

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.

Comentários de Irene Patrícia Nohara

A preferência de contratação em caso de empate ficto não significa, conforme mencionado, que a microempresa ou a empresa de pequeno porte que se enquadrar nos percentuais dos parágrafos do art. 44 simplesmente sairá vencedora da licitação. Na realidade, a exegese do artigo em comento é clara no sentido de que será facultado à pequena empresa mais bem classificada apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame.

Assim, o favorecimento em caso de empate implica na possibilidade de a pequena empresa alterar sua proposta para valor inferior ao ofertado pela empresa

licitante que venceria a licitação, o que já lhe dá substancial vantagem, pois se ela exercer essa faculdade, terá adjudicado em seu favor o objeto licitado.

Expõe Marçal Justen Filho¹ que a Lei Geral incorpora, mas de forma a favorecer às micro e pequenas empresas, uma tendência da evolução legislativa da disciplina das licitações, qual seja, permitir alterações na proposta originalmente formulada.

Na Lei nº 8.666/96 a alteração das condições propostas era facultada inicialmente apenas para a licitação de melhor técnica, conforme previsão contida no art. 46, § 1º, II e III. Há também a possibilidade de apresentação de nova proposta, estendida a todos os licitantes, diante da chamada licitação fracassada, isto é, circunstância em que todos os licitantes são inabilitados ou todas as propostas são desclassificadas, de acordo com o que reza o art. 48, § 3º, da Lei de Licitações, com redação da Lei nº 9.648/98.

A Lei nº 8.987/95 permitiu em seu art. 15, VII, acrescentado também pela Lei nº 9.648/98, que no julgamento de licitações para concessões de serviços públicos comuns seja considerado o critério da melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. Posteriormente, a medida foi institucionalizada por meio do pregão, que prevê a etapa dos lances, sendo também utilizada nas parcerias público-privadas, de acordo com o art. 12, II, *b*, da Lei nº 11.079/04.

Note-se, porém, que a possibilidade de redução da proposta tal qual preconizada pela Lei Geral não se estende indiscriminadamente, mas ocorre apenas para microempresas e empresas de pequeno porte que entrem, em vantagem com relação às demais, na faixa do empate ficto, sendo vedado às empresas “comuns” que participam da licitação pretender exercitar a mesma faculdade.

Esclareça-se que a faculdade somente é dada às pequenas empresas que se encontram na faixa percentual do artigo anterior e que elas a exercem uma por vez, em ordem de classificação, isto é, da primeira melhor proposta enquadrada no percentual em diante, para que não haja competição, isto é, novos lances entre as microempresas e empresas de pequeno porte, pois em caso de equivalência dos valores apresentados ocorre o sorteio entre elas, para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

Se a primeira classificada ou a sorteada, em caso de empate, der lance em valor inferior ao da empresa vencedora, que, por óbvio, não é microempresa nem empresa de pequeno porte, será adjudicado em seu favor o objeto licitado. A empresa que formulou a proposta originalmente vencedora assistirá passiva ao deslinde do favorecimento do art. 45 da Lei Geral, sendo-lhe assegurada adjudicação direta apenas se não houver microempresas e empresas de pequeno porte enquadradas no percentual do empate ficto, ou indireta, se aquelas enquadradas não quiserem exercitar o direito de oferecer proposta de preço inferior ao seu.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 73.

O problema mais grave do dispositivo, em nossa opinião, é que é dado à pequena empresa melhor classificada dentro do percentual do empate ficto oferecer nova proposta *depois* de saber do valor da proposta vencedora, o que, na prática, fere o princípio da livre competição² e, na maioria dos casos, não significará substancial melhora na contratação, porquanto se a proposta vencedora for de 100, o pequeno empresário não será ingênuo (dentro da ótica lucrativa) de reduzir sua proposta para muito menos do que 99,9, isto é, o mínimo suficiente para lhe garantir a vitória em relação ao autor da proposta inicialmente selecionada.

² É uma pena que o art. 45 da Lei Geral não tenha tido um dispositivo semelhante ao inciso III do art. 49, cuja aplicação se restringe aos artigos 47 e 48. O inciso mencionado tem o efeito de afastar naquele âmbito favorecimentos que não forem vantajosos para a Administração Pública.