

## ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

### ASSESSORIA JURÍDICA

|                         |   |
|-------------------------|---|
| <b>Tipo de Ato:</b>     | <b>PARER JURÍDICO N.º 042/2023 - ASJUC - MFA</b>  |
| <b>Objeto:</b>          | TOMADA DE PREÇOS N. 003/2023 - RECURSO  |
| <b>Data da Emissão:</b> | <b>12/06/2023</b>   |
| <b>Emissor:</b>         | MARCELO FELIZ ARTILHEIRO  |
| <b>EMENTA:</b>          | PROCEDIMENTO LICITATÓRIO — ATENDIMENTO DO EDITAL — CONDIÇÃO DE MICRO E PEQUENA EMPRESA - BENEFÍCIOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº <u>123/2006</u> — CERTIDÃO DA JUCESC — DOCUMENTO IDÔNEO - CONHECIMENTO DO RECURSO — NÃO PROVIMENTO |

### INTRODUÇÃO - RELATÓRIO

Trata-se de recursos interposto pela empresa J. FERNANDES CONSTRUÇÕES LTDA, contra decisão da Comissão de Licitação que, após habilitação, julgou vencedora do certame a Empresa Ana Cardoso Eireli. Em apertada síntese alega que é microempresa e que não lhe foi garantido o direito do Art. 44, da Lei Complementar n. 123/2006, mesmo existindo o empate ficto.

Sem contrarrazões vieram-me os autos para parecer.

É a relatório, com a síntese necessária.

Presentes os pressupostos recursais, conheço do recurso.

### DO MÉRITO

O recurso atende os pressupostos de admissibilidade. A questão do mérito recursal é condição de Microempresa da Recorrida. A Lei Complementar nº 123/2006 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e definiu em seu texto tais entidades, é o que contido no caput do artigo 3º. Verbis:

**Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:**

Para comprovar sua condição de Microempresa a Recorrida juntou dentre outros documentos de habilitação, a Certidão emitida pela Junta Comercial do Estado de Santa Catarina:

Nos termos da Instrução Normativa n. 36/2017 do Departamento de Registro Empresarial e Integração, tal condição deve ser comprovada por ato de terceiros, no caso, da Junta Comercial.

**“Artigo 3º: A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial.”**

A Certidão emitida pela Junta Comercial é documento que goza de presunção de legalidade e legitimidade e se mostra apta a comprovar a condição da recorrida. Nesse sentido, precedentes:

Texto sem revisão.



## **ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO**

A certidão simplificada da Junta Comercial do Distrito Federal é documento hábil a comprovar a condição de microempresa, nos termos da Lei Complementar 123/2006. ( Acórdão n. 831609, 20140610038817ACJ, Relator: EDI MARIA COUTINHO BIZZI, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Julgamento: 11/11/2014, Publicado no DJE: 13/11/2014. Pág.: 317).

**RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE COBRANÇA. NULIDADE PROCESSUAL. QUALIDADE DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE COMPROVADA. CERTIDÃO SIMPLIFICADA DA JUNTA COMERCIAL. PARTE LEGÍTIMA PARA PROPOR AÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJPR - 1ª TURMA RECURSAL - 0000623-48.2017.8.16.0131 - PATO BRANCO - REL.: JUIZ NESTARIO DA SILVA QUEIROZ - J. 21.03.2018).**

### **DO EMPATE FICTO E O DIREITO DE PREFERÊNCIA**

Cabe destacar que os arts. 44 e 45 da LC 123/06 criaram uma espécie de empate ficto entre propostas ofertadas pelas 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. Eis o teor de ambos artigos:

**Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133, de 2021)**

**§ 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: (Vide Lei nº 14.133, de 2021)**

**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.**



## **ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO**

**§ 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.

É o caso dos autos, o preço apresentado pelo recorrente encontra-se dentro do percentual fixado pela lei, logo, é seu direito apresentar nova proposta. 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 Cívél - 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.



## ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

Sobre o tema o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina tem assim se pronunciado:

**b) Empate ficto:** assim dispõem os arts. 45 e 46 da Lei Complementar n.º 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.

§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.

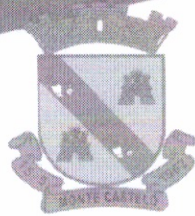
§3º. No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. (BRASIL, 2019b).

A lei cria artificialmente uma situação de empate, por meio da qual se garante a todas as MEs/EPPs (cujas propostas estejam compreendidas dentro do percentual legal), a oportunidade de reduzir sua proposta a um valor inferior àquele ofertado pelo licitante mais bem classificado, quando este não for uma ME/EPP. Do disposto nos comandos normativos colacionados, alinham-se as seguintes conclusões:

- ✓ A verificação quanto à ocorrência de empate ficto se dará diante da proposta até então vencedora do certame, ou seja, em se tratando de Pregão, após a fase de lances.
- ✓ Diante da ocorrência de empate ficto, a ME/EPP mais bem classificada dentro do intervalo percentual (na hipótese de haver mais de uma), terá a oportunidade de "cobrir" o lance da empresa que não seja ME/EPP.
- ✓ Não há uma margem ou limite de redução, de maneira que qualquer valor inferior ao menor preço apresentado, por exemplo, a redução de R\$ 1,00 é suficiente para atribuir à ME/EPP a possibilidade de suceder o licitante anterior na primeira posição do certame.

### CONCLUSÃO

Texto sem revisão.



## ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

### 4.7. COMO SE DÁ A PREFERÊNCIA DE DESEMPATE CRIADA PELA LEI COMPLEMENTAR (FEDERAL) Nº 123/2006 (BRASIL, 2006)?

De acordo com o art. 44 da Lei Complementar (federal) nº 123/06 (BRASIL, 2006), “nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”.

A Lei Complementar (federal) nº 123/2006 (BRASIL, 2006) prevê que serão consideradas empatadas as propostas apresentadas por microempresas e empresas de pequeno porte cujos preços sejam iguais ou até 10% superiores ao preço da proposta mais bem classificada (art. 44, § 1º). No caso de pregão, a diferença de preço poderá ser de até 5% superior ao melhor preço (art. 44, § 2º), tratando-se de um “empate fictício”.

Havendo o empate ficto criado pela lei, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada terá a preferência para apresentar nova oferta, com preço inferior ao registrado na proposta inicial de menor valor. No caso do pregão, a administração deverá conceder a possibilidade desse direito à pequena empresa logo após o encerramento da fase de lances, conforme estabelece o § 3º do art. 45 da Lei Complementar (federal) nº 123/2006 (BRASIL, 2006).

Não há uma margem ou limite de redução, de maneira que qualquer valor inferior ao menor preço apresentado, por exemplo, a redução de R\$ 1,00 é suficiente para atribuir a ME/EPP a possibilidade de suceder o licitante anterior na primeira posição do certame.

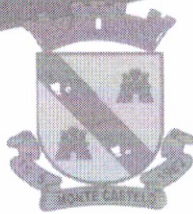
O TCE/SC, no Acórdão nº 1191/2011 (SANTA CATARINA, 2011), entendeu inclusive que a aplicação do direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte independe de previsão no edital, destacando-se a ementa do Voto do Relator:

REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. PRIVILÉGIOS ESTABELECIDOS PELO ESTATUTO DA MICROEMPRESA E DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PUBLICAÇÃO DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. IRREGULARIDADES. MULTAS. DETERMINAÇÃO.

1. Os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte pelos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 (direito de preferência de contratação) independem da existência de previsão editalícia.

Logo assiste razão a recorrente, que inequivocamente tem o direito subjetivo de apresentar novas propostas. Destarte, o escopo de licitação é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, notadamente, quanto aos valores. Também não se pode ignorar que o Art. 146 da Constituição Federal garantiu as microempresas e para as empresas de pequeno porte, tratamento diferenciado e favorecido, de forma que ignorar o direito da recorrente seria ignorar a própria Constituição.

Texto sem revisão.



**ESTADO DE SANTA CATARINA  
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO**

**Art. 146. Cabe à lei complementar:**

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

*Ex positis*, OPINA-SE:

- a) Pelo CONHECIMENTO do recurso, para no mérito lhe dar PROVIMENTO, de forma a garantir a recorrente o direito subjetivo de apresentar nova proposta.

**É o Parecer.**

***Sub censuram.***

**Remeta-se ao Chefe do Poder Executivo com os aplausos de estilo.**

Monte Castelo- SC, segunda-feira, 12 junho de 2023.

MARCELO FELIZ  
ARTILHEIRO

Assinado de forma digital por  
MARCELO FELIZ ARTILHEIRO  
Dados: 2023.06.12 15:00:33  
-03'00'

**MARCELO FELIZ ARTILHEIRO**  
**Assessor Jurídico**  
**OAB/SC 16.493**

**DECISÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA**

*Acolho o pronunciamento da Assessoria Jurídica (Parecer nº 042/2023 – ASJUC - MFA), nos termos nele expostos e de acordo com a fundamentação esposada, para conhecer do recurso e no mérito lhe dar provimento. Em consequência, determino o retorno dos autos a Comissão de Licitação para que oportunize a Recorrente o direito de apresentar nova proposta. Após, processe-se o certame.*

*Comunique-se,  
Publique-se,  
Arquive-se.*

Monte Castelo – SC, 12 de junho de 2023

**JEAN CARLO MEDEIROS DE SOUZA**  
**PREFEITO**

Texto sem revisão.