



**NOTA DECOR/CGU/AGU N.º 215/2007- PCN**

**PROCESSO N.º 00453.000025/2007-60.**

**PROCEDÊNCIA: NAJ/AL**

**INTERESSADO: Núcleo de Assessoramento Jurídico em Maceió/AL.**

**ASSUNTO: Lei Complementar n.º 123/06.**

Senhor Coordenador - Geral,

Por meio do Memorando n.º 20/2007 – NAJ/CGU/AGU/AL, de 16 de fevereiro de 2007, a Coordenadora do NAJ/AL solicita orientações a respeito da aplicação da Lei Complementar n.º 123/2006, que alterou a Lei de Licitações estabelecendo nos § 2º do art. 44 e o § 3º do art. 45 um empate fictício.

2. Encaminhado os autos a Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para prestar os esclarecimentos técnicos pertinentes ao caso, este apresentou a NOTA/MP/CONJUR/JAR/N.º 1.111 – 4.1.3/2007, a qual encaminhou os autos para a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI daqueles órgãos.
3. A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação juntou aos autos cópia da Nota Técnica n.º 45/2007/DLSG-SLTI-MP encaminhado ao NAJ Porto Alegre, na qual aborda a temática no parágrafo n.º 48.
4. A Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, após a obtenção das informações técnicas necessários para o deslinde da questão, apresentou o Parecer/MP/CONJUR/JAR/n.º 0601-4.2/2007.
5. É o relatório

## - II -

6. A controvérsia apresentada decorreu dos questionamentos do Chefe do SELOG/SR/DPF/AL, Fernando Ferras, que por meio de mensagem eletrônica enviada ao Gerente Substituto do Ministério do Planejamento, assim indagou:

“Esta unidade está elaborando um Pregão Eletrônico para a contratação de serviços de transporte mobiliário para atender aos servidores removidos; quando do envio do processo para que nós o adequássemos à LC n.º 123/06 (microempresas e EPP’s)

Porém, há algumas questões com referência à operacionalização, especialmente no que diz respeito ao Pregão Eletrônico, nas quais necessitaríamos de um posicionamento desse MPOG, como por exemplo:

Art. 45, III: como proceder ao sorteio na forma eletrônica? (necessitamos, mesmo que não venhamos a nos utilizar deste recurso, definir regras claras no edital, segundo os princípios que norteiam a licitação pública);

- art. 45, parágrafo 3º: prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento de lances microempresa ou EPP mais bem colocada, segundo os critérios da nova lei, apresentar nova proposta (teremos que olhar, no sistema, todas as empresas que estão dentro do critério de valor estabelecido e identificar quais as microempresas e as EPP’s, realizar o sorteio, se for o caso, e acionar a vencedora para o envio de nova proposta).

Portanto, solicitamos o posicionamento desse MPOG para que possamos dar prosseguimento ao processo de aquisição.”

7. Em resposta, o Ministério do Planejamento manifestou-se nos seguintes termos:

“1. O sorteio não deve ser aplicado no pregão, pois é incompatível com a natureza do procedimento que não admite empate (o lance que foi encaminhado primeiro prevalece)

2. O prazo de 5 minutos não é para a Administração, mas sim para o licitante que, quando convocado para apresentar nova proposta, terá o prazo de 5 minutos para tanto “.

8. O Núcleo de Assessoramento Jurídico de Maceió-AL, que em processos desse teor já havia se manifestado pela adequação dos editais de pregão eletrônico às diretrizes traçadas pela Lei Complementar n.º 123/2006, discordou das informações prestadas pelo MPOG, suscitando a presente divergência:

Ocorre que não concordamos com o afirmado pelo Técnico do Ministério do Planejamento, primeiro porque a Lei Complementar é posterior à Lei que instituiu o Pregão; Segundo porque se trata de uma Lei Complementar que, para a interpretação de alguns, teria uma ascendência em relação à Lei Ordinária e terceiro, porque o § 2º do art. 44 da novel Lei, é expresso quanto à aplicação na modalidade Pregão.

9. Nesse cenário, destacam-se alguns pontos a serem abordados a fim de dirimir a presente controvérsia: 1) aplicabilidade das alterações implementadas pela Lei Complementar n.º 123/2006, em relação à legislação que disciplina a licitação e o pregão eletrônico e 2) operacionalização dessas modificações.

## *Da aplicabilidade das alterações implementadas no procedimento de licitação pela Lei Complementar n.º 123/2006*

10. O pregão é uma “*modalidade de licitação pública destinada a contratos de aquisição de bens ou de prestação de serviços, ambos considerados comuns, cujo julgamento das propostas antecede a fase de habilitação, admitindo que os licitantes ou parte deles renovem as suas propostas oralmente (...) Existem dois tipos de pregão: o presencial e o eletrônico. No primeiro, os licitantes podem estar todos presentes fisicamente, numa determinada sessão, em que os procedimentos são realizados. No segundo, no eletrônico, o processamento do pregão dá-se basicamente através da utilização da tecnologia de informação, a distancia, isto é, sem a presença física dos licitantes, que encaminham as suas propostas e participam do certame valendo-se da Internet*”<sup>1</sup>.
11. A Lei Complementar n.º 123/2006 ao dispor sobre o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), introduziu sistemática diferenciada no processo licitatório envolvendo essas espécies de empresas. O tratamento dispensando as ME e EPP vêm sendo questionado por alguns juristas, sendo certo que ainda haverá muita discussão a respeito do assunto.
12. Deixando essas discussões de lado, o que o legislador pretendeu ao estabelecer regras diferenciadas foi permitir que as ME e EPP pudessem concorrer de forma equilibrada com as demais empresas. A Constituição Federal de 1988 ampara esse discrimen ao dispor em seu artigo 170, inciso IX: “*tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sobre as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país*”. Adiante, no art. 179, estabelece que: “*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei*”.
13. A Nota Técnica n.º 45/2007/ DLSG-SLTI-MP, de 26 de abril de 2007, ao tratar sobre o assunto dispôs:
7. Justificam-se as disposições Constitucionais que amparam o tratamento favorecido as MPE’s, já que estas são as grandes responsáveis pelo emprego e o desenvolvimento econômico do país, como demonstra a pesquisa realizada pelo Sebrae, em conjunto com o IBGE, no “Boletim Estatístico das MPE’s”, do 1º semestre de 2005, que constata que as MPE’s geram 6 vezes mais empregos do que as médias e grandes empresas (empregos

<sup>1</sup> P. 23. NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. Editora Zênite. Curitiba:2006.

gerados/participação PIB), respondem por cerca de 67% dos empregos e representam 99,% das empresas formalmente estabelecidas no Brasil, embora esses dados variem conforme os critérios utilizados para a definição da condição de micro em pequena empresa. Além destes fatores, soma-se a grande vulnerabilidade das PME's que estão submetidas a uma competição com grandes empresas consolidadas e mais bem estruturadas, e que chegam a utilizar práticas desleais de competição, como dumping ou a formação de cartéis. Desta competição desigual, e em alguns casos desleal, é que se verifica, tendo como base os dados das Juntas comerciais, que 50% das MPE's que começaram a funcionar em 2002, fecharam até o início de 2004.

8. Portanto, as MPE's encontram-se em situação de desequilíbrio real na competição com as grandes e médias empresas, seja pela menor escala de produção, o que aumenta os custos, a menor capacidade logística ou a menor estrutura administrativa, não contando com apoio jurídico ou mesmo de equipe técnica preparada para participar de licitações. Este desequilíbrio de competitividade das MPE's em relação às médias e grandes empresas nas licitações estão efetivamente comprovado nos dados (SIASG) referentes às compras públicas do Governo federal, em que, embora as MPE's representem 99,% (IBGE) das empresas constituídas no país e 50% das empresas cadastradas no Sistema Unificado de Cadastramento de Fornecedores do Governo Federal – SICAF, elas participam em menos de 10% do valor licitado no ano de 2006.

14. Sob o pálio dos aspectos ressaltados pelo Gerente Substituto da EPPGG, Rafael Setúbal Arantes transcritos acima, deduz-se que não há qualquer inconstitucionalidade na referida lei.
15. No que pertine a aplicabilidade das inovações introduzidas no procedimento licitatório pela Lei Complementar n.º 123/2006, trazem-se os argumentos jurídicos apresentadas pelo Advogado da União José Antonio Rodrigues Santiago, no PARECER/MP/CONJUR/JAR/N.º 0601 – 4.2/2007:

9. O art. 37 inciso XXI da Constituição Federal estabelece que, salvo exceções criadas por lei, as obras e serviços, compras e alienações da Administração pública serão precedidas de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos concorrentes, estabelecendo que essa disciplina será feita "... nos termos da lei". Por outro lado, o artigo 146, inciso III, alínea "d" dispõe que "Cabe à lei complementar" definir tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, relativamente a normas gerais em matéria de legislação tributária.

10. Já o artigo 170 da referida carta, no seu inciso IX, prescreve que a ordem econômica terá como princípios, dentre outros, "o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.", mais à frente, no art. 179, estabelece que "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

11. Como se vê, no que se refere às normas sobre tratamento diferenciado as microempresas e empresas de pequeno porte, a Constituição Federal somente remeteu à categoria de Lei Complementar a matéria relacionada com normas gerais tributárias, ficando as demais reservadas ao disciplinamento por meio de lei ordinária.

(...)

14. Embora dispensável, ainda como reforço dessa regra, o próprio legislador do novo estatuto microempresarial em apreço, no seu artigo 86, faz questão de expressar essa situação inserindo a seguinte disposição.

*“Art. 86. As matérias tratadas nesta Lei Complementar que não sejam reservadas constitucionalmente a lei complementar poderão ser objeto de alteração por lei ordinária”.*

15. Dessa forma, para o presente caso há de se compreender que embora o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte tenha sido disciplinado na Lei Complementar n.º 123/2006, por força do disciplinamento constitucional, de Lei Complementar não se trata. Assim, no que se refere às normas gerais de licitação contempladas pela Lei Complementar n.º 123/2006, por serem materialmente lei ordinária, possuem a mesma natureza e hierarquia das Leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520/2002.

16. Quanto à vigência das normas contidas na Lei Complementar n.º 123/2006, o seu artigo 88 estabeleceu forma diferenciada de início de vigência, definiu pro futuro, a partir de 01 de junho de 2007, aquelas relativas ao novo regime de tributação, e vigência imediata, a partir da publicação, para as demais matérias ali tratadas, de forma que as normas gerais sobre o regime diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, em procedimento de licitação, entraram em vigor na data da publicação, ou seja, 15 de dezembro de 2006, veja:

*“Art. 88. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, ressalvando o regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, que entra em vigor em 01 de julho de 2007”*

17. Tendo em vista a vigência a partir de 15 de dezembro de 2006 das novas normas gerais de licitação e contrato trazidas pela lei em referência e a inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, a verificação de possível conflito com as normas de licitação já existentes se resolve pela aplicação de regra do direito intertemporal nos termos da Lei de introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n.º 4.657, que no seu art. 2º prescreve:

*“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.*

*§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.*

*§2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”*

18. A lei Complementar n.º 123/2006, na parte que estabelece disposições gerais sobre licitações e contratos para microempresas e empresas de pequeno porte, não regula inteiramente a matéria sobre licitações, expressamente não declara a revogação de

nenhuma disposição das Leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520/2002, e , no que se refere ao tratamento diferenciado que disciplina, s.m.j., apresenta compatibilidade com as demais normas do ordenamento jurídico, de forma que não se vislumbra revogação de nenhuma regra de licitação, pelo contrário, constata-se que referida Lei Complementar trouxe uma complementação ao ordenamento jurídico sobre o assunto.

16. Posto isto, é de se concluir que as regras de licitação que concedem tratamento diferenciado as MME's (arts. 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/2006), por se tratar de norma posterior e específica em relação às Leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520/2002, encontram-se plenamente vigentes e aplicáveis.

### ***Da operacionalização das alterações implementadas no procedimento de licitação pela Lei Complementar n.º 123/2006.***

17. A respeito das inovações introduzidas pela Lei Complementar n.º 123/2006, no que pertine as licitações em que participem Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, importa transcrever os seguintes artigos da referida lei:

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.

18. Dentre as modificações implementadas pela referida lei, o que suscitou a presente consulta foi o disposto no parágrafo segundo do art. 44 e no inciso III do art.45.
19. O art. 44 da Lei Complementar n.º 123/2006 estabeleceu um empate fictício ao determinar que haveria empate quando as propostas oferecidas por microempresas e empresas de pequeno porte fossem até 10% (dez por cento) superior à proposta mais bem classificada e , no caso de pregão, até 5% (cinco por cento) superior.
20. De acordo com o escólio do Professor Marçal Justen Filho, em seu livro “O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas”<sup>2</sup>,“(…) o “*empate*” configurar-se-á quando houver mais de uma proposta com idêntico valor. Mas *propostas se enquadre num determinado limite percentual. Produz-se, desse modo, uma ficção de empate, na medida em que, sob o prisma aritmético, não existe igualdade de valores....*”.
21. A situação delineada pela lei somente tem sua razão de ser quando a proposta mais bem classificada não for apresentada por ME ou EPP, pois neste caso referida empresa seria considerada vencedora. É o que dispõe o § 2º do artigo 45, da citada lei. Sendo assim, somente no caso da melhor proposta não ter sido apresentada por ME ou EPP é que serão aplicados os procedimentos de desempate disciplinados nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/2006.
22. A Nota Técnica apresentada pelo EPPGG- Gerente Substituto Rafael Setúbal Arantes, na Nota Técnica n.º 45/2007/DLSG-SLTI-MP, analisou a situação nos seguintes termos:

45. Para a identificação das MP's,os instrumentos convocatórios devem exigir que as MPE's forneçam declaração de que cumprem com os requisitos estabelecidos na LC n.º 123, de 2006, sob as penas da lei. No pregão eletrônico, a declaração deve ser

<sup>2</sup> Marçal Justen Filho. O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. Ed. 2007, p. 63.

encaminhada como anexo à proposta e deverá ser mantida em sigilo até o encerramento da fase de lances, quando acontece a identificação dos licitantes. Encerrada a disputa, em qualquer modalidade de julgamento tipo menor preço (a preferência não é aplicável nas licitações tipo técnica e preço), deverá ser concedido o direito de cobertura previsto nos artigos 44 e 45, caso se apresentem as condições previstas nestes artigos, quais sejam:

- a) participação de MP's;
- b) Não seja uma licitação com participação exclusiva de MPE's;
- c) A 1ª colocada não é uma MPE o consorcio de MPE's;
- d) Existência de 1 ou mais MPE's dentro do intervalo de empate ficto (proposta até 5% superior em relação ao menor preço, no Pregão e 10% nas demais modalidades).

46. No pregão, o prazo a ser concedido para que a MPE melhor classificada possa cobrir a oferta do 1º colocado será de 5 minutos por item licitado, ressaltando-se que o prazo é para o licitante e não para o pregoeiro, devendo a convocação ser realizada via Chat no pregão eletrônico, enquanto as alterações no sistema do governo federal não forem concluídas. Nas demais modalidades, o prazo e a forma do procedimento deverão ser estabelecidos no Edital, proporcionais à complexidade e vulto do objeto.

47. Há um equívoco técnico no parecer NAJ ao entender que cometeu “o legislador a impropriedade técnica de indicar que o prazo tem início com o encerramento de lances, quando se sabe que na forma eletrônica do pregão, nesta etapa, ainda não é possível identificar quem são os participantes do certame”(p.8). Ao contrário do que coloca o referido parecer, não houve impropriedade alguma do legislador, já que após o encerramento dos lances o sistema já possibilita a identificação dos licitantes. Destacamos que a não identificação dos licitantes só permanece até o momento do encerramento dos lances, ainda que o decreto n.º 5.450, de 2005, no § 5º do artigo 24 tenha previsto, impropriamente, a não identificação dos licitantes durante toda a sessão pública, o que inviabilizaria a aceitação e habilitação, procedimentos que integram a sessão pública e necessitam da identificação do licitante para serem realizados.

48. Já em relação ao inciso III do artigo 45, entendemos que este se aplica de forma limitada ao Pregão, já que é preciso fazer uma interpretação teleológica do dispositivo, que tem por finalidade determinar a ordem em que será dado o direito de preferência em situações de empate real. Determina o referido inciso III que: no caso de equivalência dos valores (empate real) apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 (empate ficto) será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta. **Esclarece-se que no âmbito do Pregão, a equivalência de valores em situação de igualdade real entre licitantes só é possível em relação às propostas iniciais, e não na disputa de lances, já que os lances iguais são classificados conforme a ordem em que foram apresentados, prevalecendo o que foi encaminhado primeiro.** Tal procedimento é essencial à própria disputa de lances, que poderia restar frustrada caso lances equivalentes fossem considerados como iguais. **Assim, só caberá o sorteio quando houver duas ou mais propostas iguais de MPE's, em situação de empate real, e nenhum lance tenha sido realizado pelos licitantes.** Apenas nesta situação existirá equivalência de valores em igualdade de condições entre duas MPE's, e que será solucionada com a aplicação do inciso III do art. 45.

23. Dessume-se do exposto que o contido no § 2º do art. 44 deve ser utilizado para verificar a existência do empate fictício, ou seja, com a finalidade de, após a classificação dos lances no pregão (comum ou eletrônico), identificar quais ME e EPP's apresentaram lance de até 5% superior ao melhor preço (devendo este não ter sido oferecido por ME ou EPP).
24. Feita esta identificação, abre-se a possibilidade para que a ME ou EPP mais bem classificada apresente nova proposta no prazo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances. Havendo apresentação de proposta inferior àquela considerada vencedora do certame, o objeto licitado será adjudicado em favor da ME ou EPP. Caso não seja apresentada nova proposta no prazo legal ocorrerá a preclusão desse direito.
25. Precluindo o direito da ME ou EPP mais bem classificada, a faculdade inserta no inciso I do art. 45 da Lei Complementar n.º 123/2006 transfere-se para as demais ME ou EPP cujas propostas obedeçam ao percentual de até 5% superior ao melhor preço. A partir deste momento, referidas EPP ou ME serão convocadas subsequente para apresentarem nova proposta, obedecendo-se rigorosamente a ordem de classificação.
26. Na hipótese de alguma ME ou EPP apresentar proposta inferior àquela considerada vencedora, será adjudicado o objeto licitado em seu favor. Esclareça-se, por oportuno, que as EPP ou ME com classificação pior somente serão chamadas a apresentar nova proposta no caso da sua antecessora (melhor classificada) não exercer o direito previsto no inciso I e no §3º do art. 45 da Lei Complementar n.º 123/2006 .
27. No caso de nenhuma ME ou EPP situada na margem de 5%, apresentar nova proposta inferior àquela considerada vencedora, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.
28. A respeito do procedimento previsto nos arts. 44 e 45 da LC n.º 123/2006, cumpre ainda esclarecer a aplicabilidade de sorteio para desempate de ME e EPP que tenham apresentado propostas idênticas no caso do pregão. Com efeito, pode ocorrer que as EPP e ME situadas na margem de 5% da proposta considerada vencedora tenham apresentado propostas iguais (empate real). Essa situação de empate real prevista no inciso III, do art. 45 da LC n.º 123/2006 somente se apresenta cabível quando tenha havido ausência absoluta de lances no fase competitiva do pregão, posto que a legislação disciplinadora do pregão comum não permite que lances idênticos sejam ofertados nessa fase. Com relação ao pregão eletrônico, a legislação

disciplinadora determina que prevalecerá o lance que tiver sido recebido e registrado primeiro no sistema eletrônico.

[DECRETO Nº 5.450, DE 31 DE MAIO DE 2005.](#) (Pregão eletrônico)

Art. 24. Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, quando então os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

§ 4º Não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro.

[DECRETO Nº 3.555, DE 8 DE AGOSTO DE 2000.](#) (Pregão comum)

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

VIII - em seguida, será dado início à etapa de apresentação de lances verbais pelos proponentes, que **deverão ser formulados de forma sucessiva, em valores distintos e decrescentes;**

29. Sendo assim, nesta situação não se demonstra possível a ocorrência de empate real, vez que, repise-se, os lances de valor idêntico, quando aceitos, serão classificados de acordo com a ordem de apresentação. Nesse contexto, no pregão o sorteio de desempate somente é cabível quando tenha havido ausência absoluta de lances na fase competitiva.
30. Por fim, no que pertine às adequações técnicas a serem implementadas nos sistemas *Comprasnet* e *SICAF* a fim de que estes se adequem a nova sistemática da LC n.º 123/2006, a Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão informou às fl.s 33 dos autos assim se manifestou:

Parecer/MP/CONJUR/JAR/N.º 0601-4.2/2007

(...)

7. Quanto aos demais procedimentos operacionais para aplicação da Lei Complementar n.º 123/2006, na parte relativa a licitações e contratos, em reunião realizada entre esta CONJUR e aquela área, ficou esclarecido que tanto o SCAF quanto o Compras net estão recebendo aprimoramento para adequação os novos procedimentos, e que, além disso, está em fase adiantada a elaboração da minuta do decreto que irá regulamentar o assunto.

(...).

31. Do exposto conclui-se:

- a) Com relação à aplicação do inciso III, do art. 45, da LC n.º 123/2006 ao pregão, entende-se que somente é cabível no caso de ausência absoluta de lances na fase competitiva do pregão. Na hipótese de terem sido formulados lances na fase competitiva do pregão, não se aplica referido dispositivo legal, haja vista que o § 4º do art. 24 do Decreto n.º 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico determina que *“não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro”*. De modo semelhante, o inciso VIII, do art. 11, do Decreto n.º 3.555/2000, que regulamenta o pregão comum, determina que na fase competitiva *“será dado início à etapa de apresentação de lances verbais pelos proponentes, que deverão ser formulados de forma sucessiva, em valores distintos e decrescentes”*.
- b) Com relação à aplicação do § 3º, art. 45, da LC n.º 123/2006 ao pregão, entende-se que referido dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a EPP e ME mais bem classificada que foi convocada para apresentar nova proposta inferior à da empresa considerada vencedora, terá o prazo de 5 minutos para fazê-lo, sob pena de preclusão desse direito. Caso haja preclusão, essa prerrogativa transfere-se para a ME e EPP com a segunda melhor classificação, e assim sucessivamente, até que alguma apresente proposta inferior. Havendo proposta inferior formulada por EPP ou ME o objeto licitado será adjudicado em seu favor. Na hipótese de não haver nova proposta, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora. Sendo assim, o prazo de 5 (cinco) minutos é deferido ao licitante e não à Administração, e terá início no do momento em que o licitante tiver sido convocado para apresentar nova proposta.

Estas as ponderações que entendemos necessárias.

Brasília/DF, 26 de junho de 2007.