

PREFEITURA DE SÃO JOAQUIM DA BARRA-SP



Setor de Secretaria

Protocolo 000002680 / 2023

EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL

RECURSO

ENCAMINHA VIA E-MAIL RECURSO ADMINISTRATIVO
AO PREGAO PRESENCIAL Nº 51/2023

16/10/2023

2023



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.
Departamento Jurídico

AO senhor **PREGOEIRO OFICIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOAQUIM DA BARRA - SP.**

Referência: 051/2022 - PMSJB. Processo Licitatório; PREGÃO PRESENCIAL Nº

N.º <u>2680/23</u>
RECEBIDA EM <u>36</u> DE <u>10</u> DE <u>23</u>
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOAQUIM DA BARRA-SP

EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda.
EPP, empresa regularmente inscrita no CNPJ/MF sob nº 13.081.547/0001-00, com endereço e contatos constantes em timbre, por seu Advogado constituído (*ut* instrumento procuratório em anexo), vem perante Vossa Senhoria, Pregoeiro Oficial, para, com fulcro no art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, art. 4º e art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93 e art. 12 do Decreto Federal nº 3.555/00 e, ainda, no item 6 do Edital do certame, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

ao Edital de **PREGÃO PRESENCIAL Nº 051/2023**, que trata de “**SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO – VALE-ALIMENTAÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO PARA AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS CREDENCIADOS, CONFORME ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES DO TERMO DE REFERÊNCIA QUE INTEGRAM ESTE EDITAL, MAGNÉTICO OU DE TECNOLOGIA SIMILAR, PARA OS SERVI-**

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
85.055-000 - Guarapuava-PR
(42) 3622-0493 Whatsapp de suporte ao cliente: 42988054663
contato@livpay.com.br
juridico@livpay.com.br

DORES QUE PRESITAL COMO ANEXO I”, pelos motivos de fato e de direito que, articuladamente, passa a expor:

frente às equivocadas e ilegais decisões deste Pregoeiro Oficial, que concluiu:

- 1) pela realização de sorteio, com a inclusão de todas as empresas participantes, como meio definidor da vencedora, em flagrante detrimento do direito de preferência para contratação das microempresas participantes, inclusive da LivPay, ora Representante;
- 2) pelo ato de declaração de vencedora e adjudicação do objeto à empresa ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA.

tudo isso conforme disposto em ATA DE SESSÃO PÚBLICA no processo licitatório regido pelo suso mencionado edital de PREGÃO PRESENCIAL Nº 51/2022.

I – Dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejam a reforma da decisão administrativa e do resultado do julgamento

A LivPay, microempresa ora Recorrente, participou do processo licitatório em questão, pois é atuante na área objeto do certame, com comprovada experiência nas searas privada e pública.

Importante frisar que a ora Recorrente, em momentos anteriores, já havia esclarecido e protestado no que tange à realização do indigitado sorteio entre todas as empresas, independente das condições jurídicas, sendo que V. Senhoria, na condução do

procedimento, conforme se verá adiante, persistiu em trilhar o caminho da ilegalidade e da desconformidade!

No mais, a renitência de Vossa Senhoria na aplicação de preceitos legais, mesmo após tomar ciência pelos apelos do Representante Legal da Recorrente no transcurso da Sessão, bem como em impugnações das demais licitantes em sede impugnatória, inequivocamente descamba para a improbidade, eis que negou vigência e obstaculizou a aplicação da legislação regente, notadamente para fins de frustrar procedimento licitatório, conforme será abordado a seguir.

Pois bem, a ora Recorrente ao participar e tomar conhecimento, com os fatos narrados no documento *Ata (Registro e Classificação da Proposta Escrita)*, de lavra deste Pregoeiro Oficial, viu-se na condição de **não ter reconhecida a sua condição legal de microempresa -e preferente para a contratação**, eis que as propostas de todas as empresas foram idênticas (taxa de administração de 0%), mas que, por outro lado, **o sorteio -por mandamento legal, frise-se, deveria ser circunscrito somente às micro e pequenas empresas** participantes!

A questão posta, bem como a ilegal decisão, foram transcritas, como susodito, na *Ata de Sessão Pública*.

Conforme se extrai da leitura da manifestação, inúmeros foram os descompassos e ilegalidades cometidos, a iniciar pelo desprezo dos mandamentos legais, em especial dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, a realização de sorteio que incluiu todas as empresas participantes, e, ainda, a **inusitada realização do pregão no modo presencial!** Tais condutas são graves, mas ainda podem ser remediadas com o acatamento e provimento do presente Recurso, visando trazer à legalidade a condução do presente certame!

Quanto à **modalidade presencial**, esta já há muito tempo é **severamente reprovada pelas cortes de contas**, a não ser que haja motivo devidamente justificado – o que também não se encontrou nos autos! Demais disso, certamente o pujante Município de São Joaquim da Barra e sua competente administração pública detém

condições técnicas e ligação com a rede mundial de computadores que habilitem a realização de certames de forma eletrônica! A esse respeito ainda, a Nova Lei de Licitações (art. 12, VI) prevê expressamente a modalidade eletrônica, até por razões elementares!

Há que se destacar que o contexto fático exposto no presente certame licitatório amolda-se à situação de empate, demandando, portanto, a utilização dos critérios –legais– de desempate. Tais critérios foram previstos nos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, sendo que todas as decisões tomadas por V. Senhoria e equipe de apoio estão destoantes e contrariando todo esse arcabouço normativo!

Pois bem, a divergência surgida na supramencionada sessão (*critério de preferência de desempate para microempresa*) poderia ter resolvida de plano, eis que subsume-se perfeitamente à literais disposições legislativas, que não demandariam quaisquer sombras de dúvidas acerca de sua aplicabilidade.

Não obstante, explanando didaticamente, como sobreveio o **empate em 0% (zero por cento) nas propostas de taxa de administração** (situação, inclusive, previsível) observa-se que **apenas a LivPay, ora Recorrente, estava devidamente credenciada como microempresa** e, portanto, **apta a usufruir dos critérios de desempate** suso referenciados.

Com o empate -real- entre todas as participantes, não haveria dúvidas que o desempate se daria em favor das micro e pequenas empresas participantes, com a realização de sorteio somente entre essas; **não há opção diversa**, conforme expressa determinação dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006.

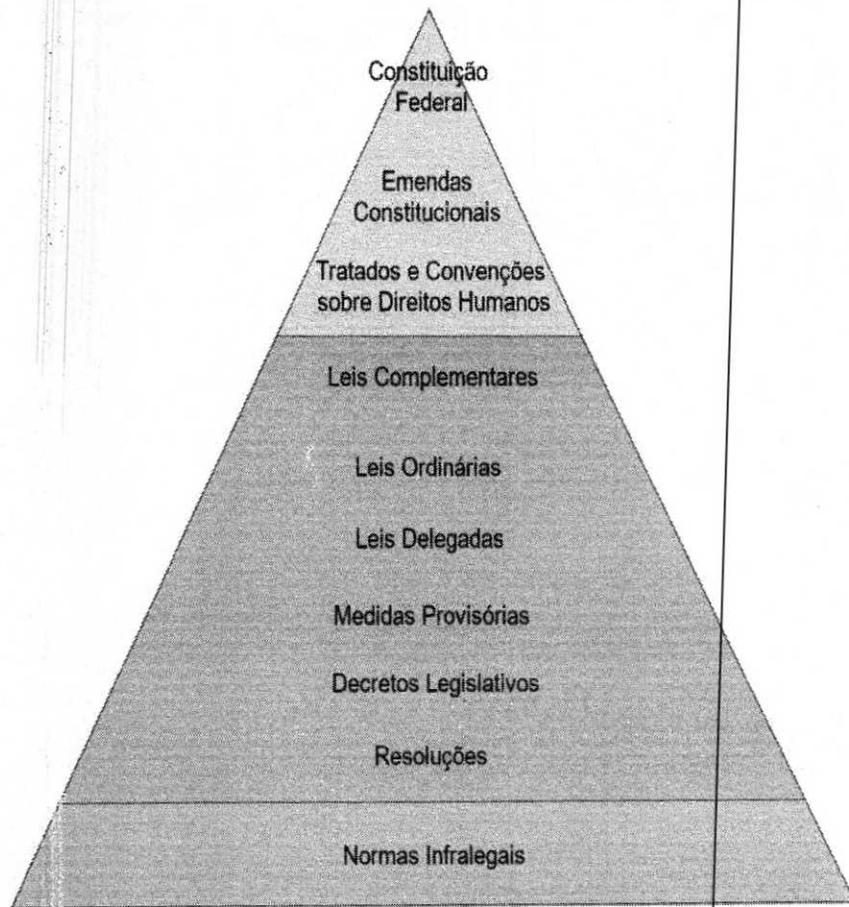
A consabida existência de impedimentos legais para a oferta de taxa de administração negativa; sendo que houve a estabilização das propostas em 0% (zero por cento) não havia como a LivPay ofertar percentual menor, até mesmo existindo a impossibilidade técnica para tal, uma vez que o próprio sistema eletrônico não permitia!

Com as propostas finais no mínimo legal admitido, sobressai-se a obrigação legal de preferência para a contratação das micro e pequenas empresa participantes do certame, com o sorteio entre elas, isso independentemente da oferta de nova proposta.

Não pode haver óbice à concessão do tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte, conforme estabelecido nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006!!! A preferência para a contratação é preceito constitucional (art. 146, III, "d", art. 179, entre outros, da CF), o qual restou regulado pela susodita Lei Complementar.

A realização do sorteio desvirtua a política pública constitucional de apoio e incentivo a essas entidades e ofendem a Constituição e a Lei Complementar nº 123/2006, instrumento jurídico superior (eis que obedece comando constitucional) que regulamentou as condições do tratamento privilegiado às ME's/EPP's.

Saliente-se que o mundo jurídico é composto por várias normas e comandos normativos, sendo que, baseados nos ensinamentos do jusfilósofo Hans Kelsen, assim é definida a hierarquia:



Conforme didaticamente exposto, nenhuma norma inferior **jamais** **poderá se opor ou sobrepôr à ditames estipulados em lei complementar, no caso, a LC nº 123/2006**, uma vez que se encontra em degrau normativo superior! Trata-se de hermenêutica elementar, curial!

Útil ainda rememorar que a competência para legislar sobre normas gerais é da União, conforme a Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
 85.055-000 - Guarapuava-PR
 (42) 3622-0493 Whatsapp de suporte ao cliente: 42988054663
contato@livpay.com.br
juridico@livpay.com.br

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Logo, os Estados, Distrito Federal e municípios não poderão legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, pois esta competência legislativa lhes é vedada. Poderão, isso sim, legislar sobre normas especiais. E quais são as normas gerais? São os princípios da licitação, modalidades e tipos de licitação, hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, **preferência legal de contratação**, entre outros. Evidenciado está que qualquer outro ente federado não poderá produzir uma lei que venha a contrariar as normas gerais, pois, assim, seria inconstitucional – e a multifalada lei estadual não o fez, submetendo-se às normas gerais já no seu artigo primeiro!

Assim, **resta esclarecido que V. Senhoria está empreendendo uma interpretação normativa errática**, pois **pretende fazer prevalecer norma inferior (edital) sobre superior (lei complementar)**, o que **certamente será corrigido, agora, com o inequívoco conhecimento dessa situação**.

Note-se que as **disposições legislativas que determinam as regras de desempate a ser utilizadas implicam em elementar cumprimento de dever legal, não estando ao alvedrio de se fazer ou não fazer!**

Assim sendo, com o intuito de colaborar com V. Senhoria e distinta equipe de apoio, discorre-se, a seguir, acerca das disposições legais aplicáveis ao caso, que **não podem levar à conclusão diversa senão à da imperiosa anulação do sorteio e da consequente escolha da empresa ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. como vencedora do certame, eis que tal decisão afronta a lei e não será tolerada!**

1.1. Da condição de microempresa apresentada pela Recorrente

A microempresa Recorrente anexou, em sede de habilitação, toda a documentação necessária e exigida para o certame licitatório.

Notadamente, em relação ao **credenciamento**, fase crucial para o desenlace da questão em debate, a ora **Recorrente foi devidamente identificada e enquadrada no regime de microempresa**, conforme previsto no **item 11.7.2 do Edital**, assim como apresentando documentação que **comprovou inequivocamente a condição em comento**, nos termos da Lei!

O Edital regulador do processo licitatório assim se refere no tocante à habilitação de empresas para o certame e o direito de preferência à contratação:

5.1.1. Para o credenciamento deverão ser apresentados os seguintes documentos:

f. Para as microempresas e empresas de pequeno porte, a firma deverá apresentar, JUNTAMENTE COM O CREDENCIAMENTO, Certidão da Junta Comercial Estadual de que é ME ou EPP, ou declaração sob penas da lei, de que usufrui do benefício da "Lei Complementar n.º 123/2006" - Declaração de Enquadramento (modelo anexo IX).

Há ainda o documento de Anexo X **DECLARAÇÃO DE ENQUADRAMENTO NA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006.**

Ora, afinal, com o sorteio entre todas as empresa, independente de seu porte jurídico, acabou por tornar inócua a exigência documental acima, até por ser notório que as propostas em certames da espécie são sempre em empate, em vista da vedação legal de taxas negativas!

Conforme anexado nos documentos de credenciamento da pequena empresa Recorrente, constam todos os requisitados pelo instrumento convocatório, mais

especificamente para atender a questão *sub examine*, sendo, portanto, **apta a usufruir dos benefícios legais de preferência.**

Logo, o que ocorreu no **juízo de certame**, ao se **desprezar o direito de preferência à contratação** e o consequente sorteio entre todas as participantes, repise-se, apresenta-se como **descumprimento de dever legal e frustração da licitação!**

Já as temerárias decisões de V. Senhoria, **que se configuram em atitudes que têm como consequência o desrespeito ao próprio Edital e, mais grave, à lei**, eis que, da análise da documentação apresentada, **a condição de microempresa da Recorrente e o consequente direito à preferência de contratação é nítida!**

Não é demais repisar que a **preferência de contratação é preceito constitucional, não estando sujeito ao arbítrio do julgador do certame licitatório sua observância ou não!**

É certo que a ninguém é lícito alegar desconhecimento da lei para não cumpri-la, maiormente a quem possui atribuição de condutor de contratações públicas!

Portanto, **é direito líquido e certo da Recorrente ter sua condição de microempresa respeitada e a incontestada contratação, pois inafastavelmente apta a usufruir da preferência legal estatuída pela LC nº 123/2006 .**

II. DAS QUESTÕES LEGAIS, DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

2.1. Da preferência legalmente estatuída para a contratação de empresas de pequeno porte -EPP e microempresas -ME

18

Até o advento da Lei Complementar nº 123/2006, **conhecia-se como critérios de desempate entre propostas de preços, na fase de seu julgamento, apenas as regras dispostas nos incisos do parágrafo 2º, do artigo 3º; e no parágrafo 3º, do artigo 45, todos da Lei n.º. 8.666/93**, ou seja: a) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa de capital nacional; b) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa instalada no país; c) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa brasileira; **d) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa que incentive o desenvolvimento tecnológico no país**; e, d) em último caso, o sorteio.

A Constituição Federal já havia previsto as condições de prevalência, favorecimento e preferência de contratações para as pequenas empresas:

TÍTULO VII
 Da Ordem Econômica e Financeira
 CAPÍTULO I
 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, **observados os seguintes princípios:**

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

No entanto, somente com a **Lei Complementar (LC) nº. 123/2006**, que instituiu o **Estatuto da Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP)**, houve a **concretização do mandamento constitucionalmente insculpido, surgindo um novo critério**, quando verificada a participação no certame de ME ou EPP, com o seguinte delineamento normativo:

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.

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.** (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

O empate existirá mesmo que não se observe uma igualdade numérica entre as propostas. Assim, também existirá empate, logicamente que ficto, se a proposta classificada em segundo lugar estiver em um valor enquadrado no intervalo de até cinco por cento superior que a classificada em primeiro lugar, desde que aquela detenha a qualificação jurídica de ME ou EPP.

No caso em tela, há que se destacar que **a proposta inicial apresentava empate entre todas as concorrentes**, sendo que, **por mandamento legal**, o **desempate ocorreria pela preferência legal de contratação da microempresa participante**, qual seja, a ora Recorrente!

Veja-se que o Diploma das Licitações, qual seja, a Lei nº 8.666/93, assim previu os critérios de desempate:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos

§ 2º Em igualdade de condições, **como critério de desempate, será assegurada preferência**, sucessivamente, aos bens e serviços:

(...)

§ 14. **As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.**

(grifos e destaques artificiais)

Por outro lado, há que se destacar as expressões constantes dos textos legais, "**será assegurada preferência**", no que se refere ao art. 3º da Lei de Licitações, e, ainda, "**deverá ser assegurado**", grafada no *caput* do artigo 44, da LC n.º. 123/2006, os quais não deixam margem de dúvida que o **critério de desempate em tela se constitui em direito subjetivo**, que **não pode ser subtraído ao livre arbítrio dos entes licitantes**. Aliás, fica igualmente claro que a **Administração Pública é o sujeito passivo** desse direito ao critério preferencial de desempate, que tem como **sujeito ativo as ME's e EPP's**.

Nesta toada, apresenta-se correto afirmar que as ME's e EPP's são possuidoras do direito a terem assegurado o critério de desempate nos moldes estabelecidos nos artigos 3º da Lei de Licitações, assim como do artigo 44, da LC n.º. 123/2006, como meio de preferência na contratação com o Poder Público. Esta **garantia genérica tem aplicabilidade incondicional, não podendo ser negada pela Administração Pública condutora do certame**, nem mesmo quando omitida no termo editalício. **Trata-se de direito subjetivo das MEs e EPPs que subjuga a administração licitante, bem como se impõe frente às empresas normais.**

As expressões legalmente transcritas "**será assegurada preferência**" e "**deverá ser assegurado**", indica uma **incondicional obrigação da Administração Pública em prever e respeitar tais critérios** nos instrumentos convocatórios de suas licitações. Esta norma traduz-se também em regra que estabelece uma **vinculação cogente para a Administração Pública e seus agentes executores**, como o é esta **Pregoeira Oficial**, que, por conseguinte, **deixam de dispor de discricionariedade para decidir** se a estabelece ou não no instrumento convocatório do certame e, como é o caso, **se aplica ou não para efetivar um desempate!**

Nunca é demais lembrar a introdutória lição de José Eduardo Faria (in: FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 2007. pg. 115 e 116.), quando cita Hohfeld e Carlos Santiago Nino sobre o clássico conceito de direito subjetivo:

"[...] Hohfeld, jurista norte-americano, descreve o **direito subjetivo** de três pontos de vista: *a) como direito strictus sensu, direito de exigir; b) como liberdade, ou privilégio; c) como imunidade.* A relação de direito é sempre entre três termos: duas pessoas e um objeto (ação, omissão, fato ...). Assim teremos: *a) direito de A contra B (em que B está obrigado por um dever de agir ou omitir-se de agir): o direito de A é também um poder sobre B, que não tem liberdade naquele caso; b) liberdade de A com relação a B, se B não tiver direitos contra A, ou seja, se B não tiver direito/poder sobre a ação de A, mas A tiver poder de exigir algo de B (uma omissão); c) imunidade: A é indiferente a B.*

"[...] Carlos Santiago nino lembra que a **expressão ter direito pode significar:** (a) liberdade, (b) permissão, (c) **garantia**, (d) privilégio, (e) atribuição, (f) faculdade, (g) poder, (h) possibilidade, e ainda mais outras tantas coisas."

A **preferência em empate ficto** se verifica quando a proposta de uma MP ou EPP supera em até 10% o valor daquela de menor valor (desde que tenha sido apresentada por um licitante que não se qualifique como ME ou EPP). Essa margem é reduzida para **5% quando se tratar de pregão**. Nesse caso, a LC nº 123 considera existir um empate e assegura à ME ou EPP a faculdade de formular um lance de desempate.

Referencie-se que, **no caso em debate, sequer houve proposta a maior, mas idêntica!**

Ressalte-se que esses dois benefícios incidem em qualquer licitação de tipo menor preço, independente de previsão explícita no ato convocatório.

Portanto, ante a leitura das disposições legais e editalícias suso transcritas, **é inegável o direito da ora Recorrente em ter preferência para contratação**, tanto pela

aplicação do que dispõe a lei e o Edital, o **que NÃO foi efetivado, pois a realização do sorteio se deu entre todas as participantes do certame! Assim sendo, agiu mal -e contrário aos ditames legais- Vossa Senhoria e a equipe de apoio!**

2.2. Das decisões das Cortes de Contas e Poder Judiciário que substratam e bem fundamentam o presente arrazoado

Não obstante estarmos diante de decisão de objetivo cumprimento legal, eis que a previsão é tão **crystalina** pela preferência de contratação das microempresas, não é demais trazermos decisões judiciais que se debateram por tais questões, apta a estribar as presentes razões recursais.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TCESP, em caso idêntico ao ora em debate, assim se pronunciou:

Processo: TC-001648.989.23-4.

Representante: M&S Serviços Administrativos Ltda., por seu sócio administrador Marcos Sartori.

Representada: Prefeitura Municipal de Santa Bárbara D'Oeste.

Responsável: Rafael Piovezan, Prefeito.

Assunto: Representação formulada contra o Edital do Pregão Presencial n.º 47/2022, Retificação – II, Processo Administrativo n.º 286-03-07/2022, que objetiva a contratação de empresa para prestação de serviços de

gerenciamento e administração de auxílio-alimentação para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, por meio da implantação e operação de um sistema informatizado e integrado, com utilização de cartão de pagamento microprocessado ou com tecnologia superior.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. EMPATE REAL DE PROPOSTAS. MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. DIREITO DE PREFERÊNCIA. APLICAÇÃO. PRECEDENTE. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO.

De início, impende consignar que, configurando-se o chamado “empate real/próprio”, situação passível de ocorrer em razão da vedação editalícia à oferta de taxa de administração negativa, com consequente possibilidade de apresentação de “taxa zero” por todas as interessadas, o subitem 8.12.2.2. do ato de chamamento5 estipula a aplicação do direito de preferência às micro e pequenas empresas em detrimento das demais com as quais tenha empatado, nos moldes do artigo 3º, § 14º, da Lei n. 8.665/19936 e sem necessidade de realização do sorteio.

Essa previsão impugnada, nos moldes do parecer do Ministério Público de Contas, está em consonância com o artigo 44 da Lei Complementar n.º 123/2006 e com o tratamento favorecido fixado no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal, tal como já decidido por esta Corte em Sessão Plenária de 15/02/2023, nos autos dos TC-001304.989.23-9 e TC-001305.989.23-8, em voto de relatoria do e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, cujo excerto é de oportuna transcrição:

Inexiste motivo para dissentir das conclusões expostas na instrução dos autos.

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
85.055-000 - Guarapuava-PR
(42) 3622-0493 Whatsapp de suporte ao cliente: 42988054663
contato@livpay.com.br
juridico@livpay.com.br

De rigor a observância dos benefícios constitucionais e legais instituídos às micro e pequenas empresas, com a consequente manutenção do dispositivo editalício que assegura a seleção tão somente dessas sociedades para desempate em caso de igualdade de propostas entre as licitantes.

Também assiste razão à defesa da municipalidade ao defender a incidência do artigo § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 na hipótese de empate das ofertas comerciais entre empresas de maior porte, não sujeitas às regras da Lei nº 123/06.

Permanecendo a igualdade, haverá a sucessiva aplicação do artigo 45, § 2º, da citada Lei de Licitações, consoante, aliás, expressamente nele disciplinado.

Ainda neste caso, verifica-se que, em não havendo micro e pequenas empresas na situação em testilha, mas permanecendo o empate real entre as demais empresas, serão adotados os critérios de desempate preconizados no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, consoante teor do próprio subitem 8.12.2.2 do instrumento.

Ademais, como se extrai do artigo 45, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 1993, somente “No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo”, o que deverá ser observado pela Administração por ocasião do processamento do certame, ante o teor do subitem 10.1 do ato de chamamento 11.

Desta feita, nos moldes das manifestações técnicas e do Ministério Público de Contas encartadas aos autos, estando o subitem 8.12.2.2 em conformidade com a ordens legal e constitucional vigentes, não prospera a crítica tecida pela Representante a esse respeito.

Ademais, cumpre consignar que o preconizado no artigo 49, inciso III, da Lei Complementar n.º 123/200612 não alcança, em sua literalidade, os **benefícios estampados nos artigos 44 e 45 da referida norma, cujas aplicabilidades permanecem, por conseguinte, possíveis no presente caso**, afastando apenas a concessão daqueles estipulados nos artigos 47 e 48 de tal diploma.

Por fim, em aderência à proposta do Ministério Público de Contas, para a qual não foi franqueada oportunidade de contraditório, **recomenda-se à Municipalidade que envie esforços no sentido de adotar a forma eletrônica em suas futuras contratações.**

Ante o exposto, nos estritos limites dos aspectos abordados, meu voto considera improcedente a Representação tecida pela empresa M&S Serviços Administrativos Ltda. contra o Edital do Pregão Presencial n.º 47/2022, da Prefeitura Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, liberando a Municipalidade para a retomada do andamento do certame.

Recomenda à Origem, ainda, que **envie esforços no sentido de adotar a forma eletrônica em suas futuras licitações.** Expeçam-se os ofícios necessários, encaminhando os autos, após o trânsito em julgado, para arquivamento. “

Observe-se que **a decisão segue um esteio de entendimento já sedimentado na Corte de Contas paulista.**

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, trilha o mesmo entendimento:

8/

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993

PROCESSO: 277111/14 - TC

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE NOVA ESPERANÇA

INTERESSADOS: CONVÊNIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA
 LTDA. ME, MUNICÍPIO DE NOVA ESPERANÇA, GERSON ZANUSSO,
 ARIELY AKEMI MIYAZI MARAN

(PROCURADOR: CARLOS ALBERTO DE ARRUDA SILVEIRA - OAB/SP
 270141)

DESPACHO Nº. 874/2014

Trata-se de **Representação oferecida com fundamento no art. 113, §1º da Lei nº 8.666/93** por Convênios Card Administradora e Editora Ltda. - ME, noticiando supostas **irregularidades na condução do Pregão Presencial nº 112/2013 promovido pelo Município de Nova Esperança visando à “Contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento de vales alimentação em forma de cartão magnético/eletrônico com chip de segurança e senha aos servidores da Prefeitura Municipal de Nova Esperança (...)”**.

A sessão de pregão ocorreu no dia 03.10.2013, sendo o objeto adjudicado à Ticket Serviços Ltda.

Alega a representante que, **aberta a sessão de pregão, foi verificado empate nas propostas apresentadas por 9 (nove) empresas.**

Aduz que **a pregoeira, diante desse empate, realizou sorteio público entre todas as empresas**, resultando a seguinte classificação:

(...)

Afirma, ainda, que **em razão da representante ser a única licitante na condição de microempresa deveria a pregoeira declarar a ora representante vencedora, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006**, uma vez que apresentou proposta igual às demais, ao invés de realizar sorteio entre todas as empresas classificadas.

Sustenta, assim, que **houve violação à Lei Complementar nº 123/2006**, devendo ser declarada a nulidade do Pregão Presencial em comento, com a imediata suspensão dos serviços.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

12

A representação merece ser recebida, visto que preenche os requisitos do §1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, bem como dos artigos 30 e 34 da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual nº 113/2005) e, ainda, dos artigos 275 e 276, caput e §1º, do Regimento Interno.

A representante é parte legítima para representar acerca de irregularidades em licitações e contratos administrativos, nos termos do §1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93.

Em relação ao direito material, noto que a representação traz indícios de irregularidades na licitação em questão, que passo a analisar a seguir.

a) Da inobservância da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte)

Observa-se que as 9 (nove) empresas participantes do certame apresentaram em suas propostas taxa de administração zero, inclusive a ora representante - Microempresa (ME) - havendo empate.

A pregoeira, diante do empate, realizou sorteio para verificar a primeira classificada, ao invés de dar preferência à ora representante - única microempresa participante do certame -, que apresentou proposta igual às demais licitantes.

Ora, a Lei Complementar nº 123/2006, no artigo 44, estabelece que nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Em seu art. 45, I, prevê, ainda, que 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;(...)”

De acordo com o dispositivo, deve ser garantida oportunidade, no caso de empate, para a microempresa apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora.

Todavia, o edital do certame previu como critério de julgamento o menor preço global, através da menor taxa de administração ofertada (item 14.4.1).

Ainda, no item 10.1 "a", estipulou que não seriam admitidas taxas de administração negativas.

Assim, como todas as empresas apresentaram propostas prevendo taxa de administração zero, não havia possibilidade de apresentação de proposta inferior.

Logo, entendo necessário o recebimento da presente representação, uma vez que, ao realizar o sorteio, a pregoeira pode ter desrespeitado norma da Lei Complementar nº 123/2006.

Recebo a representação nesse ponto.

(...)

Assim, encaminhem-se os autos à Diretoria de Protocolo para:

a) Alterar a autuação para que conste Convênios Card Administradora e Editora Ltda. - ME como representante ao invés de interessada;

b) Incluir o Sr. Gerson Zanusso (**Prefeito Municipal** de Nova Esperança; CPF nº 023.898.359-53) **como representado**;

c) Incluir a Sra. Ariely Akemi Miyazi Maran (**Pregoeira**) **como representada**;

d) Realizar a CITAÇÃO pela via postal, por meio de ofício com aviso de recebimento (AR) – nos termos do art. 278, inciso II, art. 381, inciso II e §1º, alínea

"b" e, ainda, do art. 382, caput, todos do Regimento Interno – do Município de Nova Esperança; do Prefeito Municipal de Nova Esperança, Sr. Gerson Zanusso; e da Pregoeira, Sra. Ariely Akemi Miyazi Maran, para que no prazo 15 (quinze) dias contados da juntada do AR aos autos, apresentem resposta (defesa) quanto às questões que ensejaram o recebimento da Representação, devendo juntar aos autos cópia integral dos autos do processo licitatório; informações atualizadas acerca do contrato decorrente e respectivos pagamentos.

Gabinete da Corregedoria-Geral, 30 de maio de 2014

CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

CORREGEDOR-GERAL

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO N.º: 16930/15

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI N.º 8.666/1993

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
 85.055-000 - Guarapuava-PR
 (42) 3622-0493 Whatsapp de suporte ao cliente: 42988054663
contato@livpay.com.br
juridico@livpay.com.br

27/8

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE CAMPO MOURÃO

INTERESSADO: EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA, REGINA MASSARETTO BRONZEL DUBAY, SERGIO DE SOUZA PORTELA

ADVOGADO / PROCURADOR: CLAUDIA MARA PADILHA, FABIO MARTINS RIBAS, RAMON BARBOSA E SILVA

RELATOR: CONSELHEIRO CORREGEDOR-GERAL JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO N.º 2123/16 - Tribunal Pleno

Representação da Lei n.º 8.666/1993 – Pregão Presencial – Administração, gerenciamento e fornecimento de cartões “vale-alimentação” – Proibição de taxa de administração negativa – Implicação na aplicabilidade da Lei Complementar n.º 123/2006 – Critério de desempate – Isonomia não assegurada – Prejudicialidade ao direito de preferência concedido às microempresas e empresas de pequeno porte – Desnaturação da modalidade licitatória adotada – Ausência de competitividade – Vantajosidade e economicidade prejudicadas – Pela procedência...

(...)

VISTOS, relatados e discutidos,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Corregedor-Geral JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em:

I - Conhecer da presente Representação, para no mérito DAR-LHE PROCEDÊNCIA, nos termos da fundamentação, para:

I.1 - DETERMINAR ao Município de Campo Mourão:

(...)

c) que viabilize a aplicabilidade do tratamento favorecido e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal, a Lei Complementar n.º 123/2006 e demais normas aplicáveis à espécie;

I.2 - RECOMENDAR:

a) que passe a adotar as medidas necessárias para garantir a plena competitividade e o alcance da proposta mais vantajosa ao Município, observando-se a vedação contida no artigo 40, X, da Lei n.º 8.666/1993.

Frisando, desde já, que o descumprimento de determinação dos órgãos deliberativos desta Corte enseja a aplicação da multa prevista no artigo 87, inciso III, alínea "f", da Lei Complementar Estadual n.º 113/2005, e impedimento para a obtenção de certidão liberatória (artigo 95 da mesma Lei Complementar).

II – Encaminhar os autos à Diretoria de Execuções para a adoção das providências pertinentes, após o trânsito em julgado da decisão.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA,

ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e FABIO DE SOUZA CAMARGO e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS

AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO
 WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR
 HU7W.RDIO.B5MZ.X24W.L

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Presente o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas GABRIEL GUY LÉGER.

Sala das Sessões, 12 de maio de 2016 – Sessão n.º 16.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

Conselheiro Corregedor-Geral

IVENS ZSCHOERPER LINHARES

Vice-Presidente no exercício da Presidência

O Poder Judiciário, por sua vez, também trilha o mesmo caminho, conforme se vê dos excertos da Sentença abaixo transcrita, oriunda de Mandado de Segurança impetrado pela ora Recorrente:

Processo: 0000764-75.2015.8.16.0151

Classe Processual: Mandado de Segurança

Assunto Principal: Anulação

Valor da Causa: R\$1.000,00

**Impetrante(s): EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES
BRASIL Ltda. Me**Impetrado(s): NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS
LTDA EPP Mariza Basso Madeiras Diogo Luis Maleski

SENTENÇA

I – RELATÓRIO Trata-se de ação de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA. ME em face de DIOGO LUIS MALESKI e MARIZA BASSO MADEIRAS. Expõe o impetrante que participou, em 20/04/2015, no Município de Planaltina do Paraná, do procedimento licitatório nº 030/2015, na modalidade pregão presencial, no qual a prefeitura do mencionado Município pretendia contratar serviços de gerenciamento e administração de cartão vale-alimentação, na forma de crédito em cartão magnético. Iniciado o certame, os licitantes apresentaram suas propostas, as quais foram todas idênticas, sendo que todos propuseram uma taxa de administração de 0%, devendo a impetrante ter direito de preferência como critério de desempate por ser microempresa. Aduz que não era a única microempresa participante da licitação, mas que foi a única que juntou os competentes documentos comprobatórios de sua condição e, portanto, deve ser beneficiada pelas disposições dos artigos 44 e 45 da Lei 123/2006 e, conseqüentemente, ser declarada vencedora do certame. Porém, a despeito da irrisignação da ora imperante, o leiloeiro houve por bem em dar seguimento ao certame, fazendo-se um sorteio entre todos os participantes, do qual outra empresa sagrou-se vencedora. Requereu-se liminar para que fosse decretada a nulidade da contratação, bem como a suspensão do procedimento de contratação até que seja julgado por esse Juízo o mérito

deste mandado de segurança. Decisão mérito deste mandado de segurança. **Liminar concedida, no evento 8.1, suspendendo-se o procedimento de licitação até ulterior decisão de mérito.** Os impetrados foram notificados, nos moldes do art. 7º, I e II da Lei 12.016/09 (evento 20.1 e 21.1). Contestação e documentos no evento 27. Agravo de instrumento, interposto pelos impetrados, no evento 29.1, o qual não foi acolhido. Em decisão monocrática, não se concedeu efeito suspensivo ao recurso, possibilitando-se o prosseguimento do feito (evento 35.2). Parecer do Ministério Público favorável à concessão da segurança no movimento 41.1. Determinação para citação da pessoa beneficiada pelo ato impetrado em 49.2. Manifestação da NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA, em 83.1. Juntada do acórdão do agravo de instrumento, interposto contra a decisão concessiva de liminar, no evento 86. Uma vez que não há que se falar em réplica, tampouco em dilação probatória que extrapole a meramente documental no rito de mandado de segurança, haja vista a primazia pela celeridade exigida por tal procedimento, entendo que o feito já se encontra apto para decisão de mérito. É o relatório. Passo a decidir.

I. DA COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE MICROEMPRESA
Como bem ressaltado no parecer ministerial, o cerne da presente questão se resume em saber se a impetrante, de fato, comprovou sua qualidade de microempresa no momento oportuno do certame, se foi a única a fazê-lo e se, ainda assim, viu-se preterida de seu benefício trazido pelo Estatuto da Micro e Pequena e Empresa (LC 123/06) e pelo art. 170, IX da Constituição Federal. Analisando os documentos acostados, sobretudo o parecer da Procuradoria Municipal (evento 1.5) e a ata de abertura do certame (1.3), percebemos que, de fato, a impetrante apresentou todos os documentos necessários à comprovação de sua qualidade de microempresa, uma vez que, na ata de abertura, o pregoeiro declarou que todos os licitantes atenderam aos requisitos necessários à habilitação. Por

sua vez, no parecer da Procuradoria que se seguiu às manifestações das duas únicas microempresas participantes – a ora impetrante e a Ecopag – a procuradora municipal declarou que, de fato, a Ecopag não apresentou todos os documentos necessários à habilitação como microempresa, estando ausente Certidão Simplificada expedida pela Junta Comercial, a qual era documento obrigatório ausente Certidão Simplificada expedida pela Junta Comercial, a qual era documento obrigatório para a comprovação da qualidade de microempresa, conforme subitem 5 do item 6 do edital. Em sua contestação, a municipalidade não impugnou o fato de que, realmente, a impetrante apresentou todos os documentos necessários à comprovação da condição de beneficiária dos ditames da LC 123/06, enquanto que a outra microempresa participante do certame deixou de fazê-lo. Com fulcro na ata do sorteio (1.6), **denota-se, com base nos nomes empresariais, que, realmente, a impetrante e a Ecopag eram as únicas microempresas participantes do certame (as demais concorrentes eram sociedades limitadas ou anônimas).** E, com base na ata de abertura da licitação cumulada com a análise do parecer da procuradoria municipal, depreende-se que a impetrante foi a única a comprovar a condição de microempresa, nos termos do já mencionado subitem 5 do item 6 do edital. **Desta feita, fica claro o direito líquido e certo que possui a impetrante de ser enquadrada nos ditames da LC 123/06, uma vez que é microempresa e regular e oportunamente comprovou tal condição.**

II. DA PRETERIÇÃO AO DIREITO DE PREFERÊNCIA DE MICROEMPRESA Restando pacificado o fato de que a impetrante foi a única microempresa a comprovar tal condição, cumpre, agora, analisarmos se ela faz jus aos benefícios do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e se, ainda assim, foi preterida de seu direito de preferência. Entendo que a impetrante faz jus aos benefícios da LC 123/06 e que foi preterida de tal direito. Passo a explicar o porquê. É

inequívoco o fato de que a impetrante é uma microempresa, pois assim é qualificada em seu contrato social (evento 1.15), bem como se amolda aos ditames do art. 3º da LC 123/06. É também inequívoco o fato de que, para fazer jus aos benefícios instituídos por tal lei complementar, é necessário que, no momento das licitações públicas, preencham-se alguns requisitos mínimos, relativos à comprovação da qualidade de microempresa, requisitos estes que a impetrante atendeu integralmente. Ora, diante do exposto, verifica-se o seguinte: a impetrante é microempresa, apresentou todos os documentos necessários à habilitação, mas, mesmo assim, viu-se relegada do tratamento diferenciado a que faz jus. A grande controvérsia do feito reside no fato de que a impetrante não poderia se beneficiar dos critérios de desempate trazidos por tal lei, uma vez que isso implicaria em admitir taxa administrativa negativa (proibida pelo edital), já que, segundo os §§ 1º e 2º, art. 44 da LC 123/06, considera-se empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas são iguais ou até 5% (no caso do pregão) superiores à proposta mais bem classificada. Ocorre que o instituto do “empate ficto”, trazido por tais parágrafos, é aplicado quando se está diante de propostas nominalmente diferentes. Assim, se, por exemplo, a impetrante tivesse apresentado proposta de 5% de taxa administrativa de cartão, ela seria considerada empatada com os demais licitantes que apresentaram taxa zero de administração. Por conseguinte, havendo empate ficto, o art. 45 da mesma lei complementar diz quais providências deverão ser tomadas, sendo que a primeira delas é facultar à microempresa melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta inferior àquela considerada vencedora. Caso a providência do inciso I não solucione o desempate, o inciso II diz que as demais microempresas deverão ser convocadas para fazerem a mesma coisa, ou seja, apresentarem propostas inferiores à de menor preço. Como última medida, caso as propostas apresentadas

29

pelas microempresas sejam idênticas, será feito um sorteio entre elas, para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

No caso dos autos, não há propostas diferentes. Não há empate ficto, mas, sim,

empate real. Não havendo empate ficto, não há que se falar na utilização dos artigos 44 e incisos I e II do art. 45, já que não é possível se chegar a uma proposta mais baixa do que as já apresentadas, uma vez que todas as empresas já apresentaram as menores propostas possíveis.

Todavia, isso não é motivo para que a microempresa seja preterida de seu

tratamento privilegiado Isso porque, imaginemos que a impetrante tivesse oferecido uma taxa de administração de 5%. Por estar dentro da margem estabelecida pelo §2º do art. 44 da LC 123/06, estaríamos diante de empate ficto. Nessa situação, utilizaríamos, pacificamente, as regras de desempate do art. 45, sendo facultado à impetrante a possibilidade de abaixar sua proposta ao mesmo patamar das demais licitantes (não poderia apresentar proposta menor, já que o edital proíbe taxa negativa). Todavia, como continuaria existindo o empate com outra microempresa, seria utilizada a regra do sorteio do inciso III do art. 45. Porém, como a outra microempresa participante não estava devidamente habilitada, a impetrante sagrar-se-ia vencedora. Perceba, assim, que a impetrante sairia vencedora do certame ainda que tivesse apresentado proposta maior que as demais. Vem bem a calhar a citação de trecho de um artigo do Instituto Brasileiro de Direito Público: **No caso de propostas idênticas, apresentadas por mais de uma microempresa ou empresa de pequeno porte restar classificada em primeiro lugar,**

306

juntamente com uma ou mais propostas de empresas que não detenham esta condição jurídica (empate entre todas), somente as propostas ofertadas por aquelas (microempresas e empresas de pequeno porte) serão consideradas inicialmente. A situação de empate (propostas idênticas) entre microempresas e empresas de pequeno porte se resolve pela regra geral do sorteio (art. 45, III da Lei Complementar).[1] Do exposto, depreende-se, que, diferente do que diz a impetrada, o sorteio mencionado pela LC 123/06 não é o mesmo do art. 45, §2º da Lei 8666/93. Este último é um sorteio envolvendo todos os licitantes, enquanto aquele é sorteio apenas entre as micro e pequenas empresas participantes, quando estas estiverem empatadas em primeiro lugar, quer pequenas empresas participantes, quando estas estiverem empatadas em primeiro lugar, quer suas propostas sejam menores que a dos demais licitantes, quer sejam iguais, como é o caso dos autos. **A conclusão que se quer chegar é o seguinte: pelo simples fato de haver uma microempresa no certame, o tratamento que deverá o gestor dispender deverá ser, obrigatoriamente, diferenciado. Ele não deverá observar simploriamente apenas os ditames da Lei Geral de Licitações, mas deverá, a cada etapa do certame que percorrer, ter a certeza de que suas ações estão coadunadas, também, com a LC 123/06. Destarte, a escolha do procedimento de sorteio não é algo discricionário, mas, sim, é algo vinculante, uma vez que a aplicação do Estatuto da Microempresa é obrigatória, ainda que não haja previsão expressa no edital. Inclusive, este é o entendimento da Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 07, de 1º de abril de 2009: “O tratamento favorecido de que tratam os artigos. 43 a 45 da Lei Complementar Nº 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia”. E que, a despeito de se limitar ao âmbito federal, sua utilização, aqui, a título de exemplo, é bem-vinda. Ainda, tem-se que um dos argumentos mais**

utilizados pela impetrada é que a impetrante não poderia ser favorecida com os ditames da LC 123/06, já que não haveria como apresentar proposta de taxa administrativa negativa. Como já explicado alhures, tal argumento não é convincente, por ser desprovido de lógica jurídica. Isso porque a impetrante apenas teria que oferecer proposta inferior caso estivéssemos diante de empate ficto, ou seja, caso sua proposta fosse até 5% maior que a dos demais licitantes. Daí, diante do empate ficto, seria aberta à licitante microempresa as faculdades dos incisos I e II do art. 45 da LC 123/06. Todavia, o caso dos autos trata de empate real, de maneira que tal situação não clama pela aplicação dos critérios de desempate do incisos I e II do art. 45 da Lei Complementar em comento, já que, sendo todas as propostas idênticas, inclusive as das microempresas, a disputa deverá limitar-se apenas entre essas. Caso a outra microempresa participante estivesse devidamente habilitada, o correto seria a realização de um sorteio para decidir a classificação entre as duas. As outras empresas não identificadas como microempresas estariam fora da disputa.

III. DA BUSCA PELA MELHOR PROPOSTA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MICROEMPRESA Um dos princípios que envolve as licitações é o princípio da vantajosidade, estampado no caput do art. 3º da Lei 8666/93. Tal dispositivo impõe como uma das metas da licitação a busca pela proposta mais vantajosa, a que possui melhor relação entre custo e benefício. Enfim, busca-se o menor e melhor gasto de dinheiro público. **É certo que a ideia de vantajosidade está muito relacionada com economia, com a otimização dos resultados econômicos, tanto no aspecto quantitativo, como no qualitativo. Mas não resume a isso. A ideia de vantagem ultrapassa a órbita meramente econômica, abrangendo objetivos mais amplos, interesses supra individuais, ou seja, interesses que vão além do indivíduo, alcançando interesse de grupos sociais determinados, determináveis ou indeterminados. Também, outro importante objetivo buscado pelas**

licitações é o desenvolvimento. Também, outro importante objetivo buscado pelas licitações é o desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º, caput, Lei 8666/93). Enfim, a conclusão a que se deseja chegar é a seguinte: dizer que a Administração busca a melhor proposta não quer dizer apenas que busca a mais barata (o que, obviamente, também se espera). Mas vai além disso. **A melhor proposta é a mais vantajosa não apenas para o ente público, mas a toda coletividade. É a escolha da proposta que mais estimule o desenvolvimento nacional.** No caso dos autos, essa questão da abrangência do conceito de vantajosidade fica muito latente. Isso porque **todos os licitantes apresentaram exatamente as mesmas propostas.** Sendo assim, independente de quem fosse o contratado, a Administração obteria o mesmo proveito econômico, ou seja, gastaria a mesma quantia. Todavia, a contratação com uma microempresa mostra-se mais vantajosa, pois, além de ser a mais barata, ainda estará fomentando a ideia de desenvolvimento nacional sustentável e, assim, em uma visão macro, estará optando pela proposta mais vantajosa. Diante do debate principiológico ora instaurado, os argumentos da impetrada mostram-se ainda mais fracos, pois grande parte de sua argumentação limitou-se ao fato de que a impetrante não poderia ser favorecida pelos privilégios do art. 44 e 45 da LC 123/06, uma vez que o edital proibia propostas negativas. De fato, grande parte de tais artigos não encontram campo para aplicação nesta demanda, já que não estamos diante de empate ficto, mas de empate real. Todavia, estamos diante de algo maior, de uma questão que envolve mais do que valores nominais. Imaginemos que o caso dos autos seja uma balança: de um lado temos a possibilidade de contratar com uma grande empresa, fato que apenas concretizaria a busca pelo menor preço. Do outro lado, temos a possibilidade de se contratar com uma microempresa, circunstância que levaria não apenas à contratação do menor preço, mas, também, à concretização da ideia de fomento social e

33

econômico buscado pelas licitações públicas e estar-se-ia atendendo à ideia de desenvolvimento nacional sustentável, o que tornaria a contratação, verdadeiramente, mais vantajosa. Como se os princípios retro expostos, trazidos pela Lei 8666/93 já não fossem suficientes para fundamentar o debate, cito, por último, a proteção constitucional conferida às microempresas e empresas de pequeno porte. O art. 170, IX da Carta Magna colaciona, como um dos princípios da ordem econômica, a concessão de tratamento favorecido para tais empresas. Portanto, conclui-se o seguinte: que a impetrante é microempresa, pois seu contrato social atende aos requisitos o art. 3º da LC 123/06. Que, no momento da habilitação no certame, comprovou integralmente sua condição, nos termos do edital. Que todos os licitantes apresentaram propostas idênticas, já no menor valor possível, o que ocasiona a situação de empate real, e não ficto. Que, diante do empate real, situação em que o proveito econômico seria o mesmo para a Administração, o gestor público deveria ter restringido o certame apenas entre as duas microempresas, pois apenas assim estaria buscando a concretização plena dos objetivos da licitação, quais sejam, o do desenvolvimento nacional sustentável e da obtenção da proposta mais vantajosa, além do atendimento ao mandamento constitucional de proteção às microempresas. Que, considerando a falta de documentos hábeis à comprovação da qualidade de microempresa, a outra licitante desta espécie estaria inabilitada e, portanto, não haveria outra solução se não a consagração da impetrante como vencedora.

Decisão

Por derradeiro, fica claro que o ato impetrado encontra-se em total desacordo com o ordenamento jurídico e que a impetrante possui direito líquido e certo a ser consagrada a vencedora do certame.

24
f**IV. DISPOSITIVO**

Pelos motivos acima expostos, **JULGO PROCEDENTE o pedido do impetrante**, com fulcro no art. 1º da Lei 12.016/2009, para fins de **conceder a segurança pretendida, determinando que a autoridade coatora MODIFIQUE o resultado do certame 030/2015, no qual deverá constar como vencedora a ora impetrante.** Logo, extingo o feito, com resolução de mérito, baseada no art. 487, I, CPC. Deixo de fixar honorários advocatícios, em razão das súmulas 512, STF e 105, STJ. Mas, condeno a impetrada ao pagamento das custas e despesas processuais.

P.R.I

Santa Isabel do Ivaí, 01 de Março de 2017.

TALITA BETIATI DE OLIVEIRA

Juíza Substituta

Ora, com as decisões em epígrafe colacionadas, desnecessários maiores arrazoados a respeito do fato ora em debate, pois a ilegalidade em não se conceder a preferência de contratação é manifesta! E, inclusive, situações que não observaram esses ditames legais já mereceram reprovação por parte de Corte de Contas e do Poder Judiciário!

Importante ressaltar, nobre Pregoeiro Oficial, que **nesta fase recursal é que a autotutela da Administração se afigura como o mecanismo hábil a corrigir desvios e vícios ainda sanáveis, evitando-se os transtornos de eventual intervenção do Judiciário e/ou Órgãos de Controle de Contas, situações essas evitáveis com o provimento do presente apelo recursal e os consequentes **impulsos oficiais que visem a retificação das decisões ora atacadas**, visando, sobremaneira, um procedimento dentro dos preceitos de**

legalidade e apto a angariar a melhor proposta e mais vantajosa contratação para esta municipalidade.

2.3. Da aplicabilidade da Lei Federal nº 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa- ao caso em debate

A legislação em título trouxe significativo amparo para aqueles que buscam na Administração Pública a concretização dos anseios legais e de realização do bem comum.

Tornou-se tal lei eficiente instrumento que visa corrigir erros praticados por agentes públicos na condução da coisa pública e que acabam por afastar-se dos preceitos legalmente estatuídos.

Importante transcrever alguns dos dispositivos que interessam ao caso ora em debate:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

(...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes

368

Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário **qualquer ação ou omissão dolosa**, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva ;

(...)

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

(...)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a **ação ou omissão dolosa** que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de **legalidade**, caracterizada por uma das seguintes condutas: :

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de **procedimento licitatório**, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; ;

(...)

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

32

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos;

(...)

CAPÍTULO V

Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

(...)

No caso em apreço, **em que pese a ilegalidade do ato já ter sido convenientemente alertada no transcurso da sessão do pregão pelo representante legal da ora Recorrente**, com a apresentação das presentes razões recursais tal fato resta sobejamente evidenciado, com todas as circunstâncias legais e doutrinárias que o permeiam, sendo que, após isso, **com a eventual manutenção da ilegal decisão por esta Pregoeira Oficial** não permitirá alternativa diversa **senão a de se buscar a responsabilização em todas as esferas pertinentes, inclusive no que tange à seara da improbidade administrativa**, eis que a estrita observância à lei é pressuposto indispensável do exercício da atividade pública, sobremaneira no que se relaciona às contratações públicas, e **maiormente quando a ilegalidade é gritante e indisfarçável!**

Por outro lado, caso V. Senhoria, na condição de Pregoeiro Oficial, **persista na consolidação de contratação com base no resultado do indigitado sorteio**, constituir-se-á em **manobra ilegal**, eis que frontalmente contrária a lei, **atentando**

contra o princípio da legalidade estrita que deve permear as licitações públicas, e, considerando ter sido convenientemente alertada a respeito, consubstanciará o elemento volitivo doloso previsto na legislação referente à improbidade administrativa, visando frustrar o procedimento licitatório em comento, atraindo para si as responsabilizações administrativas, legais e criminais concernentes, eis que a LivPay não se submeterá à tal situação de forma alguma.

Por derradeiro apelo, **espera-se que V. Senhoria, Pregoeiro Oficial, utilizando-se do bom senso e de conduta condizente com a legalidade e escorreita direção dos atos oficiais, exercite o poder de autotutela administrativa e retifique a ilegal decisão que, ao arrepio a lei, ao não considerar a condição de microempresa da ora Recorrente e de demais licitantes na condição de ME/EPP -e o consequente direito à preferência na contratação-** culminou num ato completamente viciado, que se não corrigido no presente momento processual, pode-se considerá-lo inválido e apto a gerar incontáveis dissabores.

III. Dos Requerimentos Conclusivos

Por todo o exposto, serve o presente Recurso Administrativo, para **requerer a Vossa Senhoria**, ante a forte argumentação suso exposta, se digne:

a)- a **acolher** o presente **recurso** interposto, visto que apresentado tempestivamente e em obediência ao que dispõe a Lei e o Edital, dando regular e legal processamento a este, nos prazos legais;

b)- em razão dos fatos ora narrados, julgar procedente o presente **Recurso Administrativo ao PREGÃO PRESENCIAL Nº 51/2023:**

b.1) **respeitando e considerando a condição legal de pequena empresa da ora Recorrente – assim como das demais licitantes assim credenciadas;**

b.2.) ANULANDO O SORTEIO efetivado ENTRE TODAS AS EMPRESAS, e a consequente declaração de habilitada e vencedora da empresa ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. atos praticados em frontal oposição aos ditames editalícios e da legislação aplicável;

b.3.) REALIZANDO NOVO SORTEIO, SOMENTE ENTRE AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS que acorreram ao certame;

c)- na remota hipótese da decisão pelo não provimento do presente apelo recursal, o que não se espera ante a sobeja e fundamentada argumentação ora transcrita, que Vossa Senhoria fundamente motivadamente sua decisão, com justificações baseadas em substrato jurídico vigente, bem como faça-o subir à autoridade superior, para que seja revisto, nos termos do art. 109, § 4º da Lei nº 8.666/93.

Nestes termos,

Requer Deferimento.

De Guarapuava-PR para São Joaquim da Barra-SP, em 13 de OUTUBRO de 2023.

Documento assinado digitalmente
gov.br RAMON BARBOSA E SILVA
Data: 13/10/2023 17:18:59-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

-assinado eletronicamente-
RAMON BARBOSA E SILVA

ADVOGADO

OAB/PR Nº 48.877

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
85.055-000 - Guarapuava-PR
(42) 3622-0493 Whatsapp de suporte ao cliente: 42988054663
contato@livpay.com.br
juridico@livpay.com.br



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



408

MÉRITO

SUBSTITUTA DE CONSELHEIRO SILVIA MONTEIRO

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 1º/03/2023 – SECÇÃO MUNICIPAL

EXAME PRÉVIO DE EDITAL

Processo: TC-001648.989.23-4.

Representante: M&S Serviços Administrativos Ltda., por seu sócio administrador Marcos Sartori.

Representada: Prefeitura Municipal de Santa Bárbara D'Oeste.

Responsável: Rafael Piovezan, Prefeito.

Assunto: Representação formulada contra o Edital do Pregão Presencial n.º 47/2022, Retificação – II, Processo Administrativo n.º 286-03-07/2022, que objetiva a contratação de empresa para prestação de serviços de gerenciamento e administração de auxílio-alimentação para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, por meio da implantação e operação de um sistema informatizado e integrado, com utilização de cartão de pagamento microprocessado ou com tecnologia superior.

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas,

Em exame Representação formulada pela empresa **M&S Serviços Administrativos Ltda.** contra o Edital do Pregão Presencial n.º 47/2022, Retificação – II, Processo Administrativo n.º 286-03-07/2022, da Prefeitura Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços de gerenciamento e administração de auxílio-alimentação



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, por meio da implantação e operação de um sistema informatizado e integrado, com utilização de cartão de pagamento microprocessado ou com tecnologia superior.

Em linhas gerais, a peticionária aponta que o subitem 8.12.2.2¹ estabelece como critério de desempate somente a participação de microempresas e empresas de pequeno porte, afastando do sorteio todas as demais interessadas no certame.

Salienta que, como é vedada a apresentação de taxa de administração negativa, nos termos da Lei Federal nº 14.442/2022, todas as interessadas utilizarão "taxa zero", o que ocasionará o empate real entre as propostas comerciais apresentadas por microempresas e empresas de pequeno porte e as das demais licitantes.

Destarte, no caso concreto não ocorrerá o "empate ficto" previsto no artigo 44, "caput" e § § 1º e 2º, da Lei Complementar nº 123/2006, o qual confere às micro e pequenas empresas a possibilidade de ofertar nova proposta caso as inicialmente apresentadas sejam iguais ou superiores a 5% (cinco por cento) em se tratando de Pregão ou 10% (dez por cento) para as demais modalidades de licitação em relação àquela pertencente à primeira classificada.

Por conseguinte, sustenta que as licitantes que não se qualificarem como microempresas ou empresas de pequeno porte estarão alijadas da disputa.

Destaca que a correta aplicação do critério de desempate deve seguir o regramento disposto no artigo 3º, § 2º e seus incisos, da Lei Federal n.º 8.666/1993, em favor de todas as licitantes, independentemente do

¹ "8.12.2 Para efeito do disposto no subitem 8.12, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

8.12.2.1 A microempresa, empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual melhor classificado será convocado para apresentar nova proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, no prazo máximo de 5 (cinco) minutos, sob pena de preclusão.

8.12.2.2 Em ocorrendo o chamado empate real/próprio serão adotados os critérios de desempate dispostos no artigo 3º, parágrafos 2º, da Lei n. 8.666/1993, sendo assegurada a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do disposto no parágrafo 14 do mesmo artigo".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



48

enquadramento das sociedades.

Pondera, ainda, que não havendo proposta mais vantajosa ofertada por microempresas ou empresas de pequeno porte, deverá ser observado o artigo 45, § 2º², da Lei de Licitações, com convocação de todos os licitantes, vedado qualquer procedimento distinto.

Nesse contexto, pugna pela suspensão do certame e correção do ato convocatório, a fim de que se exclua a incidência do direito de preferência previsto no art. 45, §3º³, da Lei Complementar nº 123/06, considerando a inviabilidade de apresentação de proposta inferior, diante da vedação da aplicação da taxa administrativa negativa, em obediência ao art. 49 da mencionada Lei, que resguarda a vantajosidade para a Administração.

Examinando os termos da Representação aduzida, identificaram-se disposições editalícias que, ao menos em tese, podem restringir o caráter competitivo do certame.

Por esse motivo, com fundamento no parágrafo único do artigo 221 de nosso Regimento Interno, assinou-se à Representada o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que encaminhasse cópia integral do edital impugnado e seus anexos, assim como as justificativas que entendesse pertinentes.

² "Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle:

[...]

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo".

³ "Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

[...]

§ 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".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



43

No interesse da lisura do certame e, considerando que este Tribunal poderá decidir pela alteração do instrumento, determinou-se a suspensão da licitação até ulterior decisão.

Devidamente notificada, a Origem encartou ao presente feito exemplar do ato convocatório impugnado e esclarecimentos de seu interesse.

Em relação à vedação à oferta de taxa de administração negativa, esclarece que o artigo 3º, inciso I, da Lei n.º 14.442/2022 não exclui de tal regra os órgãos públicos, não implicando, assim, restrição à competitividade nem à identificação da proposta mais vantajosa.

Pontua que o regime de contratação local é híbrido, sendo que a maior parte de seus servidores está vinculada ao celetista.

Acrescenta que esta Corte possui entendimento no sentido de que a proibição de oferecimento de taxa negativa abarca órgãos públicos beneficiários do PAT, assim como os que não gozam dos incentivos fiscais pertinentes a referido Programa.

De outra parte, no tocante à apresentação, juntamente das propostas, dos documentos comprobatórios dos requisitos dispostos no § 2º do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, informa que entendeu por bem retificar o instrumento, passando a exigir mera declaração de cumprimento dos critérios de desempate mencionados no referido dispositivo legal, direcionando a efetiva comprovação à licitante classificada ao final do procedimento licitatório.

Acerca do tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas em razão dos critérios de desempate estabelecidos nos autos do processo da licitação, entende, a partir do teor do artigo 3º, § 14, da Lei n.º 8.666/1993⁴, que ele deve ser conferido mesmo no que tange ao disposto no § 2º do mencionado dispositivo legal.

⁴ "Art. 3º [...] § 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



44
J

Em benefício de sua tese, colaciona decisórios do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Aduz ser “demasiado simplista” compreender que o critério de desempate fixado no edital tem o condão de beneficiar, exclusivamente, micro e pequenas empresas, pois, na verdade, agiu de modo apenas a dar cumprimento à legislação vigente.

Sublinha que o valor estimado limitará a participação das micro e pequenas empresas, bem como que o cumprimento dos critérios de desempate deverá ser comprovado pelo licitante vencedor, sendo que a preferência legalmente estabelecida não determinará, por si só, a contratada.

Ao final, pleiteia a rejeição da representação em tela, com a retomada do processo licitatório mediante convalidação dos termos editalícios.

Assessoria Técnica, sob o enfoque **jurídico**, com o endosso de sua **Chefia**, posiciona-se pela **improcedência** da Representação, assim como o **Ministério Público de Contas**, cujo parecer, ainda, propõe recomendação à Origem para que efetue esforços visando à adoção do formato eletrônico em suas licitações.

Em mesmo sentido a manifestação da **Secretaria Diretoria-Geral**.

É o relatório.

GC.CCM-21



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



45

SUBSTITUTA DE CONSELHEIRO SILVIA MONTEIRO
TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 1º/03/2023 – SECÇÃO MUNICIPAL
EXAME PRÉVIO DE EDITAL

Processo: TC-001648.989.23-4.

Representante: M&S Serviços Administrativos Ltda., por seu sócio administrador Marcos Sartori.

Representada: Prefeitura Municipal de Santa Bárbara D'Oeste.

Responsável: Rafael Piovezan, Prefeito.

Assunto: Representação formulada contra o Edital do Pregão Presencial n.º 47/2022, Retificação – II, Processo Administrativo n.º 286-03-07/2022, que objetiva a contratação de empresa para prestação de serviços de gerenciamento e administração de auxílio-alimentação para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, por meio da implantação e operação de um sistema informatizado e integrado, com utilização de cartão de pagamento microprocessado ou com tecnologia superior.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. EMPATE REAL DE PROPOSTAS. MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. DIREITO DE PREFERÊNCIA. APLICAÇÃO. PRECEDENTE. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO.

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas,

Inicialmente, solicito referendo deste Plenário para as medidas preliminares adotadas no sentido de requisição de documentos e justificativas e determinação de suspensão do procedimento, propondo o recebimento do feito como Exame Prévio de Edital.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



No mérito, consoante posição uniforme dos órgãos atuantes no feito, a representação é **improcedente**.

De início, impende consignar que, configurando-se o chamado "empate real/próprio", situação passível de ocorrer em razão da vedação editalícia à oferta de taxa de administração negativa, com conseqüente possibilidade de apresentação de "taxa zero" por todas as interessadas, o subitem 8.12.2.2. do ato de chamamento⁵ estipula a aplicação do direito de preferência às micro e pequenas empresas em detrimento das demais com as quais tenha empatado, nos moldes do artigo 3º, § 14º, da Lei n. 8.666/1993⁶ e sem necessidade de realização do sorteio⁷.

Essa previsão impugnada, nos moldes do parecer do Ministério Público de Contas, está em consonância com o artigo 44 da Lei Complementar n.º 123/2006⁸ e com o tratamento favorecido fixado no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal⁹, tal como já decidido por esta Corte em Sessão Plenária de 15/02/2023, nos autos dos TC-001304.989.23-9 e TC-001305.989.23-8, em voto de relatoria do e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, cujo excerto é de

⁵ "8.12.2.2 Em ocorrendo o chamado empate real/próprio serão adotados os critérios de desempate dispostos no artigo 3º, parágrafos 2º, da Lei n. 8.666/1993, sendo assegurada a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do disposto no parágrafo 14 do mesmo artigo".

⁶ "Art. 3º [...] § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras. IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação".

⁷ Consoante ponderado pelo *Parquet de Contas*: "Se não atingido o patamar mínimo pela ME/EPP mais bem classificada, e respeitados os requisitos do artigo 44, deverá ser oportunizado a ela oferecer proposta com preço inferior à vencedora, não tendo sido esta ofertada por ME/EPP, na forma do 45 da LC 123/06".

⁸ "Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte".

⁹ "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



48

oportuna transcrição:

Inexiste motivo para dissentir das conclusões expostas na instrução dos autos.

De rigor a observância dos benefícios constitucionais e legais instituídos¹⁰ às micro e pequenas empresas, com a consequente manutenção do dispositivo editalício que assegura a seleção tão somente dessas sociedades para desempate em caso de igualdade de propostas entre as licitantes.

Também assiste razão à defesa da municipalidade ao defender a incidência do artigo § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 na hipótese de empate das ofertas comerciais entre empresas de maior porte, não sujeitas às regras da Lei nº 123/06.

Permanecendo a igualdade, haverá a sucessiva aplicação do artigo 45, § 2º, da citada Lei de Licitações, consoante, aliás, expressamente nele disciplinado.

Ainda neste caso, verifica-se que, em não havendo micro e pequenas empresas na situação em testilha, mas permanecendo o empate real entre as demais empresas, serão adotados os critérios de desempate preconizados no artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 8.666/1993, consoante teor do próprio subitem 8.12.2.2 do instrumento.

Ademais, como se extrai do artigo 45, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 1993, somente *"No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo"*, o que deverá ser observado pela Administração por ocasião do processamento do certame, ante o teor do subitem 10.1 do ato de chamamento¹¹.

Desta feita, nos moldes das manifestações técnicas e do Ministério Público de Contas encartadas aos autos, estando o subitem 8.12.2.2 em conformidade com a ordens legal e constitucional vigentes, não prospera a crítica

¹⁰ "Artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal e Lei Federal nº 123/2006".

¹¹ **"10 CRITÉRIOS DE DESEMPATE**

10.1 O eventual desempate de propostas de mesmo valor será realizado com observância dos critérios legais estabelecidos para tanto".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



418
8

tecida pela Representante a esse respeito.

Ademais, cumpre consignar que o preconizado no artigo 49, inciso III, da Lei Complementar n.º 123/2006¹² não alcança, em sua literalidade, os benefícios estampados nos artigos 44 e 45 da referida norma, cujas aplicabilidades permanecem, por conseguinte, possíveis no presente caso, afastando apenas a concessão daqueles estipulados nos artigos 47 e 48 de tal diploma.

Por fim, em aderência à proposta do Ministério Público de Contas, para a qual não foi franqueada oportunidade de contraditório, recomenda-se à Municipalidade que envide esforços no sentido de adotar a forma eletrônica em suas futuras contratações.

Ante o exposto, nos estritos limites dos aspectos abordados, meu voto considera **improcedente** a Representação tecida pela empresa **M&S Serviços Administrativos Ltda.** contra o Edital do Pregão Presencial n.º 47/2022, da Prefeitura Municipal de Santa Bárbara D'Oeste, liberando a Municipalidade para a retomada do andamento do certame.

Recomenda à Origem, ainda, que envide esforços no sentido de adotar a forma eletrônica em suas futuras licitações.

Expeçam-se os ofícios necessários, encaminhando os autos, após o trânsito em julgado, para arquivamento.

¹² Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

[...]

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; [...].



119

PROCESSO LICITATÓRIO N.º 01.071224.22.84

PREGÃO ELETRÔNICO N.º: 070/2022

OBJETO: Prestação de serviço de administração do benefício vale alimentação, por meio de cartão eletrônico com chip de segurança, para fornecimento aos empregados públicos celetistas da Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, conforme descrição detalhada constante no Anexo I do edital.

ASSUNTO: Recurso Administrativo

RECORRENTE: Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil LTDA.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recurso administrativo interposto pelo licitante Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil LTDA, em face da decisão que declarou, a empresa M&S Serviços Administrativos LTDA, vencedora no certame.

A Recorrente manifestou a intenção de recorrer no dia 17/04/2023 e encaminhou as razões recursais no dia 20/04/2023.

Em 27/04/2023, a licitante M&S Serviços Administrativos Ltda encaminhou as contrarrazões, que passam a ser analisadas juntamente ao Recurso interposto.

2. ADMISSIBILIDADE

Recurso Administrativo e Contrarrazões azeitados a tempo e modo, propostos nos termos do edital e da legislação aplicável.

3. DAS RAZÕES RECURSAIS E DAS CONTRARRAZÕES

Em síntese, a Recorrente aduz:



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E LOGÍSTICA
DIRETORIA CENTRAL DE COMPRAS

- 506
- 1) Que "frente às equivocadas e ilegais decisões deste Pregoeiro Oficial, que concluiu:
1) pela realização de sorteio, com a inclusão de todas as empresas participantes, como meio definidor da vencedora, em flagrante detrimento do direito de preferência para contratação da única microempresa participante, qual seja, a ora Recorrente LivPay; 2) pelo ato de declaração de habilitação, classificação e declaração como vencedora da empresa M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.";
 - 2) Que "a ora Recorrente, em momentos anteriores, já havia esclarecido e protestado no que tange à realização do indigitado sorteio, sendo que V. Senhoria, na condução do procedimento, persistiu em trilhar o caminho da ilegalidade e da desconformidade!";
 - 3) Que "a ora Recorrente ao participar e tomar conhecimento, com os fatos narrados no documento Aviso de Sorteio, de lavra deste Pregoeiro Oficial, viu-se na condição de não ter reconhecida a sua condição legal de microempresa e preferente para a contratação, e, por inafastável mandamento legal, de ter sido escolhida como vencedora do certame, eis que as propostas de todas as empresas foram idênticas (taxa de administração de 0%), mas que, por outro lado, a única microempresa participante era a Recorrente, que deveria ter sido declarada vencedora!";
 - 4) Que "Conforme se extrai da leitura da manifestação, inúmeros foram os descompassos e ilegalidades cometidos, a iniciar pelo desprezo dos mandamentos legais, em especial dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, a realização de sorteio que incluiu todas as empresas participantes, e, ainda, a inusitada realização do sorteio de modo presencial!";
 - 5) Que "o contexto fático exposto no presente certame licitatório amolda-se à situação de empate, demandando, portanto, a utilização dos critérios legais de desempate. Tais critérios foram previstos nos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, sendo que todas as decisões tomadas por V. Senhoria e equipe de apoio estão destoantes e contrariando todo esse arcabouço normativo!";
 - 6) Que "Com o empate real entre todas as participantes, não haveria dúvidas que o desempate se daria em favor da microempresa participante, não há opção diversa



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E LOGÍSTICA
DIRETORIA CENTRAL DE COMPRAS

senão que a declaração de vencedora do certame recairia sobre a ora Recorrente LivPay, conforme expressa determinação dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006.”.

- 7) Que “b) em razão dos fatos ora narrados, julgar procedente o presente Recurso Administrativo ao PREGÃO ELETRÔNICO Nº 070/2022 - PMBH: b.1) respeitando e considerando a condição legal de microempresa da ora Recorrente LivPay; b.2.) anulando o sorteio efetivado entre todas as empresas, e a consequente declaração de vencedora da empresa M&S Serviços Administrativos LTDA. atos praticados em frontal oposição aos ditames editalícios e da legislação aplicável; b.3.) declarando a preferência legal para contratação da microempresa ora Recorrente, EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL ME (LIVPAY), podendo esta prosseguir no certame na condição de empresa habilitada, adjudicando-lhe o objeto da licitação em debate e declarando-a vencedora, nos termos dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006; c) na remota hipótese da decisão pelo não provimento do presente apelo recursal, o que não se espera ante a sobeja e fundamentada argumentação ora transcrita, que Vossa Senhoria fundamente motivadamente sua decisão, com justificações baseadas em substrato jurídico vigente, bem como faça-o subir à autoridade superior, para que seja revisto, nos termos do art. 109, § 4º da Lei no 8.666/93.

Em sede de contrarrazões, a Recorrida alega:

- 1) Que “a concorrente LIVPAY apresentou recurso, em suma, alegando que deveria ter sagrado vencedora da licitação, em face do empate das propostas financeiras apresentadas (taxa zero), por ser a única licitante enquadrada como ME ou EPP”;
- 2) Que “De fato, para o caso ocorreu o que é chamado de empate real, que ocorre quando as licitantes microempresas e empresas de pequeno porte não podem dar valor inferior as propostas apresentadas pelas demais empresas, por força do que determina a Lei Federal 14.442/2.022, que veda a possibilidade de apresentação de taxa negativa/deságio pelas empresas do ramo”;
- 3) Que “Impende-se destacar, por fim, que a empresa Livpay, provavelmente, já não se enquadra, seguindo o que estabelece o art. 3º § 9º da Lei federal 123/2006, como microempresa ou empresa de pequeno porte, pois já detém contratos no ano



50/

anterior e corrente que extrapolam a receita bruta para seu enquadramento como tal”;

- 4) Que “Por todo o exposto, verifica-se que houve, *in casu*, empate real e não ficto, razão pela qual, diante do empate real, o sorteio entre todos os participantes é medida que se impõe, razão pela qual não merece guarida o recurso apresentado pela empresa Recorrente LivPay, sem contar a preclusão do direito de impugnar o edital de licitação e seu provável desenquadramento como empresa ME/EPP”

4. DO MÉRITO:

A insurgência da Recorrente se fundamenta por considerar que o seu direito em ter preferência para a contratação, previsto nos arts. 44 e 45 da LC nº.123/06, não fora efetivado quando da realização do sorteio entre todas as participantes do certame, afirmando que tal conduta esteve contrária aos ditames legais, concluindo pela “imperiosa anulação da escolha da empresa M&S LTDA como vencedora do certame, eis que tal decisão afronta a lei e não será tolerada!”.

Inicialmente torna-se esclarecer que da análise do processo licitatório em questão é possível constatar a impossibilidade de oferta de taxa negativa, ante a proibição contida no subitem 9.8.1, alínea “d” do edital abaixo colacionado:

9.8.1.O sistema eletrônico de pregão utilizado nesta licitação só aceita lances decrescentes, em moeda nacional, e com valores maiores que zero. Como a disputa se fará pela menor taxa de administração, valorada em percentual, o lance ofertado será tomado nas seguintes condições:

d) Não serão aceitas propostas com taxa de administração negativa, nos termos do art. 3º da Lei Federal nº 14.442 de 02 de setembro de 2022. (grifo nosso)

A regra prevista no edital teve como fundamento o inc. I, art. 3º. Da Lei Federal nº.14.442/22, *in verbis*:



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E LOGÍSTICA
DIRETORIA CENTRAL DE COMPRAS

Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber:

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado; (grifo nosso)

Após o envio de lances, foi verificado que todas os licitantes ofertaram taxa de administração zero diante da vedação de apresentação de taxa negativa. Assim, criou-se uma situação de empate real entre todas as empresas no limite da taxa de 0% (zero por cento), impedindo as empresas ME ou EPP, como o caso da Recorrente, de exercer o seu direito de preferência, uma vez que a micro ou empresa de pequeno porte melhor classificada ficou impossibilitada de apresentar proposta de valor inferior.

Antes da aplicação do desempate previsto no § 2º do art. 3º da Lei Federal nº 8.666/1993 foi verificado se caberia a aplicação dos critérios previstos nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06. Como ocorreu o empate real entre todos os licitantes na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), e ante a proibição da apresentação de taxa negativa, subitem 9.8.1, alínea "d" do edital, a princípio o Município considerou que não seria possível aplicar os benefícios previstos na LC nº. 123/06, devido à impossibilidade de apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP.

Tal posicionamento foi lastreado no entendimento que para exercer os benefícios previstos na norma acima colacionada, seria necessário a apresentação de nova proposta em valor inferior ao ofertado pela empresa considerada arrematante, não bastando apenas que os valores fossem equivalentes.

Corroborando com a tese supracitada, Joel de Menezes Niebuhr explica o procedimento a ser adotado quando do empate:

"A rigor, reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame, conforme dispõe o inciso I do artigo 45 da mesma lei complementar. enfatiza-se que não basta à microempresa ou empresa de pequeno porte igualar o menor preço até então ofertado. A microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada deve cobrir o menor preço até então ofertado, reduzi-lo. se o fizer, prescreve o referido inciso I do artigo 45 da lei complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela."



54

No mesmo esteio, ensina o Professor Marçal Justen Filho:

"A LC 123/2006 criou uma ficção de empate no art. 44, mas a solução se afigurou como válida por que acompanhada do ônus de formulação de proposta de valor mais reduzido. Na LC 123/2006, o empate ficto (ou seja, não consistente em propostas de valor idêntico) não conduz à imediata vitória do lance estipulado pelo beneficiário, devendo ser formulada uma proposta de menor valor. Portanto, a Administração obterá o menor valor possível no certame. Distinta era a solução concebida no Dec. Fed. 1.070/1994, em que havia a ficção de empate e uma vantajosidade também puramente imaginária (sagar-se-ia vencedor o licitante que tivesse formulado proposta de valor mais elevado). O referido regulamento Federal foi substituído pelo Dec. Fed. 7.174/2010. Observe que as preferências destinadas a incentivar o desenvolvimento nacional sustentável podem importar a contratação de proposta de valor mais elevado."

Oportuno destacar caso idêntico julgado pelo TCE-SC em 22/01/2019, quando este acatou os argumentos do relatório de instrução e determinou cautelarmente a sustação do Pregão Presencial nº. 38/2018 do Município de Ipuacu, no processo REP 19/0002401, nos termos retratados a seguir:

REP 19/00021401
Relatório de Instrução (doc. 01):

Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for à contratação de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de apresentação de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma empresa ME e EPP. Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME e EPP.

Assim, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes, não se aplicando as regras da LC 123/06, sob pena de violação da isonomia e da competitividade do certame. (grifos)

Decisão Liminar (doc 01.1)

Ante o Exposto DETERMINO:

1. Conhecer da representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos art. 65 e 66 da Lei Complementar 202/200 c/c o art. 24 da Instrução Normativa nº TC-021/2015, a Sra. Clori Peroza - Prefeita do Município de Ipuacu, a sustação do Pregão Presencial nº 38/2018 até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio ou até a deliberação do Tribunal Pleno desta Corte de Contas, em face da exclusão de licitantes, em desacordo com o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93 e os princípios da isonomia e da competitividade do certame (item 2.2.1, Relatório DLC - 15/2019).

(...)



No mesmo sentido, no processo REP nº 19/00038126, contra ato idêntico praticado pela Prefeitura de Ouro/SC, o TCE-SC também deferiu, cautelarmente, a sustação do Pregão Presencial nº 062/2018, tendo em vista os entendimentos jurisprudenciais, e considerando que frente à impossibilidade de apresentação de novas propostas, há também a impossibilidade de preferir na contratação as empresas ME e EPP, vez que não se pode inovar os comandos legais que vinculam os atos da Administração Pública, pois incorreria em violação da isonomia e da competitividade do certame, nos termos apresentados a seguir:

REP 19/00038126
Relatório de Instrução (doc. 02):

Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de apresentação de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma empresa ME e EPP.

Assim, conclui-se que no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes, não se aplicando as regras da LC 123/06, sob pena de violação da isonomia e da competitividade do certame. (g.n.)

Decisão Liminar (doc 02.1)
Ante o Exposto DECIDO:

1. Conhecer da Representação interposta pela empresa Personal Net Tecnologia da Informação Ltda. contra supostas irregularidades concernentes à licitação Processo Licitatório nº 0085/2018 - Edital de Pregão Presencial n. 0062/2018, lançado pela Prefeitura municipal de Ouro, por preencher os requisitos e formalidades previstos no § 1º do art. 113 da Lei (federal) n. 8.666/93, art. 65 e 66 da Lei Complementar (estadual) n. 202/200, c/c art. 24 da Instrução Normativa n. TC-021/2015.

2. Deferir o pedido cautelar e determinar ao Sr. Neri Luiz Miqueloto, Prefeito Municipal de Ouro, com base no art. 114-A do Regimento Interno, a sustação diferida da Contratação oriunda do Processo Licitatório nº 62/2018, até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio, ou até a deliberação pelo egrégio Tribunal Pleno, em face das seguintes irregularidades:

(...)

2.2 Realização de sorteio apenas entre as empresas enquadradas como ME e EPP, excluindo as demais empresas normais, em desacordo com o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, e os princípios da isonomia e da competitividade do certame.

Como se pode observar, a situação analisada pelo TCE-SC é idêntica à ocorrida no presente certame, sendo que o Tribunal se manifestou no sentido de, configurado o empate real, a solução para o desempate dar-se-á tomando em conta os critérios



estabelecidos no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93 e, se mesmo depois disso remanescesse a condição de igualdade, a solução é o sorteio, na forma do art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Da mesma forma, o trecho da Orientação Técnica nº 287/2023 do Igam, exarado para a Câmara de Vereadores de Descalvado (SP):

"Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP. Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP. Assim, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes não se aplicando as regras da LC123/06, sob pena de isonomia e competitividade do certame."

Assim, após vasta pesquisa, como acima demonstrado, o Município, em um primeiro momento concluiu que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, os critérios estabelecidos para o desempate são os previstos no art. 3º, § 2º, da Lei Federal nº 8666/1993 e, se mesmo depois disso remanescesse a condição de igualdade, a solução seria o sorteio, na forma do § 2º, art. 45 do mesmo diploma legal, entre todas as empresas licitantes.

Nesse sentido, ao contrário da irresponsável alegação da Recorrente, foi realizado sorteio automático pelo sistema *licitacoes-e* entre todos os licitantes, para se definir a arrematante do certame, sendo vencedora a empresa M&S Serviços Administrativos LTDA que demonstrou, através da apresentação de documentos idôneos, que faz *jus* ao tratamento previsto no inciso V, § 2º do art. 3º da Lei nº. 8.666/93. Comprovado o atendimento a todas às regras previstas no edital e na legislação aplicável à matéria, a empresa foi declarada vencedora em 17/04/2023.

Não obstante, em 18/04/2023, ou seja, um dia após a empresa ser declarada vencedora, o Tribunal de Contas de Minas Gerais, órgão de controle externo no qual o Município está adstrito/subordinado, analisou um caso análogo ao ora discutido e, diferentemente do entendimento inicial dessa Administração, considerou que **"O tratamento protetivo a ser assegurado às microempresas e empresas de pequeno não se limita aos casos de empate**



presumido, devendo ser observado, com mais razão, na hipótese de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo."

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE CRÉDITOS PARA ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO, POR MEIO DE CARTÕES ELETRÔNICOS OU MAGNÉTICOS. VEDAÇÃO DE OFERTAS DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. LEI N. 14.442/2022. REGIME CELETISTA. COMPROVAÇÃO DE INSCRIÇÃO NO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR – PAT. PREVISÃO DE SORTEIO EXCLUSIVAMENTE PARA ME E EPP. REGULARIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.

1. Nos certames licitatórios destinados ao fornecimento de cartões de vale refeição ou alimentação, é lícita, em regra, a fixação de taxas de administração negativas, conforme sedimentado na jurisprudência desta Corte de Contas.

2. A teor do art. 3º, I, da Lei n. 14.442/2022, que possui aplicabilidade restrita ao âmbito das contratações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, é vedado ao empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação, exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado.

3. As regras insertas na Lei n. 14.442/2022 devem ser observadas pelo ente inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT e que possuir agentes públicos vinculados ao regime celetista.

4. O tratamento protetivo a ser assegurado às microempresas e empresas de pequeno não se limita aos casos de empate presumido, devendo ser observado, com mais razão, na hipótese de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo.
(grifo nosso)

Plenário Governador Milton Campos, 18 de abril de 2023. RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO - Processo: 1128013 - Natureza: DENÚNCIA - Órgão: Prefeitura Municipal de Sacramento - Denunciante: Verocheque Refeições Ltda.

Em consonância com a decisão TCE-MG acima colacionada, a Recorrente também apresentou em sua peça recursal algumas decisões que corroboram com a tese que, em caso de empate real, o direito de preferência de contratação deve ser concedido às empresas beneficiárias da LC nº. 123/06.

Tribunal de Contas do Paraná:

ACÓRDÃO Nº. 2123/16 - Tribunal Pleno
Representação da Lei nº. 8.666/1993 – Pregão Presencial – Administração, gerenciamento e fornecimento de cartões "vale-alimentação" – Proibição de taxa de administração negativa – Implicação na aplicabilidade da Lei Complementar nº. 123/2006 – Critério de desempate – Isonomia não assegurada –



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E LOGÍSTICA
DIRETORIA CENTRAL DE COMPRAS

Prejudicialidade ao direito de preferência concedido às microempresas e empresas de pequeno porte – Desnaturação da modalidade licitatória adotada – Ausência de competitividade – Vantajosidade e economicidade prejudicadas – Pela procedência, sem aplicação de sanções – Determinações e recomendação.

ACÓRDÃO nº. 6300/15 - Tribunal Pleno

Representação da Lei nº. 8.666/1993 – Pregão Presencial – Fornecimento de cartões "vale-alimentação" – Proibição de taxa de administração negativa – Implicação na aplicabilidade da Lei Complementar nº. 123/2006 – Critério de desempate – Isonomia não assegurada – Prejudicialidade ao direito de preferência concedido às microempresas e empresas de pequeno porte – Desnaturação da modalidade licitatória adotada – Ausência de competitividade – Vantajosidade e economicidade prejudicadas – Pela procedência, sem aplicação de sanções – Determinações e recomendação.

1. A vedação de taxa administrativa negativa, além de ofender o artigo 40, X, da Lei n.º 8.666/1993, restringe a plena competitividade e impossibilita a busca da proposta mais vantajosa;

2. Em certames abrangendo taxas de administração, não é dado à Administração Pública proibir taxas com valores negativos, admitindo-se a fixação de critérios de exequibilidade objetivamente definidos no Edital;

3. Procedência, sem aplicação de multa. Determinações e Recomendação.

Tribunal de Justiça do Paraná

Processo: 0000764-75.2015.8.16.0151 – Mandado de Segurança

Sentença:

(...)

Portanto, conclui-se o seguinte: que a impetrante é microempresa, pois seu contrato social atende aos requisitos o art. 3º da LC 123/06. Que, no momento da habilitação no certame, comprovou integralmente sua condição, nos termos do edital. Que todos os licitantes apresentaram propostas idênticas, já no menor valor possível, o que ocasiona a situação de empate real, e não ficto. Que, diante do empate real, situação em que o proveito econômico seria o mesmo para a Administração, o gestor público deveria ter restringido o certame apenas entre as duas microempresas, pois apenas assim estaria buscando a concretização plena dos objetivos da licitação, quais sejam, o do desenvolvimento nacional sustentável e da obtenção da proposta mais vantajosa, além do atendimento ao mandamento constitucional de proteção às microempresas. Que, considerando a falta de documentos hábeis à comprovação da qualidade de microempresa, a outra licitante desta espécie estaria inabilitada e, portanto, não haveria outra solução senão a consagração da impetrante como vencedora.

O entendimento do TJRS segue na mesma linha::

REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. PREGÃO PRESENCIAL. EMPATE REAL DE PROPOSTAS. CRITÉRIO DE DESEMPATE. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO DIFERENCIADO. PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO.

1. O Município de Barão de Cotegipe lançou edital de pregão presencial cartões vale-alimentação para a Prefeitura Municipal. A controvérsia existente nos autos diz respeito à (im)possibilidade de aplicação do critério de desempate previsto na Lei Complementar n. 123/2006 para o caso de



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E LOGÍSTICA
DIRETORIA CENTRAL DE COMPRAS

59

empate real, que é aquele em que as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo.

2. O tratamento diferenciado é de ordem constitucional, conforme a previsão existente no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal. Nessa linha de raciocínio, prevê o artigo 44 da Lei Complementar n. 123/2006 que nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte nas situações relacionadas a empate presumido (ou fictício).

3. Nessa direção, conquanto a lei não preveja expressamente a hipótese de empate real, o entendimento de que a aplicação do tratamento diferenciado determinado pela Lei Complementar 123/2006 aplica-se somente nas hipóteses de empate ficto não encontra respaldo nesta Corte, pois o entendimento firmado é no sentido de que o tratamento diferenciado deve ser aplicado nos certames, independentemente de ocorrer casos de empate ficto ou real, em face da aplicação da exegese do artigo 44 da Lei Complementar n. 123/06.

4. Sendo assim, o tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, nos processos de licitação, não se limita aos casos de empate ficto ou presumido, quando é possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado idêntico critério nas hipóteses de empate real. Isso posto, tratando-se a impetrante de empresa de pequeno porte, faz jus ao tratamento diferenciado, não merecendo nenhum reparo a sentença prolatada na origem. SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. UNÂNIME. SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. Nº 70083793208(Nº CNJ 0017679-08.2020.8.21.7000 – COMARCA DE ERECHIM) (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA O FORNECIMENTO DE CARTÕES MAGNÉTICOS (VALE-ALIMENTAÇÃO) DESTINADOS AOS COLABORADORES DA COMPANHIA DE URBANISMO DO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO/RS – COMUR. AUSÊNCIA DE CREDENCIAMENTO DA EMPRESA HABILITADA NO CERTAME JUNTO AOS ESTABELECIMENTOS QUE INFORMOU. NÃO ATENDIMENTO DA REDE SOLICITADA. TESE NÃO VERSADA NA DECISÃO RECORRIDA. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA DIALETICIDADE E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESSE TÓPICO. EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS APRESENTADAS PELAS EMPRESAS LICITANTES. CRITÉRIO DE DESEMPATE. ADOÇÃO DE CRITÉRIO PREVISTO NO EDITAL DO PROCESSO LICITATÓRIO. TRATAMENTO PROTETIVO CONFERIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, À LUZ DO DISPOSTO NOS ARTS. 170, INC. IX, DA CF/88 E 44 DA LC Nº 123/06. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE CONSTATÁVEL DE PLANO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO. REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA LIMINAR MANDAMENTAL DESATENDIDOS. “O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno não se limita aos casos de empate presumido, nos quais possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado, com mais razão, na hipótese de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo. Incidência do art. 44 da LC nº 123/06, cuja redação é taxativa:



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E LOGÍSTICA
DIRETORIA CENTRAL DE COMPRAS

60

"Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte." ("ut" ementa do Acórdão do AI nº 70071214779, julgado pela 21ª Câmara Cível deste Tribunal). No caso concreto, embora a impetrante sustente a ilegalidade do critério de desempate adotado pela Comissão de Licitação, com suporte em cláusula do edital do certame, argumentando ter sido inobservado o disposto no art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, não há como, de plano, ter como configurada nulidade a esse respeito. **Sem prejuízo do critério expressamente indicado em cláusula do edital do certame licitatório, cumpre ter em conta que, a teor do que preceituam os arts. 170, IX, da CF/88 e 44 da LC nº 123/2006, o tratamento privilegiado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, a priori, não se restringe às hipóteses de empate presumido ou ficto entre as licitantes, comportando aplicação às situações em que se constata empate real, como ocorre "in casu".** Assim, nada autoriza a concessão da liminar pleiteada no "mandamus", ausente a demonstração, de plano, do requisito da probabilidade do direito exigido nos arts. 300 do CPC/2015 e 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/2009. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 70077466415, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 29-11-2018). (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. SUSPENSÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO. OCORRÊNCIA DE EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS. TRATAMENTO FAVORECIDO À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ARTIGO 170, INC, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. CRITÉRIO DE DESEMPATE. Para a concessão de liminar em sede de mandado de segurança deve haver o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/2009, quais sejam, a relevância do fundamento e risco de ineficácia da medida. Hipótese em que não restou comprovada a verossimilhança do direito invocado, tampouco manifesta ilegalidade no ato administrativo impugnado. Critério de desempate utilizado pela autoridade apontada como coatora que não se reveste de ilegalidade, ante a aplicação do artigo 45, §2º, da Lei nº 8.666/93. **O tratamento diferenciado determinado pela LC 123/2006 deve ser aplicado nos processos de licitação, independentemente de ocorrer casos de empate ficto ou real, em face da aplicação da exegese do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06, e da norma constitucional prevista no artigo 170, inciso IX.** Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento, Nº 70078481025, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em: 10-10-2018). (grifo nosso)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CRITÉRIO DE DESEMPATE. EMPATE REAL DE PROPOSTAS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO PROTETIVO. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. **O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno não se limita aos casos de empate presumido, nos quais possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado, com mais razão, na hipótese de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro**



lugar já alcançaram o valor mínimo. Incidência do art. 44 da LC nº 123/06, cuja redação é taxativa: "Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte." Caso em que somente uma das empresas participantes, e em condição de empate real, sustenta o caráter de ME/EPP. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento, Nº 70071214779, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em: 01-12-2016). (grifo nosso)

Como se pode observar, diferentemente do alegado no presente recurso, não há um entendimento unânime a respeito da matéria, sendo que dentro do âmbito dos próprios Tribunais de Contas Estaduais há divergência de posicionamento em relação à matéria.

Considerando que no momento em que ocorreu o julgamento do presente certame o TCE-MG ainda não tinha se manifestado a respeito, optou-se por seguir o entendimento do TCE-SC, que adotou a mesma tese defendida pela Zênite Consultoria e pelo Professor Marçal Justen Filho e por Joel de Menezes Niebuhr.

Não obstante, com a recente decisão exarada pelo TCE-MG, indiferentemente de um possível entendimento contrário do Município quanto à matéria, cabe ao mesmo seguir o posicionamento do órgão de controle externo ao qual está vinculado/subordinado e rever o julgamento anteriormente exarado para conceder à Recorrente os benefícios previstos na LC nº. 123/06.

Desta forma, resta incontestado que juntamente com a decisão do TCE-MG citada, o fato de haver decisões judiciais no sentido de considerar que deve ser concedido o benefício para as ME/EPPs no caso de empate real, onde não seja possível ofertar nova proposta com valor inferior aos demais licitantes, reforça o posicionamento de rever o julgamento administrativo anteriormente realizado para aplicar os benefícios da LC nº. 123/06 no caso *in situ*.

Assim, com base no princípio da autotutela, faço reconsideração à realização do sorteio, em razão dos fundamentos acima expostos, para que seja concedida preferência de contratação à Recorrente microempresa EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA, devendo ser analisada sua documentação de habilitação, nos termos do



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E LOGÍSTICA
DIRETORIA CENTRAL DE COMPRAS

Edital do Pregão Eletrônico nº. 070/2022, e caso habilitada, seja declarada vencedora do certame.

Resolvida a questão, insta lembrar que na sua peça recursal a empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda faz menção a uma possível "inusitada realização do sorteio de modo presencial!" Nesse ponto, cabe esclarecer que o Município desconhece tal fato, afinal, como todos os licitantes ficaram empatados, o sorteio do arrematante ocorreu pela plataforma do Banco do Brasil dentre as propostas empatadas, definindo como arrematante a Recorrida M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA, como abaixo colacionado:

10/02/2023 11:37:50:813	SISTEMA	Existem 13 fornecedores empatados com o lance no valor de 100,00. A decisão do arrematante será sorteada pelo sistema eletrônico dentre os lances empatados.
10/02/2023 11:37:50:813	SISTEMA	O fornecedor, M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA ME, foi sorteado pelo sistema eletrônico como arrematante do lote.

O sorteio eletrônico foi realizado pelo sistema do BB de forma aleatória, automatizada, sem qualquer intervenção humana ou do próprio pregoeiro. O procedimento é idôneo e padronizado para toda e qualquer licitação que utilize tal plataforma, incluindo este Pregão, consoante mensagens, abaixo colacionadas:

14/04/2023 16:27:18:715	PREGOEIRO	...previstos na legislação aplicável. Na sequência, foi realizado sorteio de forma aleatória e automatizada pelo próprio sistema licitações-e do BB, sem qualquer intervenção humana, nos termos do mencionado subitem 12.20 e conforme se observa na ...
14/04/2023 16:29:29:313	PREGOEIRO	...mensagem enviada pelo sistema e não pelo pregoeiro, às 11:37:50:813 do dia 10/02/23. Tal procedimento automático é padrão utilizado para qualquer licitação realizada nesta plataforma.

Sendo assim, conclui-se que a Recorrente se equivocou ao apontar tal situação ou colacionou o texto de petição utilizada frente a outro órgão da Administração, não sendo necessário aprofundar na matéria.



63

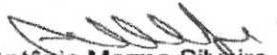
Já em relação à alegação da Recorrida de que "Impende-se destacar, por fim, que a empresa Livpay, provavelmente, já não se enquadra, seguindo o que estabelece o art. 3º § 9º da Lei federal 123/2006, como microempresa ou empresa de pequeno porte, pois já detém contratos no ano anterior e corrente que extrapolam a receita bruta para seu enquadramento como tal"; cabe esclarecer que foi promovida diligência para se verificar a situação e ficou devidamente comprovado o seu enquadramento como ME.

5. CONCLUSÃO

Pelos fatos e fundamentos expostos, recebo o recurso interposto pela EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL – LTDA, para no mérito, dar-lhe provimento, e pelo princípio da autotutela, reconsidero a decisão de declarar vencedora a empresa M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA para que seja, nos termos da decisão do TCE-MG, concedida a preferência pela contratação da microempresa, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006 e, ato contínuo, verificar sua documentação para, se habilitada, declará-la vencedora do certame.

Nada mais havendo a relatar, submeto à Autoridade Administrativa Superior para apreciação e decisão, conforme preceitua a legislação.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2023.


Antônio Marmo Silveira Júnior
Pregoeiro

De acordo,

EMERSON DUARTE
MENEZES:80183492668

Assinado de forma digital por
EMERSON DUARTE
MENEZES:80183492668
Dados: 2023.06.22 17:05:03 -03'00'

Emerson Duarte Menezes



RAMON BARBOSA E SILVA

ADVOGADO
OAB/PR nº 48.877



64
J

PROCURAÇÃO "AD JUDICIA ET EXTRA"

OUTORGANTE: EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda. ME., microempresa regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 13.081.547/0001-00, com sede e foro na Rua Vicente Machado, nº 3139, Sala 01, Bairro dos Estados, CEP 85.035.180, Guarapuava-PR, por intermédio de seu representante legal o Sr. Rodrigo Barbosa e Silva, brasileiro, solteiro, Analista de Sistemas, portador do RG nº. 6.186.996-4 SSP-PR, inscrito no CPF/MF sob o nº.004.068.469-52.

OUTORGADO: RAMON BARBOSA E SILVA, brasileiro, Advogado regularmente inscrito na OAB/PR sob o nº 48.877, com endereço profissional na Rua Coronel Lustosa, nº 1022, Centro, CEP 85.010-060 - Guarapuava-PR, onde recebe intimações e citações.

PODERES: *amplos, gerais e ilimitados para o foro em geral, ou onde com esta se apresentar, para representar a Outorgante em juízo ou fora dele, como autora, ré, assistente ou oponente, podendo propor ou contestar ações ou participar de processos incidentes, preliminares cautelares e acessórios; e especiais para a defesa de todo e qualquer interesse ou direito da Outorgante, podendo para tal fim, dito procurador, requerer o que convier, praticar todos os atos de advocacia e outros necessários e inerentes ao presente mandato, especialmente transigir para os fins e efeitos do art.448 do CPC, intentar de novo, receber e dar quitação, levantar quantias depositadas, firmar compromissos, podendo o outorgado substabelecer a presente procuração com ou sem reserva de iguais poderes.*

Guarapuava, 21 de Janeiro de 2015.

EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda. ME

Rodrigo Barbosa e Silva

OUTORGANTE

Rua Coronel Lustosa, 1022 - Centro
CEP 85.010-060 - Guarapuava/PR-
Telefone: (42) 3623-1748
Eletrônico: ramon@barbosaesilva.com.br

Licitação - Pref. São Joaquim da Barra

De: "Ramon Barbosa e Silva" <juridico@livpay.com.br>
Data: sexta-feira, 13 de outubro de 2023 17:25
Para: <licitacao@saojoaquimdabarra.sp.gov.br>
Cc: "Ramires Barbosa" <ramires@livpay.com.br>
Anexar: Recurso Administrativo - LivPay - São Joaquim da Barra - sorteio entre todas as empresas. descumprimento preferência contratação ME - pregão na modalidade presencial.pdf; tc sp preferência MEEPP.pdf; Resposta Recurso - Emissora.pdf; PROCURAÇÃO-LIV.pdf
Assunto: Recurso Administrativo. Pregão Presencial nº 051/2023. Cartões de Vale Alimentação. Recorrente: LIVPAY

Prezado Senhor Pregoeiro Oficial da Prefeitura de São Joaquim da Barra - SP,

Em anexo seguem as razões de recurso administrativo e anexos, para apreciação por V. Senhoria.

Evidenciamos que, além da decisão do TCE-SP que corrobora com a nossa tese recursal, juntamos resposta da Prefeitura de Belo Horizonte-MG, que, em caso idêntico, deu provimento.

Não obstante, visando o espírito colaborativo, estamos à disposição para quaisquer esclarecimentos adicionais reputados necessários.

Cordialmente,

Ramon Barbosa e Silva

Advogado

O/AB/PR II. 48.877

Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda. ME - LIVPAY
- Departamento Jurídico -