



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
CONSULTORIA JURÍDICA**

Processo nº 8513007-91.2018.8.06.0000

Assunto: Recurso administrativo interposto pela empresa NOVEX CONSTRUÇÕES LTDA. ME, 2ª classificada na Concorrência Pública nº 05/2018, em face da decisão da Comissão Permanente de Licitação que declarou a empresa SALINAS EMPREENDIMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA., vencedora do referido certame.

PARECER

Em evidência, recurso administrativo interposto pela empresa NOVEX CONSTRUÇÕES LTDA. ME, 2ª classificada na Concorrência Pública nº 05/2018, em face da decisão da Comissão Permanente de Licitação que declarou a empresa SALINAS EMPREENDIMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA., vencedora do referido certame.

Sustenta a recorrente, em suma, que o resultado da licitação está eivado de ilegalidade, diante da inobservância, no presente caso, do disposto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, que asseguram o direito de desempate às entidades de menor porte (ME e EPP), quando suas propostas forem iguais ou até 10 (dez por cento) superiores à da entidade de médio ou grande porte mais bem classificada na disputa.

Contrarrazões às fls. 2.315/2.318.

Encaminhados os autos à Comissão Permanente de Licitação, esta se manifestou, preliminarmente, pela inadmissibilidade do recurso administrativo, porque manifestamente intempestivo e, no mérito, verificando a pertinência da questão aventada, entendeu por bem encaminhar os autos esta Consultoria Jurídica (fls. 2.322/2.324).

Eis um breve relatório. Cumpre-nos opinar.

Preliminarmente, entendemos que assiste razão à Comissão Permanente de Licitação quando diz que o recurso administrativo interposto pela empresa NOVEX CONSTRUÇÕES LTDA. ME, 2ª classificada na Concorrência Pública nº 05/2018, não deve ser conhecido neste azo, porque manifestamente intempestivo, *in verbis*:

O requisito da tempestividade, em sentido estrito, parece insatisfeito, vez que foi declarada vencedora a recorrida SALINAS EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA., conforme publicação em caráter provisório, no DJe do dia 11.02.2019 (fl. 2.287), quando oportunizado a todos os interessados prazo legal prescrito no art. 109 da Lei Nacional n. 8.666/93, referente ao interm de 5 (cinco) dias úteis, nos quais não houve manifestação e tampouco interposição de recurso administrativo, vindo este ser interposto no dia 26.02.2019, quando já havia passado 5 (cinco) dias da homologação do certame, em 21.02.2019.

Destarte, à luz de tais considerações, estando mais do que evidenciada a intempestividade do recurso administrativo, temos que sua incognoscibilidade é, *concessa maxima venia*, medida que se impõe sobremaneira no presente caso.

Não obstante isso, a inobservância, na hipótese dos autos, do tratamento legal diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte se enquadra, a nosso ver, como questão de ordem pública, que deve ser reconhecida, de ofício, pela Administração do TJ/CE, com fulcro no princípio da autotutela, para restauração da legalidade da licitação, com a anulação dos atos viciados e reabertura da etapa de desempate ficto, prevista nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

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.

A partir da leitura dos dispositivos legais acima citados, extrai-se que há empate ficto, em concorrência pública, quando as propostas apresentadas pelas entidades de menor porte (ME e EPP) porte forem iguais ou até 10 (dez por cento) superiores à da entidade de médio ou grande porte mais bem classificada no certame licitatório.

Ora, foi exatamente isso o que ocorreu *in casu*, em que a diferença entre a proposta da empresa SALINAS EMPREENDIMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA., 1ª classificada, e a da empresa NOVEX CONSTRUÇÕES LTDA. ME, 2ª classificada, não desborda do limite previsto no art. 24, §1º, da Lei Complementar nº 123/2006.

Assim, considerando que houve empate ficto e que não foi observado o disposto na Lei Complementar nº 123/2006, inexistente dúvida de que o resultado da Concorrência Pública nº 05/2019 se encontra eivado de ilegalidade, impondo-se à Administração do TJ/CE o dever reconhecê-la de ofício, com fulcro no princípio da autotutela, para anular os atos praticados *contra legem* e reestabelecer o direito violado.

Sobre o assunto, não é outra a orientação dos nossos tribunais, ex vi:

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR – PERDA DO OBJETO – REJEIÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO LICITATÓRIO – PROPOSTA DE PREÇO – EMPATE FICTO (ART. 5º, § 1º DO DECRETO Nº 8.538/2005, ART. 44, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006) – OCORRÊNCIA – EMPRESA DE PEQUENO PORTE – GARANTIA DE APRESENTAÇÃO DE NOVA PROPOSTA – INTELIGÊNCIA DA CLÁUSULA Nº 9.9.3 DO CERTAME, ART. 5º, § 4º, I, DO DECRETO Nº 8.538/2005 E ART. 45, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 – DESCUMPRIMENTO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DAS LEIS QUE REGEM A MATÉRIA – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CONCESSÃO DA SEGURANÇA – SENTENÇA MANTIDA – DEMAIS MATÉRIAS DO RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADAS. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a superveniente adjudicação do objeto licitado não implica a perda do objeto

na ação em que se alegam nulidades no procedimento licitatório. 2. Consoante o art. 5º, § 1º do Decreto nº 8.538/2005 e art. 44, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço. 3. Considerando a ocorrência do empate ficto e que não foi observada a cláusula nº 9.9.3 do Processo Licitatório nº 54/2016 - Concorrência nº 08/2016, art. 5º, § 4º, I, do Decreto nº 8.538/2005 e art. 45, I, da Lei Complementar nº 123/2006, que impõem tratamento diferenciado à Empresa de Pequeno Porte, com a garantia de apresentação de nova proposta, forçoso o reconhecimento da violação de direito líquido e certo da impetrante. 4. Havendo ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, concede-se a segurança para determinar a suspensão do Processo Licitatório nº 054/2016, Concorrência nº 08/2016, tornando sem efeito a homologação, a adjudicação, a contratação da empresa vencedora, bem ainda a desclassificação da impetrante. 5. Sentença mantida. 6. Prejudicadas as demais matérias do recurso voluntário. (TJMG – Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0000.16.042590-6/003, Relator: Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, Julgamento em 04/12/2018, publicação da súmula em 06/12/2018).

Isto posto, somos pelo não conhecimento do recurso administrativo interposto pela empresa NOVEX CONSTRUÇÕES LTDA. ME, porque intempestivo.

Entendemos, porém, que a não observância, na hipótese dos autos, do tratamento legal diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte se enquadra como questão de ordem pública e, como tal, deve ser reconhecida, de ofício, pela Administração do TJ/CE, com fulcro no princípio da autotutela, para restauração da legalidade da licitação, com a anulação dos atos viciados e reabertura da etapa de desempate ficto, prevista nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006.

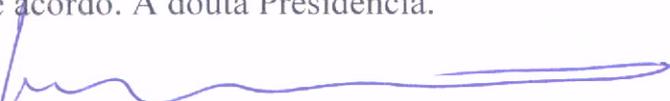
É o Parecer. À superior consideração.

Fortaleza/CE, 20 de março de 2019


Alexandre Diogo de Saboya Cruz

Assessor Jurídico

De acordo. À douta Presidência.


Luis Lima Verde Sobrinho

Consultor Jurídico



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GABINETE DA PRESIDÊNCIA**

Processo nº 8513007-91.2018.8.06.0000

Assunto: Recurso administrativo interposto pela empresa NOVEX CONSTRUÇÕES LTDA. ME, 2ª classificada na Concorrência Pública nº 05/2018, em face da decisão da Comissão Permanente de Licitação que declarou a empresa SALINAS EMPREENDIMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA., vencedora do referido certame.

R.h.

Aprovo o parecer, que desta decisão passa a ser integrante.

Não conheço, pois, do recurso administrativo, porque intempestivo.

Reconheço, porém, de ofício, a ilegalidade do resultado da Concorrência Pública nº 05/2018, por ofensa ao disposto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, ao tempo em que determino a anulação dos atos praticados *contra legem* e a reabertura da etapa de empate ficto, para efeito de assegurar, *in casu*, o tratamento legal diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte.

À Comissão Permanente de Licitação do TJ/CE para providências.

Exp. nec.

Fortaleza-CE, 20 de março de 2019

Desembargador WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAÚJO
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

