na forma dos inc. I e II do art. 45 da Lei Complementar nº 123/2006.

Caso o setor solicitante julgue necessário ao bom andamento do procedimento licitatório, deve encaminhar o protocolado ao responsável pela elaboração dos editais de licitação para que a solução da controvérsia passe a constar na redação do instrumento convocatório.

É o parecer.

Curitiba, 09 de agosto de 2016



Guilherme H. Hamada  
Procurador do Estado do Paraná

1. De acordo,
2. Encaminhe-se ao GAB/PGE.



Bruno Assoni  
Procurador-chefe da PRC/PGE



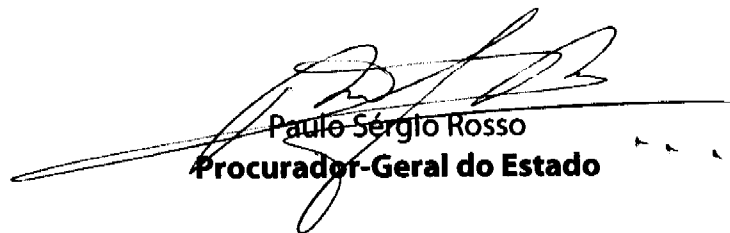
**ESTADO DO PARANÁ**  
**PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**  
Gabinete do Procurador-Geral

---

Protocolo nº 14.171.910-6  
Despacho nº 364/2016 - PGE

- I. Aprovo o Parecer nº 15/2016-PGE, da lavra do Procurador do Estado Guilherme Henrique Hamada, em 07 (sete) laudas;
- II. Encaminhe-se cópia virtual à Coordenadoria de Estudos Jurídicos - CEJ e à Coordenadoria de Gestão Estratégica e TI – CGTI, para catalogação e divulgação;
- III. Restitua-se à Secretaria de Estado da Administração e da Previdência.

Curitiba, 11 de agosto de 2016.

  
Paulo Sérgio Rosso  
Procurador-Geral do Estado