



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 4 / 08 nº 262

ELIZABETH A.S. CUZZIOL
AGPP - RF 447.313.6.00
FCM/MC

EMENTA Nº 11.340: Licitações e a Lei Complementar nº 123/06. O momento do empate ficto previsto no artigo 45 da Lei 123/06 dá-se antes da negociação de preços, sob pena de tornar letra morta o discrimen determinado pela lei em questão e que se coaduna com a previsão constitucional de tratamento favorecido à Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (art. 170, IX) como um dos princípios que deve reger a ordem econômica. Garantia de observância da isonomia pelo tratamento desigual dos desiguais.

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO: Momento em que se dá o empate ficto previsto na lei 123/06.

Informação nº 1636/2008 - PGM.AJC

Trata o presente de consulta feita pela Secretaria Municipal de Educação sobre qual seria o momento de incidência, dentro do pregão, do chamado "empate ficto" de que tratam os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06.

Na modalidade licitatória pregão, as fases são invertidas, de modo que, aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, depois de cumpridas as formalidades legais, entregam os envelopes contendo a indicação do objeto e o preço ofertado, precedendo-se então à imediata abertura dos mesmos e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no edital.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

nº 263

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 9 / 11 / 08

ELIZABETH S. CUZZIOL
ADPP - Nº 547.513.8.00
2008.11.08

Após, o autor da oferta de valor mais baixo e das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela podem oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos. Após o encerramento dos lances verbais, o pregoeiro procede à negociação do preço com a licitante classificado em primeiro lugar.

Ocorre que se tivermos dentre as licitantes uma microempresa ou empresa de pequeno porte, a situação sofre algumas alterações.

Com efeito, assim dispõem os artigos:

“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:



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

nº 264

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08

ELIZABETH A. S. CUZZIO
AGPP - RF 567.313.6.00
FCMA-IC

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.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

nº 265

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08

ELIZABETH A. S. CUZZIO
AGPP - RP 547.313.8.00
PGMAJJC

§ 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”.

A leitura da lei já traz à baila a dúvida objeto do presente parecer: encerrada a etapa de lances verbais, o “empate ficto” previsto na lei 123/06 ocorreria antes ou depois da negociação com o primeiro colocado?

Tal definição é de suma importância pois, se estivermos diante de hipótese em que o melhor preço, após terminada a etapa de lances verbais for de empresa que não é microempresa nem empresa de pequeno porte, e a situação do empate ficto só for aferível após a negociação, abre-se a possibilidade de que a empresa melhor classificada ofereça preço de modo a fugir do empate ficto, ou seja, de modo a evitá-lo mediante a oferta de preço que estabeleça diferença maior do que 5% (cinco por cento) em relação à ofertada pela ME ou EPP. Com isso, ganha a Administração, mas perdem as microempresas e empresas de pequeno porte.

Por outro lado, se entendermos que o empate ficto se dá após o encerramento da etapa de lances verbais, mas antes da negociação, poderíamos acabar pagando preço maior do que o que seria cabível caso fosse possível a negociação.

Deveras, se está à sua disposição a prerrogativa do empate ficto, por certo que o microempresário não precisará baixar seu preço para sagrar-se vencedor, visto que vencerá a licitação ainda que não mais negocie o preço, e isso sem correr o risco de que, na



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

nº 266

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 09 / 08

ELIZABETH A.S. CUZZIO
AGPP - RF 547.313.6.00
PCMA-IC

negociação, a empresa que não se enquadra como EPP ou ME possa fugir aos ditames da Lei Complementar e vencer o certame. Bastar-lhe-á adequar-se ao inciso I do artigo 45 da lei complementar 123/06.

O tema é sem dúvida tormentoso e polêmico, pois traz, de certa forma, o embate aparente de princípios constitucionalmente albergados e que precisam, no caso concreto, serem efetivados ao máximo. São eles: o princípio da ordem econômica, inserto no inciso IX¹ do artigo 170 da Constituição Federal e que determina a obrigatoriedade de tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte; e o princípio da isonomia, que deve nortear todas as compras públicas (artigo 37, XXI²).

Qual então o limite de legalidade do *discrimen* a ser dado em prol das ME's e EPP's? Note-se que o princípio da *vantajosidade*, embora previsto na lei de licitações, possui status apenas infraconstitucional, de modo que não pode preponderar dentro da escala hierárquica normativa.

Na verdade, os argumentos trazidos no brilhante parecer de fls. 253 a 261 trazem em seu bojo argumentos de justiça que não podem ser simplesmente ignorados. De fato, se é possível à

¹ "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".

² "Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

nº 267

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08

ELIZABETH A. S. CUZZIO
AGPP RF 547.313.8.00
PCM-AJC

Administração Pública obter preço mais vantajoso após a negociação do mesmo, porque aceitar que o critério de empate se dê em momento anterior? Isso não contrariaria os interesses da Administração?

Ora, não se pode negar que o interesse público secundário da Administração estará desatendido: seu interesse, enquanto pessoa jurídica de direito público, é obter o menor preço, ou seja, pagar menos por aquilo que está a comprar.

Todavia, temos aí hipótese em que o interesse público primário, isto é, o interesse de toda a coletividade, está a caminhar em sentido diverso. Em prol do desenvolvimento econômico das microempresas e empresas de pequeno porte, as mesmas devem ser favorecidas. Estabelece-se discrimen em favor das mesmas, partindo-se da premissa de que, a fim de garantir a isonomia não só formal como também material, deve-se "tratar desigualmente os desiguais".

Quando o interesse público primário encontra-se em rota de colisão com o interesse secundário, o primário deve prevalecer, pois o bem estar da coletividade é a razão última da própria existência estatal.

Com efeito, assim pondera Celso Antônio Bandeira de Mello:

"assim melhor se compreenderá a distinção corrente da doutrina italiana entre interesses públicos ou interesses primários - que são os interesses da coletividade como um todo - e interesses secundários, que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade. Poderia, portanto, ter o interesse secundário de resistir ao



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08 nº 268

ELIZABETH A. S. CUZZIOL
ASPP - RF 549.313.6.00
PGM-AJC

pagamento de indenizações, ainda que procedentes, ou denegar pretensões bem fundadas que os administrados lhe fizessem, ou de cobrar tributos e tarifas por valores exagerados. Estaria por tal modo, defendendo interesses apenas "seus", enquanto pessoa, enquanto entidade animada do propósito de despende o mínimo de recursos e abarrotam-se deles ao máximo. Não estaria, entretanto, atendendo ao interesse público, ao interesse primário, isto é, àquele que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: o da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem comum o interesse de todos" (in Curso de Direito Administrativo, p. 22, 4 ed. rev. ampl. Malheiros Editores, 1993)

A Constituição alberga, destarte, espécie de ação afirmativa pró-microempresa e empresa de pequeno porte, asseverando a obrigatoriedade de que a ordem econômica na República Federativa do Brasil dê a elas um tratamento FAVORECIDO.

Destarte, ainda que com certo sacrifício de interesses públicos secundários, ou seja, ainda que com certa atenuação do mandamento da vantajosidade³, o favorecimento da microempresa e empresa de pequeno porte deve prevalecer.

Esse, aliás, foi o entendimento que acabou prevalecendo no Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 775/2007-

³ Veja que temos aí a necessidade de aplicação do princípio da razoabilidade: aceita-se que, em prol do mandamento constitucional do tratamento favorecido da microempresa e empresa de pequeno porte, por vezes a Administração pague mais do que pagaria caso cabível a negociação. Mas não se pode aceitar que venha a contratar por valor acima de seu preço referencial ou que pague acima do menor preço obtido depois de finda a



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08 nº 269
ELIZABETH A. S. CUZZIOL
AGPP - RF 547.313.6.00
PGM-AJC

PREF-G, apenas com fundamentos diversos e que reforçam ainda mais o posicionamento de que o "empate ficto" se dá antes da negociação.

Com efeito, o GT acabou acatando as idéias esposadas pela procuradora Lilian da Cunha Soares Simoni a respeito do tema, as quais se encontram a instruir o Processo Administrativo nº 2007-0.082.267-0 e que são a seguir transcritas:

"Em que momento se deve dar o benefício do desempate a favor das ME ou EPP no pregão presencial ? Após o encerramento dos lances (na literalidade da lei) ou após a negociação (encerramento da etapa competitiva) ?

Lei complementar fala no encerramento dos lances e assim o fez, s.m.j., acertadamente. A meu ver é claro que o encerramento dos lances é etapa prévia ao julgamento de aceitabilidade do menor preço e da possível (não obrigatória) negociação (que, nos termos legais, só se dá se o pregoeiro quiser, ou melhor, necessitar obter preço menor).

O artigo 45, diz que ocorrendo o empate do artigo 44 (empate ficto) proceder-se-á da seguinte forma:

inciso 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.

etapa de lances. Isso já seria estabelecer um critério de discrimen que não possui a proporcionalidade necessária para a garantia do princípio da isonomia.

PA 080557 pregão me epp e o empate ficto

110



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08 nº 270

ELIZABETH A. S. GUZZIOL
AGPP - RP 547.313.9.00
PROBAC

Vem o parágrafo terceiro esclarecer que no caso de pregão a apresentação de nova proposta da microempresa ou empresa de pequeno porte deve ser feita após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

A nosso ver, assim o fez porque no pregão a empresa só é declarada vencedora do certame após verificada a habilitação, que se dá após a fase de julgamento de preços (inc. XV do artigo 4º da Lei 10.520/02). Portanto a metodologia do inciso I se presta às licitações nas modalidades convencionais, onde a análise dos preços é o final da licitação.

O parágrafo 3º vem excetuar a modalidade pregão da regra do inciso II do artigo 45, porque se tivéssemos que aguardar a declaração da vencedora nesta modalidade, em havendo o uso do benefício se teria que voltar a fase de habilitação para análise da documentação da ME/EPP, indo contra a celeridade deste procedimento.

No pregão, após o encerramento dos lances, nos termos da legislação vigente, vem a classificação definitiva das propostas. Se ainda pode haver alteração na classificação, ela não é definitiva. Ou seja, se houver microempresa ou empresa de pequeno porte em situação de empate ficto, para fins da classificação definitiva deve ser primeiramente observado o benefício. Portanto, este só pode se dar logo após o encerramento dos lances e antes da classificação definitiva.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08 nº 271

ELIZABETH A. S. CUZZIOL
AGPP - INF 547.313.6.CO
PGM-AJC

O benefício do artigo 44 é um desempate a favor das ME ou EPP. Empates são situações que devem ser resolvidas para fins de classificação (art. 45, §§ 2º e 3º da Lei 8.666/93). No empate convencional, se faz sorteio para fins de classificação. No empate ficto, se utiliza o benefício (ou não) também para fins de classificação.

Assim, no pregão, após o encerramento dos lances, conclui-se a classificação definitiva (que deve ser seguida para fins de contratação), com a definição da proposta classificada em primeiro lugar, no caso do benefício, com o desempate a favor da microempresa ou empresa de pequeno porte.

É este primeiro preço, definido e final, sobre o qual cabe ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da admissibilidade (inc. XI do art. 4º da Lei 10.520/02) e desta análise é que pode surgir ou não a necessidade de negociação (inc. XVII do mesmo artigo legal).

Entender que no pregão só será possível utilizar o benefício após a negociação é o mesmo que dizer que a classificação definitiva é feita sem se observar o empate: analisa-se um preço, negocia-se, mas ao final não é este preço ou esta proposta que será contratada, pois, nesta hipótese, se uma microempresa ou empresa de pequeno porte quiser (e ainda puder) se valer do benefício do desempate, ela será primeira classificada (pelo critério do desempate a seu favor), e, portanto, com a alteração do preço,



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

nº 272

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08

ELIZABETH A. S. CUZZIO
AGPP - RF 517.313.6.00
PGMAJJC

haverá nova classificação, nova análise de aceitabilidade e nova negociação, se for o caso.

Seria, numa licitação convencional, como fazer uma classificação sem perceber a ocorrência de um empate e prosseguir. Depois percebe o empate, faz o sorteio, a empresa preterida ganha e então voltam-se todas as fases subseqüentes.

Destacamos "se ainda puder", pois não é difícil antever que a negociação poderá conduzir o preço da grande empresa vencedora ao limite da exclusão do benefício, com que o se fará letra morta da LC 123 neste aspecto.

Quer nos parecer que o primeiro raciocínio, além de se fundar na letra da lei – encerramento dos lances - é mais lógico e melhor se coaduna com o espírito com que ela foi editada: favorecer as me ou epp.

Caso a competitividade reste comprometida num caso concreto diante do benefício, a negociação com a proponente do menor preço final é de extrema relevância, assim como o é a pesquisa de mercado que deve fundamentá-la, ou seja, se independentemente da utilização do benefício o menor preço alcançado não se mostrar vantajoso para a Administração, aí sim é dever do pregoeiro negociar para conseguir preço melhor e, não o alcançando deverá até desclassificar a proposta, pelo critério da não aceitabilidade.

Não é inoportuno lembrar a importância, primeiro da pesquisa de mercado, que deve ser muito bem feita.

fts



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08 nº 273

ELIZABETH A. S. CUZZIO
AGFP - RF 547.313.8.00
PGM-AJC

Depois, da negociação, que na hipótese sob comento, passa a ter maior importância, pois, se o preço afinal oferecido por uma ME ou EPP se distanciar do preço considerado bom para a Administração ou ela negocia ou não será aceito.

É o mesmo que ocorre quando só há um participante no certame, ou quando as empresas já se negam de antemão a apresentar lances, na mesma metodologia usada antes da LC 123.

Aí passa para o segundo preço e em negociação se chega a um valor bom, como no exemplo do Thiago onde a grande empresa sequer teve oportunidade de dar lances porque a me ou epp já considerando o intervalo de 5% declinou. Agora, em negociação ela poderá chegar a um bom preço sem o risco de perder a contratação em face do privilégio da me ou epp" (p. 173/175).

Ademais, grandes doutrinadores sobre a matéria também se colocaram nesse sentido.

Vejamos o que disse o aclamado Jessé Torres Pereira Junior que, juntamente com Marines Retelatto Dotti escreveu o texto "O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto Federal nº 6.204/07" (in Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, n. 74, ano 7 fev. 2008.)



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08 nº 274

ELIZABETH A. S. CUZZIO
AGPP - PP 047/03/0.00
REMANEJO

"O dispositivo criou espécie de empate ficto, ou seja, reputam-se empatadas as propostas apresentadas pelas entidades de pequeno porte cujo preço seja até dez por cento superior ao menor preço ofertado por empresa de maior porte, nas licitações convencionais da Lei nº 8.666/93, ou até cinco por cento superior, na modalidade licitatória do pregão (presencial ou eletrônico). Para esta última modalidade, o Decreto estipulou o prazo de cinco minutos para o exercício do direito ao desempate, não prevendo, todavia, prazo para a redução da oferta quando se tratar das modalidades convencionais da Lei Geral de Licitações (concorrência, tomada de preços e convite), cuja solução deverá ser regulamentada pelo instrumento convocatório, segundo critério da Administração.

O Decreto nº 6.204/07 não suprimiu o dever de o pregoeiro negociar o menor preço ofertado, que, na hipótese do art. 5º, §4º, inciso I, ocorrerá após a redução da oferta por entidade de pequeno porte. Na hipótese de não-contratação de nenhuma dessas empresas, a negociação se fará com os licitantes remanescentes, na ordem de classificação.

A respeito da negociação, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio do SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais),² expediu regras para a



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

nº 275

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08

ELIZABETH A. S. CUZZIOL
AGFV - REP. PAT. 13.6.00
PGM-AJC

operacionalização do pregão eletrônico, verbis: "a negociação de preço junto ao fornecedor classificado em primeiro lugar, quando houver, será sempre após o procedimento de desempate de propostas e classificação final dos fornecedores participantes;" (grifos nosso).

Com ainda mais ênfase, assim se posiciona Jorge Ulisses Jacoby Fernandes no texto de sua autoria denominado "O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão". (in Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, n. 65, ano 6 maio 2007).

"A norma está corretamente redigida, mas, para interpretá-la e aplicá-la mais facilmente, recomenda-se:

a) nas licitações regidas pela Lei de Licitações e Contratos, nas modalidades convite, tomada de preços e concorrência, cujo critério de julgamento seja o tipomenor preço:

a.1) abrir as propostas e verificar a conformidade do objeto descrito na mesma com os requisitos do edital, desclassificando as propostas desconformes;

a.2) as propostas conformes devem ser submetidas, em seguida, ao exame da compatibilidade de preços com os praticados no mercado legal, como tal



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

nº 276

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08

ELIZABETHA S. CUZZIO
AGPP - RF 547.313.8.00
PGMAJG

entendidos os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública;

a.3) se a proposta de menor preço tiver sido formulada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, considerá-la vencedora do certame.

Embora a norma não seja literal nesse sentido, o atento exame da regra inserta no dispositivo seguinte - art. 45, §2º - revela que o direito de preferência somente ocorre da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte em relação àquelas que não integram essa categoria. Não faz sentido, pretender impor empate técnico entre essas especiais categorias de empresa. A norma deve ser sempre interpretada segundo a sua finalidade.

a.4) se a proposta de menor preço não tiver sido formulada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte estabelecer um intervalo de 10% superior ao valor do menor preço da proposta conforme o edital, dentre as classificadas conforme o edital que apresentem preços compatíveis com o de mercado:

a.5) verificar se nesse intervalo há empresa enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, consultando os licitantes se necessário;



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08 nº 277

ELIZABETH A.C.S. CUZZIOL
AGPP - RF 547.813.6.00
FORMAÇÃO

a.6) existindo, considerar o preço dessa ou dessas, se mais de uma, empatadas com o licitante que ofereceu o menor preço;

Em tais circunstâncias pode ocorrer do empate não ser sequencial, bastando para tanto que as diferenças sejam em percentuais inferiores a 10%. Para melhor compreensão, tome-se em consideração esta hipótese:

- menor preço: R\$10.000,00, licitante não favorecido pelo Estatuto em comento;
- 2º menor preço: R\$10.100,00, licitante favorecido pelo Estatuto em comento;
- 3º menor preço: R\$10.200,00, licitante não favorecido pelo Estatuto em comento;
- 4º menor preço: R\$10.300,00, licitante favorecido pelo Estatuto em comento.

Considerar-se-ão empatados com o primeiro classificado, na dicção do Estatuto, o 2º e 4º classificados.

b) nas licitações regidas pela Lei do Pregão:¹⁴

b.1) os dois primeiros passos são iguais a a.1 e a.2 do exposto em relação as modalidades regidas pela Lei nº 8.666/93;



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em

3 / 9 / 08

nº

228

ELIZABETH A. R. CUZZIOL
AGPP - RF 547.313.6.00
PGM-AJC

b.2) *na seqüência, o legislador não definiu se a proposta de menor preço tiver sido formulada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte dever-se-á considerá-la vencedora do certame ou se dará seguimento a fase lances. A regra prevista no §3º do artigo seguinte, porém, deixa claro que haverá a fase de lances;*

b.3) *encerrada a etapa competitiva de lances, se o lance provisoriamente vencedor não tiver sido formulado por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte estabelecer um intervalo 5% superior ao valor do menor lance;*

b.4) *verificar se nesse intervalo há empresa enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, consultando os licitantes se necessário;*

b.5.) *existindo, considerar o preço dessa ou dessas, se mais de uma, empatadas com o licitante que ofereceu o menor preço.*

É forçoso reconhecer que o licitante-lançador vencedor pode, propositadamente, ao perceber que o segundo colocado está entre os beneficiários da Lei Complementar nº 123/06, dar novo lance, para que o intervalo seja superior a 5%, o que será viável em vários casos.

Por esse motivo, entre outros, é necessário que o direito de preferência se faça antes da fase de negociação. Caso contrário, o licitante poderá, na negociação, abrir um intervalo superior a 5% com o



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08

nº 279
ELIZABETH A.S. CUZZIOL
AGPP - RF 547313.6.00
POMAJC

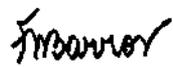
nítido propósito de obstar a eficácia da Lei Complementar nº 123/06.

No pregão, também é possível que no intervalo exista mais de uma empresa e o empate não seja seqüencial, em semelhança ao exposto nas modalidades regidas pela Lei nº. 8.666/93" (grifos nossos).

Tendo, portanto, o GT debruçado-se a respeito da questão e entendido democraticamente em votação qual seria o momento do "empate ficto"; que é princípio da ordem econômica o tratamento favorecido da microempresa e empresa de pequeno porte⁴, e diante do fato de que aceitar a tese contrária seria deitar por terra determinação contida na lei 123/06 (e que apenas observa o princípio da isonomia através do tratamento desigual de desiguais), temos que O EMPATE FICTO DEVE SER AFERIDO ANTES DA NEGOCIAÇÃO, uma vez que o interesse público secundário não pode sobrepor-se ao interesse primário cujos valores estão previstos na Constituição Federal.

Este é o nosso parecer, que submetemos ao crivo de Vossa Senhoria.

São Paulo, /2008.


FLÁVIA MORAES BARROS
Procuradora Assessora - AJC
OAB/SP nº 190.425

PGM

⁴ O que é algo mais amplo do que o ditame do artigo 179 da CF/88.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

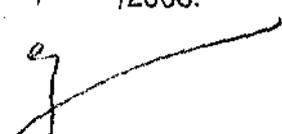
nº 280

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em 3 / 9 / 08

De acordo.

ELIZABETH A. S. CUZZIOL
AGPP - RP 547.313.6.00
PGM-AJC

São Paulo, 01/09/2008.


LEA REGINA CAFFARO TERRA
Procuradora Assessora Chefe - AJC
OAB/SP 53.274
PGM



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Folha de informação

Processo Administrativo nº 2008-0.080.557-3 em

3 / 9 / 08
nº 281

ELIZABETH A. S. CUZZIOL
AGPP-RE 547313.6.00
PGM-AJC

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO: Momento em que se dá o empate ficto previsto na lei 123/06.

Informação nº 1636/2008 - PGM.AJC

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Senhor Secretário

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, com as manifestações da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral, que acompanho, pela ocorrência do empate ficto antes da negociação dos preços, o que inclusive foi objeto de debate e votação pelo Grupo de Trabalho formado para a regulamentação da questão no âmbito da Administração Municipal (PA nº 2008-0.082.267-0).

São Paulo, 3 / 9 / 2008.

CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 98.071
PGM

Do processo administrativo n.º 2008-0.080.557-3

em **15/SET/2008**

(a)

M.F.V.
M.ª FLORA VICTORINO
A.G.P.P. - 650273300
SNJ-G

INTERESSADA: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO: Parecer de Ementa n.º 11.340. Licitações e a Lei Complementar n.º 123/06. O momento do empate ficto previsto no artigo 45 da Lei 123/06 dá-se antes da negociação de preços, sob pena de tornar letra morta o discrimen determinado pela lei em questão e que se coaduna com a previsão constitucional de tratamento favorecido à Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (art. 170, IX) como um dos princípios que deve reger a ordem econômica. Garantia de observância da isonomia pelo tratamento desigual dos desiguais.

Informação n.º 28092008-SNJ.G.

// 1636/2008 - P&M AJC

SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

Senhor Secretário

Retorno o presente processo a essa Pasta, com o parecer de Ementa n.º 11.340 da Procuradoria Geral do Município, que acolho, pela ocorrência do empate ficto antes da negociação dos preços, no mesmo sentido, aliás, da conclusão adotada pelo Grupo de Trabalho constituído, nos autos do processo administrativo n.º 2008-0.082.267-0, para a regulamentação da questão no âmbito da Administração Municipal.

São Paulo, **15 SET 2008**

Ricardo Dias Leme
RICARDO DIAS LEME

Secretário Municipal dos Negócios Jurídicos