



**AO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO CENTRO ESTADUAL DE  
EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA PAULA SOUZA, ESTADO DE SÃO PAULO**

**TOMADA DE PREÇOS N° 01/20**  
**Processo n°629941/20**

A empresa **RNG CONSTRUÇÕES EIRELI**, inscrita no CNPJ sob o n° 12.081.346/0001-40, com endereço comercial na RUA PROFESSOR NOBIL MARCACINI, 39, CASA 86, CEP: 02.998-030, Capital do Estado de São Paulo, vem, mui respeitosamente, apresentar suas

**CONTRARRAZOES AO RECURSO ADMINISTRATIVO**

Interposto pela empresa **DAMO ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES**, o que faz nos termos a seguir aduzidos:

Alega a recorrente que o momento processual para a realização da fase 'empate ficto' criada pela Lei Complementar n° 123/06 seria ao fim da fase comercial, e não após a fase de habilitação do certame.

Equivoca-se profundamente a recorrente que, ainda por cima, tenta induzir essa Administração em erro ao juntar decisões jurisprudenciais que, primeiro, não vinculam esta Administração; e, em segundo, não abordam o cerne da questão, a saber o momento de realização do 'empate ficto'. Isto porque:

Determina a Lei Complementar n° 123/06:

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.

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

CENTRO PAULA SOUZA  
RECEPÇÃO  
R. dos Andradas, 140  
DATA: 25/03/21  
HORÁRIO: 14:19  
RECEBIDO [assinatura]

[assinatura]

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;

§ 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**.

§ 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.

Da leitura do texto da lei, percebe-se que o legislador menciona e considera para fins de marcação do momento para a aplicação do empate ficto a existência de uma proposta VENCEDORA.

Pois bem, segundo a sistemática de propostas invertidas na Tomada de Preços, o certame apenas terá uma proposta VENCEDORA quando a empresa que a ofertou for devidamente HABILITADA.

Sim, porque vencer a fase comercial NÃO SIGNIFICA VENCER O CERTAME, o que somente acontece quando a empresa é classificada em primeiro lugar na fase comercial e possui o reconhecimento da regularidade da sua documentação de habilitação.

Tanto assim o é que quando o legislador quis determinar o empate ficto na fase comercial o fez expressamente no § 3º do art. 45, mencionando que **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.

Assim, o argumento recursal da recorrente apenas possui validade na modalidade PREGÃO, mas não a modalidade Tomada de Preços, em que a declaração do vencedor, e o



reconhecimento da proposta VENCEDORA, apenas acontecem após a fase de habilitação (nos procedimentos com fases invertidas, como no presente caso).

Trata-se de equívoco básico na interpretação da aplicação da legislação.

Em situação congênere, ensina-nos o Prof. Ronny Charles:

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 123/06, **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 sequência das propostas se **identificará uma situação de empate ficto, conforme estabelecido pela LC 123/06.** (Leis de licitações públicas comentadas. 5a ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 796)

Colaciona-se, por oportuno e demonstrando que celeumas acerca da matéria existem, precedente do Tribunal de Justiça do Paraná - TJPR, o qual entendemos ser a interpretação correta do ordenamento jurídico vigente.

[...]A) Ocorrendo o empate ficto nos termos dos arts. 44 e 45 da LC 123/06 (proposta apresentada até 5% superior à melhor oferta), é direito subjetivo da microempresa apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora e assim, ter adjudicado em seu favor o objeto licitado. **B) A verificação da ocorrência de empate ficto deve considerar as propostas "regulares", isto é, de licitantes que podem, efetivamente, ter o objeto do contrato adjudicado para si, conhecíveis, portanto, somente após o julgamento dos recursos eventualmente interpostos contra seus credenciamentos ou habilitações.** c) A exclusão definitiva de 7 das 9 licitantes por força de acolhimento de recurso implica na desconsideração, para quaisquer fins, dos lances por elas ofertados, não havendo que se falar em preclusão da fase de lances verbais para superação de empate ficto só porque, antes da exclusão dos "irregulares", não se configurara tal hipótese.2) AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (TJPR - 5ª C.Cível - AI - 1210982-5 - Cerro Azul - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - - J. 21.10.2014)

No mesmo sentido segue o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no AGTR 110321/PE (0015196-82.2010.4.05.0000), in verbis:

[...]9. **A decisão agravada partiu da premissa de que, mesmo desclassificada a empresa, aquela melhor proposta deveria ser adotada como parâmetro para efeito de identificação de eventual ocorrência de empate ficto futuro**, valendo-se do raciocínio, segundo o qual, ao se distanciar cada vez mais da melhor oferta, mesmo que eliminada do certame, o pregoeiro estaria violando os princípios da igualdade e da melhor proposta para a Administração.

10. É notável a preocupação e a prudência da magistrada de primeiro grau em defesa de princípios elementares do processo licitatório, porém, com todo respeito, **o que se deve ter em foco é a escolha da melhor proposta válida, pois o preço apenas constitui um componente desta.**

11. Portanto, os quatro milhões oferecidos, embora tenham refletido o melhor **preço provisório, a empresa proponente foi desclassificada, e, nessa condição, aquele valor não pode ser computado para nenhum efeito, nem mesmo para fins de parâmetro da ocorrência de empate ficto.**

12. Provimento do agravo de instrumento.

Felipe Ansaloni, escrevendo sobre essa sistemática, assim expõe:

(...) Somente haverá a oportunidade processual para que a MPE faça jus ao direito de desempatar a licitação (arts. 44 e 45), depois que houver a completa análise da habilitação do licitante (que não seja MPE) autor da melhor proposta. Sobre o valor dessa oferta é que deverá ser calculado o percentual legal que caracteriza o 'empate ficto' (...) aplicar as normas do Estado de Minas Gerais *garante maior segurança jurídica* ao procedimento licitatório, haja vista que o percentual (de 5%) é computado sobre o valor de um lance, em geral, exequível; dado por um fornecedor apto (habilitado) a arcar com ele. (ANSALONI, Felipe. A regulamentação do estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte nas compras do Governo do Estado de Minas Gerais: uma alternativa de interpretação e aplicação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, p. 53, fev. 2009.)

Na verdade, a solução da controvérsia posta em recurso é simples, bastando perguntar:

**- Na Tomada de Preços com fases invertidas, a empresa que possuir a proposta mais bem classificada, mas for inabilitada, é a vencedora do certame?**

**A resposta, obviamente é: NÃO !**

Assim, considerando que a Lei Complementar nº 123/06 em seu art. 45, I determina que a microempresa ou empresa de pequeno porte poderá apresentar proposta de preço inferior àquela **CONSIDERADA VENCEDORA DO CERTAME**, fácil será a conclusão de que a Administração licitante procedera CORRETAMENTE no caso em apreço, aplicando o empate ficto apenas após identificar a empresa vencedora originalmente do certame.

Desta forma, com base nos argumentos, doutrina e jurisprudência acima, requer seja o recurso julgado IMPROCEDENTE, mantendo-se o resultado do certame.

Termos em que.

P. Deferimento.

São Paulo, 25 de março de 2021.

  
RNG CONSTRUÇÕES EIRELI