



Recurso - Pregão Presencial nº 005/2023



De julia.mianuti@verocard.com.br em 21/07/2023 15:20

 Detalhes  Cabeçalhos  Texto simples

 CISNORTE - recurso direito preferência EPP.pdf (~504 KB) 

Prezados, boa tarde!

Segue em anexo o recurso referente ao Pregão Presencial nº 005/2023 - **Registro de Preços para a futura e eventual “Contratação de empresa especializada para prestação dos serviços relativos ao fornecimento, administração e gerenciamento de Cartão Vale Alimentação para os Servidores Públicos do Consórcio Intermunicipal de Saúde Norte de Minas - CISNORTE na modalidade de cartões eletrônico com chip, tarja magnética e/ou eletrônico em quantidades de acordo com a conveniência do CISNORTE”.**

Favor confirmar o recebimento.

Obrigada!

Qualquer dúvida estou à disposição.

Atenciosamente,



Av. Presidente Vargas, 2001 - Conj. 174
Jd. Santa Ângela, Ribeirão Preto-SP
CEP: 14020-525
www.verocard.com.br
(16) 4009-9531



VEROCARD

o verdadeiro benefício

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE NORTE DE MINAS - CISNORTE/MG.

REF.: EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2023 - (REGISTRO DE PREÇOS)

VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA, empresa com sede na Avenida Presidente Vargas nº 2043, conjunto 174, 17º andar, Jardim Santa Angela, Cep. 14430-525, na cidade e comarca de Ribeirão Preto-SP, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 06.344.497/0043-41, vem, com o devido respeito e acato, ante Vossa Senhoria, nos termos da legislação aplicável à espécie, inconformada com as decisões levadas a efeito nos autos da licitação em apreço, interpor o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO**, fazendo-o pelos fundamentos de fato e de direito a seguir articulados:

I. DA TEMPESTIVIDADE

Considerando os termos do inciso XVII do art. 4º da Lei 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 3 (três) dias da decisão impugnada.

Conforme consignado na Ata da sessão do pregão, a empresa recorrente manifestou de forma fundamentada a intenção de recurso em face da ilegalidade da decisão que levou deixou de observar o direito de preferência para as micro e pequenas empresas participantes do certame, o que deve ser revisto pelos seguintes motivos.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

II. DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS:

Como é sabido, os pressupostos do recurso administrativo são divididos entre subjetivos (legitimidade e interesse) e objetivos (existência de ato administrativo de cunho decisório, tempestividade, fundamentação e pedido de nova decisão). Presentes estes pressupostos, deve a administração apreciar o mérito constante do apelo que lhe é submetido.

No caso em apreço, cumpre registrar que, em relação aos pressupostos acima ventilados, a VERO-CHEQUE é participante do processo licitatório conduzido por esta municipalidade na modalidade **PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2023 - (REGISTRO DE PREÇOS)**, e manifesta-se por meio deste recurso, tempestiva (prazo derradeiro finda em 25/07/2023).

Desta forma, o presente recurso deve ser recebido em seus regulares efeitos, conforme preconiza o § 2º, do art. 109, da Lei Geral de Licitações.

III. NO MÉRITO:

3.1. DA NECESSIDADE DE ASSEGURAR O DIREITO DE PREFERÊNCIA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. IMPERATIVO LEGAL QUE SE SOBREPÕE AO EDITAL E DEVE SER OBSERVADO SOB PENA DE ANULAÇÃO JUDICIAL DO CERTAME.

Em que pese o extremo zelo do Órgão Licitante ao elaborar o presente instrumento convocatório, o Ilustre Pregoeiro equivocou-se ao deixar de observar o direito de preferência da empresa recorrente, por estar enquadrada como EPP, e das demais empresas que estavam na mesma situação, as quais têm direito de preferência na contratação derivado do imperativo legal decorrente da Lei Complementar nº 123/06.

Com efeito, ante as propostas finais no mínimo legal admitido no edital, sobressai-se a obrigação legal de preferência para a contratação das micro e pequenas empresas participantes do certame, isso independentemente da oferta de nova proposta.



VEROCARD
o verdadeiro benefício

Portanto, diante da confirmação do empate entre as empresas participantes, deveria ter sido realizado sorteio entre as micro e pequenas empresas, o que não foi respeitado pelo I. Pregoeiro, e se não for revisto nesse momento, poderá culminar com a anulação judicial do certame.

Isso porque, a Lei Complementar nº 123/06 trouxe um tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte quanto ao cumprimento de obrigações tributárias e trabalhistas; ao acesso a crédito e à aquisição de bens e serviços pelo Poder Público.

Conforme a redação do art. 45, I da LC nº 123/06, "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". **É o denominado direito de preferência:**

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



VEROCARD

o verdadeiro benefício

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.**

De acordo com a lei nº 123/06, não pode haver óbice à concessão do tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte, especialmente conforme estabelecido nos artigos 44 e 45 da referida 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 citada Lei Complementar.

Ademais, nenhuma norma inferior **jamais poderá se opor ou se sobrepor à ditames estipulados em lei complementar, no caso, a LC nº 123/2006**, uma vez que se encontra em degrau normativo superior.

Logo, o que ocorreu no **juízo do certame**, ao se **desprezar o direito de preferência à contratação das micro e pequenas empresas participantes do certame**, apresenta-se como **descumprimento de dever legal**.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Com efeito, é certo que a ninguém é lícito alegar desconhecimento da lei para não a cumprir, especialmente quem possui atribuição de condutor de contratações públicas.

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

3.2. DA PREFERÊNCIA LEGALMENTE ESTATUÍDA PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS DE PEQUENO PORTE -EPP E MICROEMPRESAS -ME.

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.

Porém, o critério de desempate assegurando direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte tem expressa previsão constitucional (CF, art. 170, IX) e legal (art. 44, Lei Complementar 123), devendo prevalecer o interesse do ente público em detrimento do particular, evitando assim o desnecessário comprometimento do erário.

Nesse sentido, as microempresas e empresas de pequeno porte possuem tratamento especial junto à ordem constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Nestes termos, o referido tratamento diferenciado encontra-se encartado como um dos princípios da ordem econômica, a saber:

"Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho



VEROCARD

o verdadeiro benefício

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."

A legislação infraconstitucional, em concretização à determinação constitucional, estabeleceu regras de tratamento preferencial a tais empresas pela Lei Complementar nº 123/2006. Dispõe o artigo 44 da referida lei:

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

Nesse mesmo sentido, destacam-se os recentíssimos julgados proferidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, entre outros, os quais se adequam perfeitamente ao caso em apreço, praticamente pacificando entendimento favorável a concessão do direito de preferência para as micro e pequenas empresas, vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - DIREITO DE PREFERÊNCIA DE MICROEMPRESA NA CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO - MOMENTO DE EXERCÍCIO NO CERTAME NA MODALIDADE PREGÃO - DEFINIÇÃO EXPRESSA NO § 3º DO ART. 45 DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 123/2006 - ENCERRAMENTO DA DISPUTA NA FASE DE LANCES - VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADA NO CASO CONCRETO - SENTENÇA REFORMADA PARA CONCEDER A ORDEM PERSEGUIDA. A Lei Federal nº 12.016/2009 prevê a via mandamental como meio de proteção contra ato ilegal de autoridade que importe ameaça de lesão ou lesão efetiva a direito líquido e certo de pessoas físicas e jurídicas, não amparado por habeas corpus e habeas data. A fim de conferir



VEROCARD

o verdadeiro benefício

efetividade às normas insertas nos arts. 170, IX, e 179 da Constituição da Republica, o legislador pátrio editou a Lei Complementar Federal nº 123/2006, que estabelece o direito de preferência de microempresas e empresas de pequeno porte na contratação com o Poder Público em processos licitatórios, quando verificada alguma das hipóteses de empate ficto - descritas nos §§ 1º e 2º do art. 44 - com empresas assim não qualificadas. A Lei Complementar Federal nº 123/2006 também é explícita em fixar o momento do exercício deste direito de preferência. Especificamente na modalidade pregão, a lei é textual em determinar a convocação da ME ou EPP em empate ficto com outra participante assim não qualificada, para que ela apresente nova proposta com redução do preço alcançado, imediatamente após o encerramento dos lances. A disputa na fase de lance existe na persistência de mais de um licitante. Declinada o oferecimento do novas propostas por dois dos três participantes da etapa prevista no art. 4º, inciso VIII, da Lei Federal nº 10.520/2002, não é legal o ensejo de oportunidade ao único concorrente remanescente de novo lance que supere a sua própria última oferta, com conseqüente óbice ao exercício do direito in serto no § 3º, art. 45, da Complementar Federal nº 123/2006.

(TJ-MG - AC: 10000210031779001 MG, Relator: Leite Praça, Data de Julgamento: 29/04/2021, Câmaras Cíveis / 19ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/05/2021)

EMENTA: ADMINISTRATIVO - REMESSA NECESSÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO LICITATÓRIO - MICROEMPRESA - TRATAMENTO FAVORECIDO PREVISTO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E PELA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL - ABUSIVIDADE - DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO - SENTENÇA CONFIRMADA. A Constituição da Republica prevê que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditamos da justiça social, observados, dentre outros princípios, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (artigo 170, inciso IX). Da interpretação sistemática da Lei Complementar n. 123/2006, a qual regulamenta o disposto na Constituição da Republica, e tendo em vista o que determina o artigo 1.179 do Código Civil, é forçoso concluir pela abusividade do ato impugnado, que manteve a exigência editalícia de apresentação de balanço patrimonial em desfavor da impetrante.

(TJ-MG - Remessa Necessária-Cv: 10000211926399001 MG, Relator: Edilson Olímpio Fernandes, Data de Julgamento: 14/12/2021, Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 16/12/2021)



VEROCARD
o verdadeiro benefício

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. IRREGULARIDADE DO EDITAL. EXIGÊNCIA DE PNEUS E ACESSÓRIOS ORIGINAIS DE MONTAGEM E DE FABRICAÇÃO NACIONAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ISONOMIA. CRITÉRIOS DE PREFERÊNCIA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 SEM AS ALTERAÇÕES INSERIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/14. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. BENEFÍCIOS AUTOAPLICÁVEIS INDEPENDENTEMENTE DE PREVISÃO EDITALÍCIA. RECOMENDAÇÃO AO GESTOR. EXIGÊNCIA DE QUE OS PNEUS E ACESSÓRIOS SEJAM DE PRIMEIRA LINHA E OU DE BOA QUALIDADE. LICITUDE. AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO DO OBJETO, SEM JUSTIFICATIVA. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE PRAZO EXÍGUO PARA ENTREGA DOS PRODUTOS. BENS DE PRONTA ENTREGA. RAZOABILIDADE DA EXIGÊNCIA. TERMO DE REFERÊNCIA INCOMPLETO. INFORMAÇÕES ESSENCIAIS PRESENTES NO EDITAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO, SEM JUSTIFICATIVA. POSSIBILIDADE. 1. A EXIGÊNCIA DE QUE OS PRODUTOS SEJAM ORIGINAIS DE MONTAGEM NÃO SE MOSTRA RAZOÁVEL, POIS RESTRINGE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS, FAVORECENDO AQUELAS QUE COMERCIALIZAM DIRETAMENTE COM OS FABRICANTES, COMPROMETENDO A COMPETITIVIDADE E A ISONOMIA DO CERTAME, E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, A BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, VIOLANDO OS PRINCÍPIOS PREVISTOS NO ART. 3º, CAPUT, E § 1º, I, DA LEI N.º 8.666/93. 2. A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS NÃO FAZ ÓBICE À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS NAS CONTRATAÇÕES REALIZADAS PELO PODER PÚBLICO. PORTANTO, AO OPTAR A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR ESPECIFICAÇÃO DO PRODUTO QUE BENEFICIE DETERMINADO FORNECEDOR OU FABRICANTE EM DETRIMENTO DOS DEMAIS, RESTRINGINDO O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME SEM A DEVIDA JUSTIFICATIVA, PATENTE A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 3. OS CRITÉRIOS DE PREFERÊNCIA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE DEVEM OBSERVAR AS DISPOSIÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/06 COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LC N.º 147/14, CUJOS BENEFÍCIOS NÃO DEPENDEM DE PREVISÃO EDITALÍCIA, UMA VEZ QUE SÃO AUTOAPLICÁVEIS. 4. A DIVISÃO ENTRE PNEUS DE PRIMEIRA E SEGUNDA LINHA É UMA PECULIARIDADE DO MERCADO, DICOTOMIA QUE, PARA FINS DE ESPECIFICAÇÃO EDITALÍCIA, NÃO CONFIGURA INDICAÇÃO DE CARACTERÍSTICA SUBJETIVA, E BUSCA PROPICIAR MAIOR SEGURANÇA E CONTINUIDADE AOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE, NÃO COMPROMETENDO A COMPETITIVIDADE OU A AMPLA PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS. 5. O FRACIONAMENTO DO OBJETO A SER LICITADO, PREVISTO NO § 1º DO ART. 23 DA LEI DE



VEROCARD

o verdadeiro benefício

LICITAÇÕES E CONTRATOS, SÓ É POSSÍVEL QUANDO FOR DEMONSTRADA A VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICA DE TAL ATO. 6. A EXIGUIDADE DO PRAZO PARA ENTREGA DEVE SER AVALIADA NO CASO CONCRETO, CONSIDERANDO INCLUSIVE O TIPO DE PRODUTO LICITADO. NA HIPÓTESE DE BENS CONCEBIDOS COMO DE PRONTA ENTREGA, NÃO HÁ IRREGULARIDADE NA EXIGÊNCIA DE REMESSA IMEDIATA. 7. NAS AQUISIÇÕES DE BENS MEDIANTE PREGÃO, É RAZOÁVEL QUE AS INFORMAÇÕES ESSENCIAIS ESTEJAM PRESENTES NO TERMO DE REFERÊNCIA E NOS DEMAIS ITENS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. 8. A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO EM PROCESSOS LICITATÓRIOS, NOS TERMOS DO ART. 33 DA LEI 8.666/93, É EXCEPCIONAL E ESPECÍFICA, A DEPENDER DO JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO, NÃO SENDO CONDIZENTE COM OS OBJETIVOS DO PREGÃO, DE AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS. PORTANTO, DESNECESSÁRIA JUSTIFICATIVA PARA A SUA VEDAÇÃO.

(TCE-MG - DEN: 944765, Relator: CONS. SUBST. HAMILTON COELHO, Data de Julgamento: 25/04/2017, Data de Publicação: 30/05/2017)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. BENEFÍCIO CONFERIDO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. REGULARIDADE. ARQUIVAMENTO. A ADMINISTRAÇÃO DEVE DAR PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO NAS LICITAÇÕES ÀS MICROEMPRESAS E ÀS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, NO CASO DE HAVER EMPATE FICTO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006, OPORTUNIZANDO À MICROEMPRESA (ME) OU À EMPRESA DE PEQUENO PORTE (EPP) MELHOR CLASSIFICADA, OFERECER NOVA PROPOSTA DE PREÇO EM FACE DA PROPOSTA CONSIDERADA VENCEDORA DO CERTAME, DESDE QUE ESTA SEGUNDA NÃO TENHA SIDO FEITA POR UMA ME OU EPP.

(TCE-MG - DEN: 932525, Relator: CONS. WANDERLEY ÁVILA, Data de Julgamento: 22/06/2017, Data de Publicação: 05/07/2017)

"Agravamento de Instrumento – Mandado de Segurança – Recurso contra decisão que indeferiu pleito pela concessão de tutela de urgência para suspensão do procedimento licitatório – Empresa impetrante- agravante que visa seu deferimento nesta Superior Instância argumentando ter havido inobservância das regras do Edital no que toca à oportunidade de realização de lances, batendo-se pelo



VEROCARD

o verdadeiro benefício

reconhecimento de sua seleção como melhor oferta, afastando-se a classificação de outra empresa – Desprovemento de rigor. 1. Não assiste razão à empresa impetrante-agravante em seu pleito pela reforma da r. decisão que indeferiu o pedido liminar - Elementos reveladores da ausência dos requisitos legais para o deferimento da liminar, mormente a verossimilhança das alegações – Empresa agravada que restou selecionada em atenção ao critério de desempate expressamente previsto no Edital e na LC nº 2123/2006 porque microempresa que goza de privilégio legal – Critério de desempate que somente se opera quando encerrada a fase de lances, tal como atestado no procedimento licitatório – Inexistência de mácula – Precedentes da Corte. 2. Por fim, as demais questões opostas pelas partes que dizem respeito ao mérito e não podem ser objeto de análise no agravo sob pena de supressão de Instância e deverão ser detidamente apreciadas por ocasião do julgamento final da ação originária. **Decisão mantida - Recurso desprovido.**" (TJSP; Agravo de Instrumento 2214241-92.2022.8.26.0000; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/11/2022; Data de Registro: 17/11/2022)

Mandado de segurança. Liminar concedida para suspensão de procedimento licitatório. Insurgência descabida. **Inobservância do critério de desempate de licitantes microempresas e empresas de pequeno porte (LC nº 123/06, arts. 44 e 45).** Presença de fumus boni juris et periculum in mora. Recurso desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2143339-80.2023.8.26.0000).

AGRAVO DE INSTRUMENTO MANDADO DE SEGURANÇA Município de São José do Rio Preto Licitação Pregão Eletrônico Contratação de empresa para serviços de administração, gerenciamento e fornecimento



VEROCARD

o verdadeiro benefício

de auxílio-alimentação aos servidores públicos municipais ativos e inativos, por cartão magnético Critério de desempate Preferência às microempresas e empresas de pequeno porte. Não é possível, com convicção, compreender-se que as regras previstas pela Lei n.º 8.666/1993 e pela Lei Complementar n.º 123/2006 não possam também ser estendidas à preferência para ME/EPP, em caso de empate real e não somente nos casos de empate ficto de propostas. Nem é tão cristalina a diferença apontada pela recorrente entre os dois tipos de empate Exegese dos artigos 3.º da Lei n.º 14.442/2022 e 44 da Lei Complementar n.º 123/2006 Indeferimento do pedido liminar do writ, consistente na suspensão do procedimento licitatório Ausentes os requisitos previstos pelo artigo 7.º, inciso III, da Lei n.º 12.016/2009 Confirmação da decisão agravada Recurso não provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2056289-16.2023.8.26.0000).

Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Decisão recorrida que indeferiu a tutela de urgência. Irresignação da impetrante. Não acolhimento. **Ato impugnado que decorre de previsão legal e que, portanto, deve prevalecer sobre o edital.** Decisão mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2300081-70.2022.8.26.0000; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7.ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirandópolis 2.ª Vara; Data do Julgamento: 20/03/2023; Data de Registro: 20/03/2023).

Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. **Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral.** Taxa de administração negativa. Vedação.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7.^a Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga 4.^a Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. OCORRÊNCIA DE EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS. TRATAMENTO FAVORECIDO À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ART. 170, INC, IX, DA CF. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. CRITÉRIO DE DESEMPATE. **O tratamento protetivo às microempresas e 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, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo, em face do que preceitua o art. 44 da Lei Complementar nº 123/06:** "Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte." Situação dos autos em que somente uma das empresas participantes do certame, uma vez constatado o empate real, ostenta a condição de ME/EPP. O ato levado a efeito pela Autoridade coatora violou direito líquido e certo da impetrante, dando azo ao refazimento parcial do certame, ante a declaração de nulidade do julgamento das propostas apresentadas. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA INTEGRALMENTE EM REEXAME OBRIGATÓRIO. (Apelação e Reexame Necessário, Nº



VEROCARD

o verdadeiro benefício

70076196989, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 30-05-2018). Data de Julgamento: 30-05-2018 Publicação: 06-06-2018 – **destacado**

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO FAVORECIDO. ART. 44, LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. INCIDÊNCIA. O tratamento favorecido conferido às empresas de pequeno porte, com assento constitucional (art. 170, IX, CF/88), materializa-se, entre outras vantagens, na preferência de contratação, **não podendo ser ignorado, notadamente quando a apelada é a única licitante com tal qualificação**, não fosse o atendimento as regras constantes do edital, inclusive no que diz com a comprovação de seu enquadramento e invocação à prerrogativa do art. 44, LC nº 123/06, de óbvia incidência no caso dos autos. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70051984789, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 30/01/2013 – **destacado**

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR - PREGÃO PRESENCIAL Nº 03/2015 - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA GERENCIAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE VALE-ALIMENTAÇÃO - LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA LICITAÇÃO E QUALQUER ATO DELA DECORRENTE - **APARENTE VIOLAÇÃO À LEI COMPLEMENTAR 123/2006 - DIREITO DE PREFERÊNCIA DA MICROEMPRESA - PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, INCISO III, DA LEI Nº 12.016/90 - DECISÃO SINGULAR MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS - RECURSO NÃO PROVIDO.** (TJPR - 4ª Câmara Cível - AI - Santa Izabel do Ivaí - Rel.: DESEMBARGADORA REGINA HELENA AFONSO DE OLIVEIRA PORTES - J. 10.03.2016-AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1416396-7, NÚMERO



VEROCARD

o verdadeiro benefício

UNIFICADO: 0032317-11.2015.8.16.0000).

De outro norte, importante registrar que nem a legislação infraconstitucional e muito menos a Constituição limitam o direito de preferência na contratação das pequenas empresas apenas em situações de empate ficto.

Nesta vertente, afastar a aplicação da regra especial (art.44 da LC 123/06) em favor da regra geral (art. 45, §2º da Lei 8.666/93) é negar vigência à própria ordem constitucional.

Assim, tendo ocorrido empate quanto ao preço ofertado pelas empresas concorrentes na fase de julgamento das propostas apresentadas no processo licitatório em questão, verificou-se inobservância do direito de preferência garantido pela Lei Complementar nº 123/06, conferido pelo seu art. 44 às microempresas e empresas de pequeno porte, nas situações em que constatado o empate entre as propostas.

No mesmo passo, veja-se que 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:

(...)



VEROCARD

o verdadeiro benefício

§ 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.**

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!**



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Dito isso, outro deslinde não pode ter o presente caso a não ser a revisão do ato administrativo impugnado, para que seja revogado/anulado o ato que declarou a empresa **MEGAVALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** como primeira colocada no certame.

IV.) DOS PEDIDOS:

Por todo o exposto, serve o presente Recurso Administrativo, para **requerer a Vossa Senhoria**, ante a forte argumentação 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 005/2023 - (REGISTRO DE PREÇOS):****

b.1) respeitando e considerando a condição legal de empresa de pequeno porte da ora Recorrente;

b.2.) anulando a decisão que declarou a empresa **MEGAVALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA como 1ª colocada no certame e conseqüentemente que seja **realizado sorteio somente entre as micro e pequenas empresas participantes do certame e aptas para tanto.****

c)- Acaso seja mantida a decisão recorrida – o que se admite apenas por cautela – que seja remetido o processo, instruído com o presente recurso à autoridade hierárquica superior, conforme estabelece o Art. 109, §4º, do Estatuto das Licitações, aplicado subsidiariamente ao presente caso, havendo de ser acolhido e provido, em todos os seus termos o presente **RECURSO**, reformando-se as decisões “*a quo*”, como requerido;

d)- De qualquer sorte, que o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO** seja recebido no seu **EFEITO SUSPENSIVO**, consoante previsto no parágrafo 2º, do Art. 109, da Lei de



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Regência, que dá guarida ao presente pedido;

d) Seja provido o presente recurso, e, atendidos os seus pedidos, para imposição e prevalência da lei, da doutrina e dos princípios da moralidade administrativa, a publicidade, a ampla defesa e a legalidade, afastando-se, em consequência disso, o abjeto cerceio dessa mesma defesa, o que é nefasto para ambas as partes, na atual democracia em que vivemos!

Nestes termos, pede provimento.

Ribeirão Preto/SP, 21 de julho de 2023.

NICOLAS TEIXEIRA

VERONEZI:22574800826

Assinado de forma digital por

NICOLAS TEIXEIRA

VERONEZI:22574800826

Dados: 2023.07.21 15:08:56 -03'00'

VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.