

BREVE RELATO DE UM CERTO DESASSOSSEGO SOBRE A DIFERENÇA DE PERCENTUAIS DO EMPATE FICTO PARA AS ME/EPP NA LEI 14.133/2021

Igor Mascarenhas

A Lei complementar 123/2006 prevê o tratamento jurídico diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte quando da participação em licitações. Nos certames, as ME/EPPs possuem benefícios e vantagens que estão disciplinados nos artigos 42 a 49.

Dentre os benefícios estão a apresentação posterior de documentos na fase de habilitação e a preferência pelas ME/EPP em caso de empate. Há ainda a criação de um empate fictício, que de acordo com os artigos 44 e 45, acontece quando houver uma diferença do valor proposto entre a primeira colocada (empresa não enquadrada) e as demais ME/EPP subsequentes que estejam enquadradas num percentual de até 10% acima da melhor classificada.

Este percentual de 10% é aplicado à concorrência e fica reduzido a 5% quando a modalidade é o pregão.

Assim diz a Lei Complementar 123/3006:

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.**

O objetivo deste escrito é realizar uma análise da adaptação destes percentuais à Nova Lei de Licitações, visto que foram pensados para outros regimes jurídicos de contratações públicas.

Inicialmente, cumpre destacar que a Lei Complementar 123/2006 fora publicada ainda sob a vigência das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, A primeira trazia entre outras a modalidade Concorrência e vinculava as modalidades ao valor, enquanto a segunda, instituiu o Pregão como modalidade, que estava vinculado à natureza do objeto.

Em abril de 2021 foi sancionada a nova Lei de Licitações, 14.133/2021, extinguindo as modalidades convite e Tomada de Preços, mantendo da Lei

8.666/93, apenas a modalidade concorrência. A modalidade Pregão, regida anteriormente pela Lei 10.520/05, também foi mantida na Nova Lei de Licitações.

Ocorre que as diferenças primordiais existentes entre as modalidades deixou de existir no novo instituto, que em seu Art. 29, diz que as modalidades pregão e Concorrência seguirão rito procedimental comum. Este dispositivo altera toda a lógica de aplicação do empate ficto trazido pelo art. 44 da LC 123, que diferencia os percentuais de empate entre as modalidades Pregão e Concorrência.

Para entendermos a lógica do instituto do empate ficto, precisamos revisitar o rito procedimental da Concorrência e do Pregão que existia nas normas revogadas.

A concorrência era realizada de forma presencial e o licitante apresentava dois envelopes, um com a documentação de habilitação e outro com a proposta de preço (quando processada por menor preço). Abria-se inicialmente o envelope de habilitação e após esgotados os recursos, abria-se o envelope de proposta das licitantes habilitadas.

Aberto o envelope, as propostas passavam por análise de admissibilidade, estabelecendo-se a classificação final apenas com as propostas válidas. O valor da proposta era único e definitivo, ou seja, não havia disputa de lances. Neste momento era aplicado o instituto do empate ficto entre a primeira colocada não enquadrada e as demais ME/EPP subsequentes.

Por outro lado, no Pregão, que também era realizado na forma presencial, havia a apresentação de propostas também em envelopes e, diferente da concorrência, abria-se primeiro o envelope de proposta, que passava pela primeira análise de admissibilidade. O Pregão, no entanto, previa a existência de lances entre as propostas válidas. Porém, o critério de elegibilidade para a participação na etapa de lances era o seguinte: iam para esta fase a licitante que apresentou a melhor proposta válida e todos os outros cuja proposta estivesse com uma diferença de até 10% da primeira.

Caso não houvesse pelo menos 3 empresas nesta situação, iriam para a fase de lance, os autores das melhores propostas até o máximo de três.

A Lei 10.520/02 (REVOGADA) assim dispunha:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos

lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

A classificação final era estabelecida após o término da disputa dos lances e apenas neste momento era aplicado o instituto do empate ficto do Art. 44 da LC 123, já transcrito.

Expostos os diferentes ritos da Concorrência e do Pregão nos regimes jurídicos anteriores, surge o seguinte questionamento: O que justifica a diferença de percentual do empate de 10% para a Concorrência e 5% para o Pregão na LC 123/06?

Estima-se que a diferença de percentual se deve exatamente à diferença entre os ritos! Explico.

Como na Concorrência os preços apresentados nos envelopes eram únicos e definitivos, havia uma maior perspectiva de as propostas apresentarem grandes variações de valores entre elas, ou seja, a chance de os valores propostos estarem mais distantes um do outro era maior.

No pregão, havia a disputa de lances e, como dito, o critério de elegibilidade para esta disputa era exatamente um ponto de corte de 10%, ou seja, iam para a fase de lances a primeira colocada e todas as que estivessem até 10% acima dela. Assim, Diante desta perspectiva, já no início, todas as licitantes que disputariam os lances estariam originalmente enquadradas também no empate ficto. É certo que poderia haver, ao final da disputa, uma diferença que superasse os 10%, porém com chance muito menor ou quase inexistente desta ocorrência.

Assim, escolheu o legislador reduzir o percentual de empate para 5% nesta modalidade.

Dito isto, surge mais um questionamento: Se na Nova Lei o rito procedimental das duas modalidades citadas é igual, o que justificaria a manutenção desta diferença de percentual?

Bem, para responder esta pergunta, é necessário analisar quais elementos da Nova Lei se assemelham aos ritos procedimentais das normas revogadas.

Inicialmente, cumpre destacar que na Nova Lei, há a necessidade da realização dos procedimentos em sua forma eletrônica. Dentro desta perspectiva de licitações eletrônicas, podemos vincular os ritos procedimentais das Leis revogadas aos **modos de disputa** no novo regramento.

O rito da Concorrência na Lei 8.666/93 vincula-se ao modo de disputa fechado trazido na Lei 14.133/21, enquanto o rito do pregão da Lei 10.520, vincula-se aos modos de disputa que possuam a oferta de lances, podendo ser o modo aberto de forma pura ou sua combinação ao modo fechado, podendo ser aberto e fechado” ou “fechado e aberto”.

Este último é o que se assemelha exatamente ao do rito do pregão da 10.520/02 (menor proposta mais os que se enquadram nos 10%).

Ora, se o modo “fechado e aberto”, como no rito anterior, tende a aproximar o valor final das propostas, o modo “aberto e fechado” e o “aberto” usado isoladamente têm poder ainda maior, já que nestes, todos os licitantes podem ofertar lances.

Ocorre que, como dito anteriormente, o rito procedimental na 14.133/21 é igual para a Concorrência e o Pregão, incluindo a necessidade da oferta de lances na Concorrência, quando o critério de seleção for o de “menor preço” ou “maior desconto”.

Assim, a resposta à pergunta sobre a diferença de percentuais entre a Concorrência e o Pregão na Nova Lei deve passar necessariamente pelos modos de disputa.

Ocorre que, de acordo com o Art. 56, §1º, quando a disputa acontece por menor preço ou maior desconto, é **vedada** a aplicação isolada do modo de disputa “fechado”, ou seja, na Concorrência, quando a disputa for por menor preço ou maior desconto, haverá, **necessariamente**, a disputa de lances.

Assim, conclui-se logicamente que não deveria haver divergência do percentual de empate ficto entre as duas modalidades (10% para Concorrência e 5% para Pregão) quando o critério de seleção seja o de menor preço ou maior desconto!

Resta saber qual seria a melhor solução para este impasse: manter apenas o percentual de 10%, ampliando a vantagem das micro empresas e empresas de pequeno porte e gerando eventuais prejuízos às empresas não enquadradas; manter apenas o percentual de 5%, equiparando todas as modalidades com lance ao Pregão da Lei 10.520/02; estabelecer um percentual intermediário (entre 6% e 9%), que melhor reflita a realidade imposta pela Lei 14.133/2021.

Esta, no entanto, é uma disposição da LC 123 que não pode simplesmente ser ignorada, sob pena do cometimento de vício de legalidade.

Deste modo, resta aguardar ou provocar uma atualização dos dispositivos da LC 123 para contemplarem a nova realidade das contratações ou, num exercício de imaginação, buscar soluções mais céleres que talvez passem por uma interpretação da própria lógica da Lei 14.133/21 que trouxe, **desnecessariamente**, a existência do Pregão e da Concorrência como modalidades, visto que são exatamente iguais!

Mas este é um tema para o próximo artigo.