



ASSUNTO: RECURSO ADMINISTRATIVO
REFERENTE AO PROCESSO LICITATÓRIO DIGITAL Nº 28.348/2023 – CÓD. VERIFICADOR Nº 07U7Q20X¹
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2022 – COHAB ARAUCÁRIA - CÓD. UASG: 929456
REQUERENTES: GREEN CARD S/A REFEICOES COMERCIO E SERVICOS – CNPJ: 92.559.830/0001-71; LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA – CNPJ 19.207.352/0001-40; BIQ BENEFICIOS LTDA – CNPJ: 07.878.237/0001-19

1. DOS FATOS

1.1. As razões recursais apresentadas pelas requerentes no sistema Compras.gov.br, foram autuadas através dos seguintes processos administrativos digitais:

Requerente	CNPJ	Nº Processo Digital	Cód. Verificador
GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS	92.559.830/0001-71	68272 / 2023	65FN936A
LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA	19.207.352/0001-40	68904 / 2023	JVK355SB
BIQ BENEFICIOS LTDA	07.878.237/0001-19	69115 / 2023	TH33O87D

1.2. A licitação em epígrafe tem por objeto a “**contratação de serviços de implantação, gerenciamento, administração, fiscalização, emissão, fornecimento e manutenção de cartão-refeição e cartão-alimentação, através de cartões magnéticos ou de tecnologia similar para os funcionários e diretores da COHAB, em conformidade com o disposto no Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios da Companhia, conforme características e condições descritas no Edital e seus Anexos**”;

1.3. A abertura do certame deu-se em 10/05/2023 na plataforma Compras.gov.br, tendo participado as empresas abaixo relacionadas, na ordem de classificação demonstrada no sistema após transcurso da fase de lances:

Lote único

Valor máximo aceitável: R\$ 599.495,00 – Taxa de Adm. máxima aceitável: 0,25%

Valor limite aceitável: R\$ 598.000,00 – Taxa de Adm. limite aceitável: 0,00%

Fornecedor	Proposta (R\$)	Melhor Lance (R\$)	Taxa de Administração	Declaração ME/EPP
EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL LTDA.	598.000,00	598.000,00	0,00%	SIM
MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA.	598.000,00	598.000,00	0,00%	SIM
BIQ BENEFICIOS LTDA	598.000,00	598.000,00	0,00%	NÃO
GREEN CARD S/A REFEICOES COMERCIO E SERVICOS	598.000,00	598.000,00	0,00%	NÃO
SEFFF SOLUCOES EMPRESARIAIS LTDA	598.000,00	598.000,00	0,00%	NÃO
GIMAVE - MEIOS DE PAGAMENTOS E INFORMACOES LTDA	598.000,00	598.000,00	0,00%	NÃO

¹ A consulta aos processos utilizando os respectivos números e códigos verificadores, podem ser efetuados pelo seguinte link: <https://araucaria.atende.net/autoatendimento/servicos/consulta-de-processo-digital/detalhar/1>



Fornecedor	Proposta (R\$)	Melhor Lance (R\$)	Taxa de Administração	Declaração ME/EPP
LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA	598.000,00	598.000,00	0,00%	NÃO
IFOOD BENEFÍCIOS E SERVIÇOS LTDA.	598.000,00	598.000,00	0,00%	NÃO
SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMERCIO S.A.	598.000,00	598.000,00	0,00%	NÃO
VEROCHEQUE REFEICOES LTDA	598.000,00	598.000,00	0,00%	NÃO
DUCZ TECHNOLOGIES LTDA	598.000,00	598.000,00	0,00%	NÃO
RC CARD SOLUCOES EM PAGAMENTOS LTDA	599.495,00	599.495,00	0,25%	SIM

1.4. Após aceite da proposta julgada vencedora, quando oportunizado, as requerentes manifestaram intenção de recorrer em campo próprio do sistema, nos seguintes termos:

“GREEN CARD S/A REFEICOES COMERCIO E SERVICOS:

A intenção deste recurso é em fato ao processo ser direcionado somente a ME/EPP, não sendo conforme § 2º do art. 3º, da Lei 8.666/93,.”

“LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA:

Registramos intenção de recurso, haja vista que pela vedação a oferta de taxa negativa, não houve fato gerador para o denominado empate ficto, a fim de que possibilitasse a aplicação das disposições contidas nos artigos 44 e 45 da LC 123/06 para o exercício do direito de preferência as ME/EPP”

“BIQ BENEFICIOS LTDA:

Manifestamos intenção de recorrer, devido ao critério de desempate utilizado. Considerando que todas as empresas participantes apresentaram taxa de administração igual a 0%, culminando com empate real entre todas as empresas, sem possibilidade de lances, o correto seria utilizar o critério de desempate disposto no §2º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93 (combinado com § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993), e caso o empate continuasse, deveria ser realizado sorteio entre todas as empresas.”

1.5. Em que pese todas as manifestações apontarem descontentamento com os critérios de desempate estabelecidos em edital, sendo o momento oportuno para o debate o de impugnação ao instrumento convocatório e não a fase recursal, é uma boa praxe que o Pregoeiro evite adentrar ao juízo de mérito daquilo que se postula em sede de juízo de admissibilidade. Assim, foram acolhidas as manifestações e encerrada a sessão no dia 10/05/2023, concedendo-se o prazo recursal de 03 (três dias), que findaria em 15/05/2023, às 23:59hrs;

1.6. As três recorrentes registraram tempestivamente as razões recursais em campo próprio no sistema Compras.gov.br, nos termos do subitem 12.2.3. do Edital;

1.7. A empresa EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL LTDA., declarada vencedora do certame apresentou contrarrazões aos recursos interpostos na data de 18/05/2023 no sistema Compras.gov.br, portanto, tempestivamente.



1.8. Considerando a grande similaridade dos temas abordados nas razões recursais das três requerentes, efetuei a análise conjunta neste documento.

2. DAS RAZÕES

2.1. A recorrente **GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS, em resumo alega que:**

2.1.1. Durante a sessão pública do certame, a maioria das licitantes apresentou proposta final com taxa de administração zerada – como normalmente ocorre em licitações deste tipo – resultando no preço unitário de R\$ 299.000,00 (duzentos e noventa e nove mil reais) e preço global de R\$ 598.000,00 (quinhentos e noventa e oito mil reais). Tal situação conduziu as licitantes a um empate real;

2.1.2. À vista disso, considerando que o item 8.2 do Edital previa a desclassificação da proposta ou o lance vencedor que resultasse em taxa de administração negativa, inferior a 0,00 %, o Sr. Pregoeiro procedeu à realização de sorteio, critério de desempate previsto no art. 45, § 2º da Lei nº. 8.666/93;

2.1.3. Entretanto, **sem qualquer amparo na legislação, o Sr. Pregoeiro realizou o sorteio somente entre as empresas enquadradas como MEs ou EPPs**, ferindo cabalmente os princípios da legalidade estrita, da isonomia entre as licitantes e da supremacia do interesse público, razão pela qual sua decisão merece ser reformada, como se demonstrará a seguir; (grifo-se)

2.1.4. Que foi injusto o julgamento e aplicado o critério de forma incorreta e ilegal;

2.1.5. Que no caso em tela é impossível aplicar o critério de desempate a que alude o artigo 44 da Lei Complementar nº 123/06, primeiro, porque na presente licitação é vedada a oferta de lances negativos no certame. Assim, considerando que as licitantes empatadas apresentaram proposta com taxa de administração zerada, seria inviável que as MEs ou EPPs oferecessem proposta com valor menor. E, segundo, porque na presente licitação houve empate ficto, mas sim empate real;

2.1.6. Que o sorteio deve ser realizado mediante a convocação de todos os licitantes, sem exclusão, seguindo critério previsto no Art.45, § 2º da Lei 8.666/93;

2.1.7. Que não há que se falar, em tratamento diferenciado às MEs e EPPs neste certame, uma vez que tal tratamento não se aplica de forma absoluta. Pelo contrário, deve ser exercido nos moldes da lei, sob pena de desrespeitar o princípio da legalidade estrita e da isonomia entre as licitantes;

2.1.8. Que fica claro o equívoco do Sr. Pregoeiro quando da aplicação da Lei nº 8.666/93, uma vez que, no caso tela, todas as empresas empatadas deveriam ter participado do sorteio. Salienta-se que o direito desta recorrente em ver neste certame o cumprimento da lei, em



especial no tocante a uma igualdade de tratamento para com seus competidores, está consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI;

2.1.9. Salaria que o **juízo objetivo**, alinhado aos comandos do art. 44 e 45 da Lei 8.666/93, é o parâmetro garantidor da isonomia entre as licitantes e da seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública; (grifou-se)

2.1.10. Que o princípio da isonomia é impeditivo de criar uma "desigualdade injustificada";

2.1.11. **Que em que pese o Sr. Pregoeiro tenha realizado o juízo com fulcro no item 7.23.1 do Edital, que prevê a possibilidade de realização de sorteio exclusivo às MEs e EPPs como critério de desempate, fato é que tal disposição contraria a lei, o que é notoriamente vedado no âmbito dos procedimentos licitatórios, em virtude do princípio da legalidade, como se depreende da leitura dos artigos 44 da Lei 8.666/1993; (grifou-se)**

2.1.12. Que, enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. E, no certame em comento, como não há qualquer previsão legal que autorize a disposição editalícia aqui discutida, tem-se que a redação desta não é capaz de se sobressair em relação à lei;

2.1.13. Que, em que pese o princípio da legalidade resguarde a liberdade da Administração Pública nas contratações, certo é que tal liberdade não é plena. Pelo contrário, deve ser sempre exercida de modo a atingir o interesse público, sendo devidamente motivada e fundamentada. Assim sendo, resta evidente que a decisão final do certame em comento deve ser revista, **para o fim de proceder ao desempate por meio de sorteio, desta vez realizado entre todas as licitantes habilitadas e classificadas**, como determina a lei; (grifou-se)

2.1.14. Requer SEJA REVISTO O JULGAMENTO FINAL DO PRESENTE CERTAME, PARA O FIM DE QUE SEJA REALIZADO SORTEIO COM TODAS AS LICITANTES EMPATADAS, POIS FOI ADOTADO CRITÉRIO DE DESEMPATE INCORRETO E ILEGAL e, caso o entendimento do Sr. Pregoeiro seja pela aplicação de critérios de desempate diverso daquele previsto LEGALMENTE, requer-se desde já a anulação completa do certame, pela não observância dos princípios da legalidade estrita, da isonomia entre as licitantes e da supremacia do interesse público.

2.2. São as alegações da recorrente **LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**, em síntese:

2.2.1. Que a decisão proferida pelo pregoeiro no Edital do Pregão Eletrônico nº 001/2023, não analisou os critérios de desempate da Lei 8666/93 das empresas participantes;

2.2.2. Que após constatado que todas as empresas participantes da Sessão Pública apresentaram proposta de 0,00% (zero por cento), o pregoeiro, a partir de tal premissa, tendo em vista o empate entre as licitantes, realizou o sorteio entre as proponentes declaradas ME/EPP e declarou como vencedora a empresa EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA, sem a análise dos critérios de desempate previstos na legislação vigente;



2.2.3. Que por não concordar com a decisão tomada durante a condução da licitação, a recorrente interpôs recurso para que fosse seguido os termos da Lei 8.666/93, no que concerne a desempate de propostas durante as licitações;

2.2.4. Que não ocorreu o empate ficto de que trata o Art. 44 da Lei complementar nº 123/2006, que seria a possibilidade de apresentar proposta de valor inferior à melhor classificada, ocorrendo o EMPATE REAL, pois não havia possibilidade de proposição de taxa negativa, tendo em vista que o edital, no item 7.23 do Edital vedava a taxa negativa;

2.2.5. Que todas as empresas presentes na Sessão Pública se limitaram a apresentação de taxa de administração de 0,00% (zero por cento). Sendo assim, não há que se falar na existência de preferência de empresa classificada como ME/EPP, pois o “empate ficto” expresso na legislação sequer existiu;

2.2.6. Haja vista que houve empate real na proposta, deveria ser observado os critérios estabelecidos no artigo 3º, §2º, da Lei 8.666/93, ao invés de ser realizado o sorteio, conforme os ditames legais;

2.2.7. Que o sorteio realizado apenas entre as empresas que se declararam ME/EPP, restringe os liames da ampla concorrência e competitividade;

2.2.8. Que em seu entendimento, primeiramente devem ser analisados os critérios de desempate e posteriormente, permanecendo o empate será realizado o sorteio entre todas as empresas, sem preferência para ME/EPP.;

2.2.9. Colaciona matéria alegadamente veiculada pela revista Zênite, abaixo transcrita:

Em vista disso, no caso de empate real cogitado, a pequena empresa não poderá ser automaticamente declarada vencedora. Diante da ocorrência de situação dessa espécie, deve ser concedida preferência para a micro ou pequena empresa reduzir o valor de sua proposta, a fim de desigualar as ofertas. Caso não seja exercido o direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06, a Administração deve verificar se outras microempresas ou empresas de pequeno porte se encontram na condição de empate e, observada a ordem de classificação, convocá-las para exercer o mesmo direito de preferência, conforme estabelece o art. 45, inc. II, da citada Lei. Se nenhuma pequena empresa usufruir o direito de preferência, então, deve-se observar o disposto no § 1º dessa norma, segundo o qual “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:

Como originariamente o certame não teve uma vencedora, haja vista a condição de empate real inicialmente verificada entre as propostas, essa previsão não tem como ser aplicada. Diante disso, não restará alternativa para a Administração senão proceder ao desempate nos termos da Lei nº 8.666/93 (art. 3º, incs. II e IV, art. 45, § 2º). Em vista do exposto, conclui-se que havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma microempresa e a oferta de uma grande empresa, a microempresa não será de plano considerada vencedora. Cumpre à Administração convocá-la para exercer o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06 e oferecer lance inferior. Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, o que, geralmente, exigirá o sorteio.



2.2.10. Que uma vez que não houve disputa de lances, deveria ser considerado o critério de desempate baseado no Art. 45, §2º da Lei nº. 8.666/93;

2.2.11. Que nos casos de empate, PRIMEIRAMENTE DEVEM SER ANALISADOS OS CRITÉRIOS DE DESEMPATE E POSTERIORMENTE, PERMANECENDO O EMPATE, SERÁ REALIZADO O SORTEIO PÚBLICO ENTRE TODAS AS PROPONENTES, SEM PREFERÊNCIA PARA ME/EPP, não tendo sido essa a conduta do Pregoeiro durante a sessão pública;

2.2.12. Que o **Edital encontra-se maculado por ilegalidade, haja vista que pela própria redação dos termos editalíssimos é possível aferir a inclusão de termos que destoam da lei, visando frustrar a competitividade e direcionar o certame;** (grifou-se)

2.2.13. Que o item **7.23.1 do Edital é eivado de ilegalidade**, pois seus termos são contrários ao previsto em lei para fins do disposto nos art. 44 e 45 da LC nº 123/06, razão pela qual deve ser considerado como nulo, assim como os atos derivados de sua aplicação; (grifou-se)

2.2.14. Que considerando que a taxa de administração incidente sobre o preço de referência da contratação foi estimada em 0,00% (zero por cento) sobre o valor unitário dos benefícios de vale alimentação/refeição, sendo este o percentual mínimo admitido, limitador das propostas dos licitantes e que todas as licitantes apresentaram suas propostas com a taxa 0,00% (zero por cento), não haveria incidência do art. 44, §2º da LC nº 123/06 para fins de empate ficto para assegurar o direito de preferência;

2.2.15. Que o não cumprimento dos artigos 45, §2º e do artigo 3º, § 2º, inciso II, III, IV, V da Lei nº. 8.666/93, **que determinam os critérios para sorteio e desempate das ofertas nos processos de licitação, eiva o presente certame de nulidade;** (grifou-se)

2.2.16. Efetua citação de parecer que alega² ser proferido pelo jurista Alexandre Mazza, que em resumo conclui que “a única opção que resta ao Poder Público licitante é promover um sorteio entre todas as empresas empatadas em zero, nos termos do art. 45, § 2º, da Lei 8.666/93. Igualmente, nas licitações regidas pela Lei 14.133/21, persistindo o empate após exaurimento de todos os critérios do seu art. 60, deve-se também realizar sorteio entre todos os licitantes empatados, solução esta que melhor se coaduna com o princípio constitucional da impessoalidade (art. 37, “caput”, da Constituição Federal).”;

2.2.17. Que é inconstitucional, ilegal e desvantajosa para a Administração, para o objeto de vale alimentação, onde haja empate real e proibição de taxa negativa, visto que o sorteio restrito para empresas de pequeno porte exclui a participação de empresas dos demais portes. Deve o sorteio ser realizado entre todos os concorrentes, de forma isonômica, independentemente do tipo de empresa;

2.2.18. Requer reforma da decisão que declarou vencedora a empresa classificada como ME/EPP, resguardando os princípios da legalidade e competitividade e pugna pela realização de uma nova Sessão para que sejam observados os critérios de desempate previstos na Lei

² Não há citação da fonte.



8.666/93 e permanecendo o empate a realização de um único sorteio entre todas as licitantes empatadas, observando a legislação vigente.

2.3. Recorre também a empresa **BIQ BENEFÍCIOS LTDA**, nos termos a seguir sintetizados:

2.3.1. Que a sessão do certame contou com a participação de 12 (doze) empresas; como o edital previu a impossibilidade de ofertas de taxas negativas, todas as licitantes ficaram com as PROPOSTAS COMERCIAIS EMPATADAS, não havendo fase de lances;

2.3.2. Que, de **forma surpreendente**, procedeu-se sorteio do certame somente entre as empresas que participaram com as benesses da Lei Complementar n.º 123/2006, culminando vencedora a empresa EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL LTDA, no entanto, como ficará demonstrado a seguir, a decisão deve ser reformada, pois está eivada de vício flagrante, em descumprimento às disposições legais acerca da matéria; (grifou-se)

2.3.3. Que **NÃO HÁ O QUE SE FALAR EM REALIZAÇÃO DE SORTEIO SOMENTE ENTRE A EMPRESAS QUE PARTICIPARAM COM AS BENESSES DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006, TAMPOUCO, EM DECLARAR VENCEDORA A EMPRESA EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL LTDA., POSTO QUE, NÃO HOUE EMPATE FICTO NO CERTAME, E SIM, EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTA;**

2.3.4. Que como houve empate de propostas comerciais apresentadas por ME e EPP com as demais licitantes constituídas por outras formas societárias, **NÃO É CORRETO EFETUAR SORTEIO SOMENTE ENTRE EMPRESAS QUE PARTICIPARAM COM AS BENESSES DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006;** o correto seria que todas as empresas empatadas participassem do sorteio;

2.3.5. Que pela leitura completa do art. 44, citado, em conjunto com os seus parágrafos, observa-se que o empate referenciado no caput do artigo diz respeito ao conhecido empate ficto. Neste empate (ficto), é conferido às ME e EPP a possibilidade de apresentarem uma nova proposta. Ou seja, permite que a ME e EPP apresentem mais um lance para obterem a vitória do certame. Essa faculdade somente é conferida quando a proposta comercial seja igual ou superior a 10% (nas modalidades tradicionais) ou 5% (no Pregão) em relação à primeira classificada;

2.3.6. Que o direito de preferência é **VINCULADO** à demonstração de vantajosidade econômica à Administração Pública. Assim, devido às características que permeiam este certame, não há que se falar em empate ficto, pois as empresas ofertaram taxa zero e não é permitido taxa negativa, o que impossibilita qualquer empresa melhorar o preço oferecido. Ademais, mesmo que se tratasse de empate ficto (o que não reflete o presente caso por se tratar de empate real), nenhuma empresa enquadrada como ME e EPP poderia ser beneficiada, por se tratar de descompasso ao princípio da isonomia. Corroborando o acima alegado, Joel de Menezes Niebuhr explica o procedimento a ser adotado quando do empate ficto:



“De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do artigo 44 da Lei complementar n° 123/06, A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE NÃO É AUTOMATICAMENTE DECLARADA VENCEDORA, NA MEDIDA EM QUE O PREÇO DELA É DE FATO SUPERIOR AO MENOR PREÇO OFERTADO NO CERTAME, O QUE IMPORTARIA, SE FOSSE O CASO, DESVANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e vulneração aberta ao Princípio da eficiência, encartado no caput do artigo 37 da Constituição Federal.”

2.3.7. Que as ME e EPP não devem ser privilegiadas nos processos licitatórios de modo incondicional, ignorando preceitos fundamentais do processo licitatório ao apresentar ofertas que **NÃO SÃO MAIS VANTAJOSAS**, aniquilando quaisquer chances de que as demais licitantes possam ser contratadas pela Administração Pública;

2.3.8. Que a realização de sorteio exclusivamente entre ME e EPP é hipótese não prevista em lei. Pelo contrário, a lei regulamenta apenas a possibilidade de empate FICTO, dentro de certas circunstâncias, o que nada se compara a realização de sorteio fechado somente entre ME e EPP;

2.3.9. Que a correta aplicação do critério de desempate, a fim de conferir legalidade e, conseqüentemente, evitar qualquer restrição ao caráter competitivo do certame, deve seguir os critérios dispostos nos incisos do § 2º, do art. 3, da Lei Geral de Licitações, prestigiando a participação de todas as licitantes, independentemente de sua constituição societária;

2.3.10. Que outro deslinde não pode ter o presente caso a não ser a revisão do ato administrativo impugnado, para que seja considerada classificada a empresa recorrente, retornando o certame à fase de lances, com sorteio entre todas as licitantes presentes;

2.3.11. Que a decisão impugnada foi tomada sem qualquer motivação, deixando de relatar os fatos e motivos legais que fundamentassem sua decisão. O princípio da motivação do ato administrativo exige do Administrador Público especial cautela na instrução do processo, sob pena de nulidade, conforme assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro: "O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões;

2.3.12. Que esse ÓRGÃO NÃO SEGUIU à risca os critérios e determinações estabelecidos no edital, descumprindo o princípio da vinculação ao edital, característica basilar de qualquer pleito licitatório;

2.3.13. Que esse órgão, **no momento de análise da documentação e propostas, presumiu que poderia REALIZAR SORTEIRO SOMENTE ENTRE EMPRESAS QUE PARTICIPARAM COM AS BENESSES DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006**, TAMPOUCO, EM DECLARAR VENCEDORA A EMPRESA EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL LTDA., POSTO QUE, NÃO HOUVE EMPATE FICTO NO CERTAME, E SIM, EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS, até porquê, **em licitação NADA se presume. As exigências devem ser claras, objetivas, sem obscuridades**, para que TODOS entendam da mesma forma, mormente quando não há Lei que regule a questão. Nesse sentido, a Constituição Federal define o princípio da legalidade, corolário do estado democrático de direito, assim mencionando em seu art. 5º, II: ninguém será obrigado a



fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Nesta linha, o Artigo 3º da Lei federal 8.666/93, consagra diversos princípios norteadores do procedimento licitatório, dentre eles, a “isonomia” e o “julgamento objetivo”; (grifou-se)

2.3.14. Que De acordo ainda, com o disposto no artigo 45, caput, da Lei 8.666/93, **o julgamento deve ser realizado de forma objetiva, em conformidade exclusiva com o que foi expressado no edital**, sob pena de desvio de finalidade;

2.3.15. Que para um processo limpo, transparente, legal, **é imperioso que se verifique o que fora expresso no edital**, comparando-se com o que menciona a Lei, a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, pois não se pode privilegiar um licitante por algo infundado e **que não foi previsto no edital**; (grifou-se)

2.3.16. Que a imparcialidade também deve ser observada no momento de análise das propostas e documentos de habilitação, estabelecendo igualdade de condições das empresas que participaram do presente certame. O magistral professor Hely Lopes Meireles, define: “o que o princípio da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso que desiguala os iguais ou iguala os desiguais, favorecendo a uns e prejudicando a outros, com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos”;

2.3.17. Requer por fim reforma da DECISÃO QUE DECLAROU A EMPRESA EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA. VENCEDORA DO CERTAME, PROCEDENDO A CLASSIFICAÇÃO E JULGAMENTO DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA.

3. CONTRARRAZÕES

3.1. Transcrevo a seguir em inteiro teor as contrarrazões apresentadas pela empresa EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.:

“EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda. ME, já qualificada, comparece perante Vossa Senhoria, para, com fulcro no art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, art. 4º e art. 109 da Lei Federal nº 8.666/93 e art. 11, incisos XVII a XIX do Decreto Federal nº 3.555/00 e, ainda, no item 12.2.3 do Edital do certame, apresentar CONTRARRAZÕES AOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS Intentados pelas empresas GREEN CARD LTDA, BIQ BENEFÍCIOS LTDA, LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA., que têm por fim combater o resultado do procedimento licitatório, conforme disposto em Ata, no processo licitatório regido pelo Edital de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001/2023, que trata de “Contratação de serviços de implantação, gerenciamento, administração, fiscalização, emissão, fornecimento e manutenção de cartão-refeição e cartão-alimentação, através de cartões magnéticos ou de tecnologia similar para os funcionários e diretores da COHAB , (...)”, pelos motivos de fato e de direito que, articuladamente, passa a expor:

I – Da prejudicial de mérito: descabimento de Recurso Administrativo para discutir



interpretação de termos do Edital; questão que poderia ser apreciada somente em sede de impugnação ou pedido de esclarecimentos. Preclusão consumativa da insurgência.

Ab initio deve-se frisar que ambos os 3 (três) recursos interpostos pelas empresas concorrentes têm o mesmo equivocado fundamento, sendo, neste momento, estabelecidas as razões de improcedência em conjunto.

Importante asseverar, desde logo, que o Recurso Administrativo interposto insurge-se contra disposições editalícias e a interpretação dessas, não fazendo menção direta e fundamentada a erros ou inconsistências de julgamento das propostas. (grifou-se)

Percebe-se que o ponto abordado refere-se à interpretação das previsões do ato convocatório acerca da taxa (percentual) admitido para o certame, bem como a correlação com o direito assegurado de desempate às micro e pequenas empresas (ME's e EPP's), aos quais as Recorrentes tecem infundadas alterações.

Assim sendo, acaso decidisse prosseguir com suas insubsistentes razões, deveriam fazê-lo por meio de impugnação ou, ao menos, com um pedido de esclarecimentos a respeito, o que não se verificou qualquer procedência neste sentido, estando já preclusa a oportunidade. (grifou-se)

Importante destacar que a Lei nº 10.520/02, que instituiu o pregão, não discriminou prazos para apresentação de pedidos de esclarecimento e impugnações. Regra geral, essa disciplina foi fixada pelos decretos que disciplinam o pregão em suas formas presencial e eletrônica. Assim, em especial no art. 12 do Decreto nº 3.555/00, que regulamenta o pregão presencial, “até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão”. Pois bem, ultrapassada essa fase, sem a existência de qualquer dos meios hábeis a esclarecimentos ou modificações nos termos editalícios, este último torna-se perene, vinculando tanto a Administração licitante, quanto os particulares que acorram ao certame.

A esse respeito, leciona o insigne administrativista paranaense, Dr. Egon Bockmann Moreira (extraído de: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/licitacoes-questoes-de-ordem-publica-e-preclusao>, acessado em 12/07/19):

“(…)Assim, a licitação consubstancia uma sequência de atos e fatos jurídico-processuais destinados à prática do seu ato final: a adjudicação da proposta vencedora, a permitir que o agente competente celebre o respectivo contrato administrativo com o particular classificado em primeiro lugar. Antes de cumprida essa sequência de atos (fase interna; edital; esclarecimentos e impugnações; exame dos documentos de habilitação; comparação entre os preços; recursos administrativos; homologação) e fatos (o decurso do tempo e o dever de instalar a fase subsequente) processuais, o ato de adjudicação não pode ser realizado e a contratação está proibida de ser feita.

Por isso que a licitação convive com o conceito jurídico-processual de preclusão, sob seus três aspectos ou dimensões (cronológica, lógica e consumativa). A preclusão é o impedimento de que se pratique determinado ato processual, em razão do decurso de tempo (aspecto cronológico ou temporal); em razão da prática de ato incompatível com o que se pretende praticar (aspecto lógico); ou em razão da prática de determinado ato que exauriu a faculdade ou o ônus processual (aspecto consumativo). Como o processo é um caminhar para frente, exige-se que



não retroceda. Caso transcorra em branco o tempo previsto legislativamente para a prática do ato, a parte perderá a faculdade de fazê-lo (preclusão temporal). Caso a parte declare formalmente que está de acordo com o edital, não poderá impugná-lo (preclusão lógica). Caso pretenda concorrer em um lote e abdique do outro, não poderá depois pretender inovar e misturá-los (preclusão consumativa). Tudo isso com escopo de ordem pública: permitir que o processo avance de modo independente.

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já decidiu que “A partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de impugná-lo, direito que se esvai com a aceitação das regras do certame.” (REsp 402.826/SP, Min. Eliana Calmon, DJ 24/3/2003). Em outras palavras, preclusão processual. (...)”

Em vista do exposto, não impugnado, o edital se torna indefectível! E foi o que ocorreu no presente certame, onde, especialmente as ora Recorrentes, ou não lançaram mão, em tempo, do instrumento hábil a socorrer suas pretensas dúvidas interpretativas, ou não lograram procedência em seus infundados apelos!

Importante lembrar ainda que as Recorrentes, inclusive, ao participarem do certame, implicaram-se na Sujeição às Condições estabelecidas no Edital, substanciada no item 22.10 do termo convocatório em debate, afirmando os termos acima que evidenciam que estava ciente e de acordo com os termos e exigências ali lançadas! Ora, os documentos apresentados num certame público demonstram a vinculação com seu conteúdo, não podendo, agora, as Recorrentes argumentarem que não estava claro o que firmou, formalmente, estar sujeita e de acordo! (grifou-se)

Sobre a prejudicial ora aventada, a jurisprudência firme dos Tribunais:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. RECURSOS VOLUNTÁRIOS. LEGITIMIDADE E TEMPESTIVIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE. PRECLUSÃO. 1.A União é sujeito passivo no mandado de segurança, e, portanto, legitimada a recorrer quando figurar como autoridade coatora órgão do poder Legislativo Federal - Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal. 2.Tendo em vista o litisconsórcio passivo necessário com a União e a interposição de embargos de declaração - que interrompem o prazo recursal - é de ter por tempestivo o recurso apelatório da empresa licitante. 3.Sendo o procedimento licitatório dividido em etapas (editalícia, habilitatória, julgadora e adjudicatória) e contendo cada qual os mecanismos respectivos de impugnação, opera-se a preclusão quando se discute matéria que deveria ser tratada em fase anterior. 4.Desta forma, exigência editalícia não atacada oportunamente não poderá ser impugnada a posteriori. 5.Remessa oficial provida. Segurança denegada. 6.Recursos voluntários prejudicados.

(TRF-1 - AMS: 26860 DF 2000.34.00.026860-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 24/02/2003, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 10/06/2003 DJ p.130)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. ART. 41, CAPUT, DA



LEI 8.666/93. REQUISITO. APRESENTAÇÃO DE CONTRATOS DE SERVIÇOS PRESTADOS. DESCUMPRIMENTO. EDITAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. O princípio da vinculação ao edital, previsto no artigo 41, caput da Lei 8.666/93, impede que a Administração e os licitantes se afastem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade dos atos praticados. 2. A apresentação de atestados de capacidade técnica não supre a exigência editalícia de apresentação de contratos de prestação de serviços, tanto mais quando o instrumento convocatório não foi oportunamente impugnado. 3. Ao apresentar documento como se fosse o contrato celebrado com a Administração em decorrência da licitação discutida nos autos, agiu a agravada de forma desleal, pois tentou alterar a verdade dos fatos (art. 17, II do CPC) e induzir esta Corte a erro. 4. Aplicação de multa por litigância de má-fé. 5. Agravo de instrumento provido. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. ART. 41, CAPUT, DA LEI 8.666/93. REQUISITO. APRESENTAÇÃO DE CONTRATOS DE SERVIÇOS PRESTADOS. DESCUMPRIMENTO. EDITAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. O princípio da vinculação ao edital, previsto no artigo 41, caput da Lei 8.666/93, impede que a Administração e os licitantes se afastem das normas estabelecidas no instrumento convocatório, sob pena de nulidade dos atos praticados. 2. A apresentação de atestados de capacidade técnica não supre a exigência editalícia de apresentação de contratos de prestação de serviços, tanto mais quando o instrumento convocatório não foi oportunamente impugnado. 3. Ao apresentar documento como se fosse o contrato celebrado com a Administração em decorrência da licitação discutida nos autos, agiu a agravada de forma desleal, pois tentou alterar a verdade dos fatos (art. 17, II do CPC) e induzir esta Corte a erro. 4. Aplicação de multa por litigância de má-fé. 5. Agravo de instrumento provido. (AG 2002.01.00.036816-7/DF, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, DJ p.74 de 25/11/2003) (TRF-1 - AG: 36816 DF 2002.01.00.036816-7, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 10/11/2003, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 25/11/2003 DJ p.74)

MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. HABILITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PERTINÊNCIA DAS EXIGÊNCIAS AO OBJETO LICITADO. 1. A interpretação a ser dada ao art. 30, II, da Lei 8.666/93, na forma como defendida pelo impetrante, revela-se impertinente uma vez que, adotando-se tal rigidez, retirar-se-ia do administrador o exercício do poder discricionário determinante à proteção do interesse público. Tal discricionariedade se revela necessária especialmente nas hipóteses em que a exigência contida no edital seja razoável a fim de impedir a inexistência de se licitantes interessados, ou mesmo de limitar, sem justos motivos de se fazê-lo, a participação no certame de poucas empresas. Não se olvide que o art. 3º da Lei 8.666/93 preconiza que a licitação é destinada não só à observância do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, mas também à promoção do desenvolvimento nacional sustentável. 2. No mesmo sentido o disposto no parágrafo único do art. 5º do Decreto 5.450/05 ao dispor que "as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não



comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação". 3. Nesse passo, a decisão combatida, porque não se afasta do previsto no art. 30, II, da Lei 8.666/93 e, nesse contexto, cumpre o que previamente consignado no edital - não impugnado oportunamente pelo apelante -, há de ser mantida na medida em que atinge a finalidade a que se destina. (TRF-4 - AC: 50023434920174047109 RS 5002343-49.2017.4.04.7109, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 16/10/2018, TERCEIRA TURMA)

Conforme se vê, a doutrina e a jurisprudência amparam firmemente o que se defende com as presentes contrarrazões, aonde as Recorrentes pretendem discutir termos –e interpretação- das normas editalícias em fase posterior do processo administrativo, operada a preclusão.

De outro modo, importante salientar que, além das Recorrentes, outras empresas participaram do certame, tendo apresentado documentos e formulado propostas sem qualquer objeção, demonstrando, mais uma vez, que houve a efetiva compreensão dos termos e exigências do instrumento convocatório! (grifou-se)

Ou seja, sequer é admissível o recebimento da presente irrisignação recursal, pois não foram manejados, previamente, os meios competentes, quais sejam, o pedido de esclarecimentos e/ou a impugnação ao Edital, motivo mais que suficiente para o indeferimento de plano das insurgências recursais em debate.

II – Do Mérito: dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejam a manutenção da decisão administrativa e do resultado do julgamento proferido.

Justifica-se a manutenção da classificação da ora Contrarrazoante como vencedora do certame, eis que legalmente enquadrada como ME/EPP.

Demais disso, participou do processo licitatório em questão, pois é atuante na área objeto do certame, com comprovada experiência.

No presente momento, ambas as 3 Recorrentes, renitentes e inconformadas com o resultado, apresentam irrisignação, sob o manto de Recursos administrativos, os quais, desde logo afirme-se, não possuem força normativa de obstar a regular tramitação do certame, que pode ser, desde logo, adjudicado, homologado e efetivada a contratação, tendo em vista que os sobreditos recursos têm por finalidade a apuração de ilegalidades que não se verificaram no correr da sessão de licitação!

Os Recursos Administrativos sequer deveriam ser conhecidos por esta Administração, tendo em vista que a matéria abordada já é amplamente consolidada em legislação sobre licitações públicas, não havendo mais quaisquer dúvidas sobre a sua aplicabilidade.

Não obstante, a cautela adotada por V. Senhoria, as empresas Recorrentes, por absoluta ignorância da lei e/ou má-fé processual, intentam recursos notoriamente temerários, que têm somente por objetivo tumultuar o procedimento licitatório em curso, eis que, como sobredito, o respeito à condição de “preferência para contratação de empresas enquadradas como ME/EPP” decorre de elementar cumprimento de dever legal!

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 manutenção da classificação da ora Contrarrazoante LIVPAY como a detentora da melhor proposta e vencedora do certame.



1.1. Da condição de ME/EPP da Contrarrazoante LIVPAY

A microempresa Contrarrazoante anexou, em seu caderno de habilitação, toda a documentação necessária e exigida para o certame licitatório. Notadamente, em relação ao ponto suscitado na Representação em discussão, crucial para o desenlace da questão em debate, a ora Contrarrazoante foi devidamente identificada e enquadrada no regime de microempresa, assim como juntou documentação hábil a confirmar a sua condição, conforme previsto no Edital, que comprovaram inequivocamente a condição em comento, nos termos da Lei!

Constitui-se como atividade da Contrarrazoante a prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de cartão vale-alimentação/refeição. A empresa fornece cartões e processa transações padronizadas, usadas nacional e internacionalmente com fins de comodidade, segurança, auditoria, interoperabilidade e rastreamento.

Conforme anexado nos documentos da microempresa Contrarrazoante, constam todos os requisitos pelo instrumento convocatório, mais especificamente para atender a questão sub examine, sendo, portanto, apta a usufruir dos benefícios legais de preferência.

Logo, ao se respeitar o direito de preferência à contratação, repise-se, é decorrente de cumprimento de dever legal! Já a temerária peça recursal em debate, apresenta-se como uma inequívoca intenção, em especial das Recorrentes, em se desrespeitar a lei, eis que, da análise da documentação apresentada, a condição de microempresa da Contrarrazoante LIVPAY e o consequente direito à preferência são nítidos e incontestáveis!

Ademais, há que se repudiar a forma como foi “justificada” a insurgência pelas Recorrentes, em flagrante detrimento da lei –e também do bom-senso, limitando-se em fazerem impugnações genéricas, com base em recortes de julgados que se mostram ultrapassados ante a novel legislação, em especial da Lei nº 14.442/2022, carente e desprovida de substratos fáticos e jurídicos concernentes, inaptas, assim, a lançar quaisquer dúvidas sobre a higidez da documentação apresentada, mormente para invalidar o ato de classificação com base no critério de desempate e preferência de contratação!

No entanto, a seguir ver-se-á um panorama fático apropriadamente subsumido aos preceitos legais aplicáveis, que denotarão a acertada decisão tomada e a necessidade de sua continuidade.

Na 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)

Com base somente neste fato, a preferência de contratação recai sobre a ora Contrarrazoante LIVPAY, eis que a única a ostentar a condição de ME/EPP!

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 Contrarrazoante, 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 da microempresa participante; não há opção diversa senão que a declaração de vencedora do certame recairia sobre a ora Contrarrazoante LivPay, conforme expressa determinação dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, o que foi bem observado por este Pregoeiro Oficial.

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 da única microempresa participante do certame, qual seja, a LivPay, 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 - e fielmente cumprido por este Pregoeiro Oficial e distinta equipe de apoio.

A pretensa realização do sorteio entre todos os participantes -ou qualquer outro meio de escolha, conforme maliciosamente defendido pela Recorrente Le Card, desvirtuaria 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:

- 1º - CONSTITUIÇÃO FEDERAL;
- 2º - EMENDAS CONSTITUCIONAIS;
- 3º - TRATADOS E CONVENÇÕES SOBRE DIREITOS HUMANOS;
- 4º - LEIS COMPLEMENTARES; LEIS ORDINÁRIAS; LEIS DELEGADAS; MEDIDAS PROVISÓRIAS; DECRETOS LEGISLATIVOS; RESOLUÇÕES;
- 5º - NORMAS INFRALEGAIS.

Conforme didaticamente exposto, nenhuma norma inferior jamais poderá se opor ou sobrepor 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!

Não é demais repisar que a preferência de contratação é preceito legal, não estando sujeito ao arbítrio do julgador do certame licitatório e, muito menos das concorrentes/licitantes, sua observância ou não!

Demais disso, o mandamento constitucional de preferência para contratação de ME's e EPP's é a mens legis adotada como mecanismo de desenvolvimento nacional, uma vez que tais empresas são predominantes no universo empresarial e são as maiores geradoras de empregos no País!

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

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

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em caso idêntico ao ora em debate, assim se pronunciou:

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.

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

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 Contrarrazoante:

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 D'Logo 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 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, 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 as 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 estivessemos 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 econômico. 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 mostrase 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 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 do 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.

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 legalidade em 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!

Em vista do exposto, é direito líquido e certo da Contrarrazoante LivPay ter sua condição de ME/EPP respeitada, e o incontestado à contratação em tela, pois apresentou a documentação apta a usufruir da preferência legal estatuída pela LC nº 123/2006 e logrou ser classificada em 1º lugar, posição que deve ser mantida.

Portanto, ante a leitura das disposições legais e editalícias suso transcritas, é inegável o direito da ora Contrarrazoante em ter preferência para contratação, tanto pela aplicação do que dispõe a lei e o Edital. Assim sendo, agiu bem -e dentro dos ditames legais- Vossa Senhoria e a equipe de apoio ao consagrar vencedora a Contrarrazoante LivPay, que comprova a inequívoca condição de ME/EPP, razão mais que suficiente para ensejar o improvimento da insurgência recursal da empresa Le Card!

III. Dos Requerimentos Conclusivos

Por todo o exposto, servem as presentes Contrarrazões para requerer a Vossa Senhoria, ante a forte argumentação suso exposta, se digne:

a) - em JULGAR IMPROCEDENTES TODOS OS RECURSOS ADMINISTRATIVOS apresentados pelas Recorrentes, empresa LE CARD, GREEN CARD e BIQ BENEFÍCIOS eis que ausentes de fundamentação fática idônea e estribados em interpretações equivocadas da lei e do Edital;

b) - em ato contínuo, manter hígida e válida a declaração de classificada e habilitada da ora Contrarrazoante LivPay, eis que a preferência legal para contratação se deu em estrito cumprimento de dever legal, nos exatos termos dos art. 47 da LC nº 123/2006.

Nestes termos,
Respeitosamente,
Pede Deferimento.”

4. DA ANÁLISE DA PREGOEIRA

4.1. O ponto central das razões recursais apresentadas pelas três requerentes ancora-se na preferência de contratação conferida às ME/EPP participantes do presente processo, através da realização do sorteio exclusivo entre as duas microempresas empatadas com a taxa mínima prevista em edital de 0,00%;

4.2. As recorrentes embasam os pedidos justificando e conceituando à exaustão a diferença entre empate ficto e empate real;



4.3. Cumpre-me consignar que o Edital nº 001/23 da Cohab Araucária foi confeccionado e aprovado por referido Órgão, sendo a Pregoeira que abaixo assina autorizada a atuar nas licitações da Companhia através do Decreto nº 30.746/2017, atuação que se inicia com a condução da sessão pública de abertura do certame, visto que o edital estabeleceu que os pedidos de esclarecimentos e impugnações seriam encaminhados e respondidos pelo próprio Órgão.

4.4. Assim, evidente que à Pregoeira não restou margem de discricionariedade na aplicação das regras editalícias no curso do julgamento do certame, sendo devidamente observados os princípios do julgamento objeto e da vinculação ao instrumento convocatório, inclusive na condução do sorteio previsto no subitem 7.23 do edital.

4.5. Importante ressaltar que a matéria impugnada em sede de recurso, foi largamente discutida anteriormente à abertura do certame por meio de pedidos de esclarecimentos, sendo inclusive motivo de impugnação ao edital;

4.6. Ocorre que o tema em questão é de fato polêmico, visto que não é usual em processos licitatórios a fixação de valor limite aceitável, sendo completamente compreensível o debate sobre a aplicabilidade ou não da preferência de contratação de ME/EPP que foi conferida através da predileção na participação do sorteio;

4.7. A própria COHAB Araucária teve seu entendimento reformado após diversas intervenções apresentadas por pedidos de esclarecimentos e impugnações;

4.8. Até chegar na versão que culminou no recebimento das propostas em 10/05/23, o edital foi por duas vezes republicado, sendo recebidos no total dez pedidos de esclarecimentos e quatro impugnações ao Edital, que contestavam dentre outros assuntos, a vedação da taxa negativa e o critério de desempate;

4.9. O imbróglio inicia quando por força de dispositivo contido na Lei nº 14.442/2022³, que veda a aplicação da taxa negativa⁴, usualmente praticada no mercado de administradoras de cartão alimentação/refeição, fazia-se extremamente previsível a ocorrência de empate real se não entre todas, com a grande maioria das proponentes;

4.10. Como por diversas vezes fora reiterado pela COHAB Araucária, esta vincula-se à referida norma por ser tratar de *“uma Empresa Pública Municipal, participante do PAT instituído pela Lei Federal nº 6.321/1976, não sendo, portanto um órgão Público, sendo uma Pessoa Jurídica de direito privado, tendo o regime de contratação de seus funcionários regido pela consolidação das leis do trabalho, sendo portanto aplicável toda e qualquer legislação vinculada a este regime, em consequência as alterações realizadas recentemente como também a aplicação da lei 14.442/2022 em sua integralidade”*⁵;

³ Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.;

⁴ “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;”



4.11. A primeira versão do edital, emitida em 15/03/2023, estabelecia as seguintes regras sobre o tema:

“6. DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

(...)

6.9.2. *NÃO serão aceitas TAXAS DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVAS⁵ que representem qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, sendo admitida a oferta de TAXA DE ADMINISTRAÇÃO em percentual zero.*

(...)

7. DA ABERTURA DA SESSÃO, CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS E FORMULAÇÃO DE LANCES

(...)

7.18. Em relação a itens não exclusivos para participação de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006.

7.19. Nessas condições, as propostas de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta ou melhor lance serão consideradas empatadas com a primeira colocada.

7.20. A melhor classificada nos termos do item anterior terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada, no prazo de 5 (cinco) minutos controlados pelo sistema, contados após a comunicação automática para tanto.

7.21. Caso a licitante qualificada como microempresa, empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual, melhor classificada, desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes qualificadas como microempresa, empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual que se encontrem naquele intervalo de 5% (cinco por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

7.22. Nos casos de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos subitens anteriores, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

7.23. A ordem de apresentação pelos licitantes é utilizada como um dos critérios de classificação, de maneira que só poderá haver empate entre propostas iguais (não seguidas de lances), ou entre lances finais da fase fechada do modo de disputa aberto e fechado.

7.24. Havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, aos bens fornecidos:

7.25.1 No país;

7.25.2 Por empresas brasileiras;

7.25.3 Por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; 7.25.4 Por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos

⁵ Resposta à impugnação apresentada por BK INSTITUICAO DE PAGAMENTO LTDA, processo administrativo digital nº 32955/23.



prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

7.25. Persistindo o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.

7.26. Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o pregoeiro deverá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, para que seja obtida melhor proposta, vedada a negociação em condições diferentes das previstas neste Edital.

7.27. A negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes.

7.28. O último lance ofertado deverá levar em consideração o número máximo de casas decimais permitidas para o valor unitário, de acordo com o estabelecido no subitem 6.9.1 deste edital, oportunidade em que os valores totais deverão ser ajustados sempre para menor em caso de arredondamentos.

7.29. O pregoeiro solicitará ao licitante melhor classificado que, no prazo de até 02 (duas) horas envie por meio de funcionalidade disponível no sistema COMPRAS.GOV.BR, a proposta adequada ao último lance ofertado após a negociação realizada, acompanhada, se for o caso, dos documentos complementares, quando necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já apresentados.

7.30. Após a negociação do preço, o Pregoeiro iniciará a fase de aceitação e julgamento da proposta.

8. DA ACEITABILIDADE DA PROPOSTA VENCEDORA

8.1. Encerrada a etapa de negociação, o Pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar, quanto à adequação ao objeto e à compatibilidade do preço em relação ao máximo estipulado para contratação neste Edital e em seus anexos.

8.1.1 O pregoeiro poderá solicitar manifestação técnica de outros setores da Administração Pública, a fim de subsidiar sua decisão.

8.2. Será desclassificada a proposta ou o lance vencedor com valor superior ao preço máximo fixado ou que resultar em taxa de administração inferior a 0,00%, ou seja, com preço unitário total inferior a R\$ 299.000,00 e preço global inferior a R\$ 598.000,00;"

4.12. Quando recebido o segundo pedido de esclarecimento – o primeiro sobre o assunto em tela –, a COHAB Araucária assim se manifestou⁶:

Pergunta encaminhada por "atendimento.licitacao@senff.com.br" em 21/03/2023:

“

(...)

4) É correto o entendimento de que em caso de Empate (o que provavelmente ocorrerá, devido a taxa de administração de 0,00%) será aplicado o previsto no Item 7.24 do Edital, visto que não cabe benefícios a Micro empresa neste caso, já que a regra do desempate prevista na LC 123/06, oferece direito a **LANCE** a Micro Empresa, ou seja, direito a ofertar uma melhor proposta, porém neste caso como já estarão todas com taxa 0,00% e a Lei não permite taxa negativa (lance abaixo deste valor), não cabendo portanto o direito imposto na Lei 123/06, tão pouco preferência no sorteio somente entre Micro empresas, devendo ser aplicada as regras previstas no Art. 3º § 2º da Lei 8.666 de 1.993, e se ocorrer o sorteio, o

⁶ Anexos 51 e 52 dos autos do Processo Licitatório Digital nº 28348/23.



mesmo deverá ser entre todas as licitantes participantes. Pois trata-se de empate real e não ficto.”

Resposta fornecida pela COHAB Araucária e registrada no sistema Compras.gov.br em 22/03/2023:

“(…)

4) *Em caso de empate será atendido o disposto nos itens 7.24 e 7.25 do edital. Se realmente houver empate entre todas participantes, com taxa 0,00%, no que se refere ao sorteio a Lei Complementar 123/06 não confere à ME/EPP preferência em sorteio entre propostas de empate real, ocasião em que será observada então a regra contida art. 3º § 2º da Lei 8.666 de 1.993, visto que a ME/EPP não poderá ofertar lance inferior a R\$ 598.000,00 para desempate (ou seja, taxa inferior a 0%).” (GRIFOS NOSSOS)*

4.13. E por ocasião do quarto pedido de esclarecimento, o segundo sobre o tema em debate, foi o posicionamento da COHAB Araucária⁷:

Pergunta encaminhada por “andre.fonseca@biqbeneficios.com.br” em 27/03/2023:

“(…)

DÚVIDA 04 – *Considerando que a presente licitação veda a possibilidade de ofertar taxa negativa, em atendimento ao disposto no Decreto nº 10.854/20217 e na Lei Federal nº 14.442/20228, na hipótese de todas as licitantes apresentarem propostas com taxas iguais (zero), sem possibilidade de lances, culminando em empate real, podemos entender que não haverá preferência entre as empresas que participarem na condição de ME/EPP sob a égide da Lei Complementar 123/2006, participando todas as empresas em igualdades de condições?*

DÚVIDA 05 – *Na hipótese de todas as licitantes apresentarem propostas com taxas iguais (zero), sem possibilidade de lances, culminando em empate real, o critério de desempate adotado por essa Comissão será aquele estabelecido no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993?*

DÚVIDA 06 - *Houve mais algum questionamento na licitação em tela? Em caso positivo, solicitamos encaminhar os esclarecimentos.”*

Resposta fornecida pela COHAB Araucária e registrada no sistema Compras.gov.br em 28/03/2023:

“(…)

Dúvida 4 – Tratamento diferenciado ME/EPP: Em caso de empate será atendido o disposto nos itens 7.24 e 7.25 do edital. Se realmente houver empate entre todas participantes, com taxa 0,00%, no que se refere ao sorteio a Lei Complementar 123/06 não confere à ME/EPP preferência em sorteio entre propostas de empate real, ocasião em que será observada então a regra contida art. 3º § 2º da Lei 8.666 de 1.993, visto que a ME/EPP não poderá ofertar lance inferior a R\$ 598.000,00 para desempate (ou seja, taxa inferior a 0%). Será incluído um subitem explicativo no edital. (GRIFOS NOSSOS)

⁷ Anexos 59 e 60 dos autos do Processo Licitatório Digital nº 28348/23.



Dúvida 5 – Critério de desempate: Já esclarecido na dúvida anterior.

Dúvida 6 – Outras solicitações de esclarecimentos: Houveram alguns pedidos de esclarecimentos e todos encontram-se disponíveis para consulta de todos interessados, no portal da transparência da entidade, no site da entidade e também no Sistema Compras.gov.”

4.14. A seguir transcreve-se trecho do quinto pedido de esclarecimento, sendo o terceiro a tratar do tema⁸:

Pergunta encaminhada por “talita.teizen1@sodexo.com” em 27/03/2023:

“(…)

5) Considerando que o sistema comprasnet é parametrizado para dar preferência automática para as ME e EPPs, questionamos se em caso de empate real das propostas (taxa zero) será realizado o agendamento para sorteio virtual, por exemplo via Teams?”

Resposta fornecida pela COHAB Araucária e registrada no sistema Compras.gov.br em 28/03/2023:

“Esclarecimento 5 – Sorteio virtual: Com relação a esse questionamento informamos que todo o processo ocorrerá dentro do Sistema Compras.gov. Em caso de empate será atendido o disposto nos itens 7.24 e 7.25 do edital. **Se realmente houver empate entre todas participantes, com taxa 0,00%, no que se refere ao sorteio a Lei Complementar 123/06 não confere à ME/EPP preferência em sorteio entre propostas de empate real, ocasião em que será observada então a regra contida art. 3º § 2º da Lei 8.666 de 1.993, visto que a ME/EPP não poderá ofertar lance inferior a R\$ 598.000,00 para desempate (ou seja, taxa inferior a 0%). Será incluído um subitem explicativo no edital.**” (GRIFOS NOSSOS)

4.15. Considerando os pedidos e esclarecimentos, a COHAB Araucária republicou seu Edital de Pregão nº 01/2023 em 29/03/2023, com data de abertura prevista para 14/04/2023, incluindo à redação já transcrita no subitem 4.11 deste documento, o seguinte subitem:

“(…)

7.20.1 O tratamento diferenciado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte será dado até a possibilidade do empate real, onde poderá ser ofertada por estas, valor menor à sua proposta inicial, limitada ao que estabelece o item 8.2 do edital, sendo que, alcançando o limite e pela vedação legal da apresentação de taxa negativa, a empresa participará em igualdade às demais no que tange aos critérios de desempate e/ou sorteio caso seja esse o último meio possível para a definição do vencedor.”

⁸ Anexos 63 e 64 dos autos do Processo Licitatório Digital nº 28348/23.



4.16. Portanto, é evidente que o posicionamento da COHAB Araucária até o momento da publicação das duas primeiras versões do Edital seguia a mesma linha de entendimento das empresas ora recorrentes, no sentido de que só seria viável o favorecimento de ME/EPP, caso após a fase de lances, persistisse margem para configuração de empate ficto e não na ocorrência de empate real;

4.17. Durante o período de publicidade do edital republicado os pedidos de esclarecimentos recebidos não abordaram mais o tema, até que intempestivamente, a empresa LivPay encaminhou a seguinte mensagem:

Mensagem encaminhada por “ramires@livpay.com.br” em 13/04/2023⁹:

“Sobre o PE 001/2023, mesmo não sendo o momento oportuno, mas gostaria de contribuir para o melhor andamento do processo, evitando assim atrasos e suspensões das entidades de controle externo.

O edital está correto nos pontos em que se dará a preferência de desempate para as ME, porém é equivocado o entendimento sobre o item: 7.20.1

“ O tratamento diferenciado destinado às microempresas e empresas de pequeno porte será dado até a possibilidade do empate real, onde poderá ser ofertada por estas, valor menor à sua proposta inicial, limitada ao que estabelece o item 8.2 do edital, sendo que, alcançando o limite e pela vedação legal da apresentação de taxa negativa, a empresa participará em igualdade às demais no que tange aos critérios de desempate e/ou sorteio caso seja esse o último meio possível para a definição do vencedor.

Há de se considerar, de acordo com vasta jurisprudência já pacificada pelos tribunais de contas, que critérios de desempate da lei 8.666/93 ou sorteios deverão ser posteriores a preferência de contratação das ME/EPP, de acordo com a LC 123/2006, ainda mais em casos de empate real, onde não há como se propor um lance de desempate. Algumas empresas citam ERRONEAMENTE o termo de "empate ficto", mas certamente a situação será de empate real.

Vale ainda elucidar que a LC 123/2006 é, como diz o próprio nome, uma "lei complementar", ou seja, foi editada decorrente de mandamento da Constituição Federal (art.170, IX), estando, portanto, em degrau normativo superior à Lei 8.666/93, sendo que, no caso, os critérios desta última serão aplicados subsidiariamente.

Certamente uma consulta à competente assessoria jurídica deste órgão irá ratificar este entendimento, o qual, como também já mencionado, é o constante dos julgados de todas as cortes de contas, em especial do TCU.

Segue em anexo um dos despachos em que o contratante, no Paraná, teve que revogar os atos equivocados e nos convocar, perante nossa preferência de contratação.

⁹ Anexos 98 a 101 dos autos do Processo Licitatório Digital nº 28348/23.



Desde já, agradeço e esperamos ter contribuído para o melhor andamento do processo.

Certos de seu entendimento e principalmente do bom senso em sanar dúvidas dos interessados em participar do certame e, principalmente de não se gerar demandas externas, o que apenas atrasará o início dos trabalhos, despeço-me.”

4.18. Nota-se que a mensagem acima apresenta um formato mais equiparado a um “aviso”, não encaminhada com a intenção de requerer um esclarecimento ou impugnação, tendo a COHAB Araucária se manifestado inicialmente por se abster-se de análise, dada a intempestividade do envio (anexo 101);

4.19. A COHAB Araucária encaminhou referida mensagem para conhecimento da Pregoeira, oportunidade que esta recomendou ao órgão efetuar diligências e pesquisas adicionais sobre o tema, considerando a celeuma instaurada e sopesando que dentre os esclarecimentos solicitados e respostas fornecidas pela COHAB Araucária, este foi o primeiro a indicar um caso concreto análogo, bem como um rastro jurisprudencial, vejamos:

“Em consulta ao andamento do citado processo de representação junto ao TCE PR de nº 581227/22, conforme comprovante que segue em anexo, verifica-se no Acórdão nº 229/2023 do TCE-PR que a entidade Paraná previdência efetuou a revogação do Pregão Eletrônico nº 12/2022, o que levou ao encerramento do processo sem análise do mérito por perda do objeto da representação.

No entanto, considerando a manifestação preliminar do relator conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães por ocasião do acolhimento da representação, recomendo à COHAB ARAUCÁRIA que efetue diligências adicionais junto às jurisprudências citadas no despacho nº 848/22 – GCFAMG¹⁰, podendo também diligenciar junto à Paranáprevidência o desenrolar do caso naquele Órgão, a fim de esclarecer os pontos tidos como duvidosos por parte da requerente, a fim de evitar eventuais entraves do procedimento no transcurso da fase de julgamento ou eventual representação que pode culminar em suspensão do certame, o que geraria atrasos na contratação pretendida.”

4.20. Cumpre-me corrigir a informação transcrita no subitem anterior de que a entidade Paraná previdência efetuou a revogação do Pregão Eletrônico nº 12/2022, pois o que fora revogado, conforme consta no acórdão abaixo citado, foram os “atos que determinaram o procedimento do sorteio de desempate, a adjudicação e a homologação do Pregão n.º 12/2022, retornando a fase de disputa e habilitação”, conforme transcreve-se a seguir:

“Aduz a empresa que após a configuração de empate na sessão de abertura e recebimento das propostas, oportunidade em que as propostas de todas as empresas participantes estabilizaram-se em 0% (zero por cento) de taxa de administração, teriam sido cometidas as seguintes ilegalidades: 1) a inclusão de todas as empresas participantes do certame no sorteio definidor da vencedora, em detrimento da única microempresa participante, ora Representante; 2) a declaração de vencedora da empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A. e posterior homologação do resultado, em detrimento da microempresa participante.

Assim, sustentando que, após o empate entre todas as propostas, a única solução legal admissível seria a adjudicação da proposta da única microempresa participante

¹⁰ Consultado em: <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/consulta-processual/237518/area/54>



do certame, conforme disposto nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/062, a Representante requereu o deferimento de medida cautelar para que fosse determinado à Pregoeira Oficial e ao Diretor-Presidente da Representada a imediata consideração da condição de microempresa da ora Representante, e, ante o fato de ser a única nesta condição participante do certame, ofereça-lhe a preferência legal de contratação, com a consequente declaração de nulidade do sorteio e da adjudicação do objeto à Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A.

(...)

Por meio do Despacho n.º 882/22-GCFAMG (peça 14), previamente a deliberação acerca da admissibilidade do feito, foi determinada a intimação dos responsáveis pela Representada para manifestação acerca das supostas irregularidades apontadas e juntada de documentos.

Instada, o PARANAPREVIDÊNCIA manifestou-se (peça 18), aduzindo que, inobstante o Edital que regulamenta o certame tenha efetivamente estabelecido a preferência à contratação de microempresa, tal preferência somente poderia ser concedida nos termos do inciso I do art. 45 da Lei Complementar n.º 123/06, quando e se possível a apresentação, pela beneficiária, de proposta de preço com valor inferior àquela considerada empatada, situação em que seria então adjudicado em seu favor o objeto licitado.

Ou seja, no entendimento da entidade representada, a preferência à Microempresa somente poderia ser concedida quando possível a esta ofertar mais um lance, em valor inferior ao vencedor, fora da fase ordinária de ofertas do certame. No caso em exame, não sendo possível esse desempate, eis que vedada atualmente a oferta de taxa negativa para a prestação dos serviços licitados, nos termos do art. 3º, I, da Lei 14.442/2023, a situação teria sido adequadamente resolvida por meio do sorteio entre todos os licitantes empatados, solução esta que estaria em consonância com as regras do Edital, e com a Lei Estadual n.º 15.608/2007.

A Representante, por sua vez, em manifestação complementar (peças 20 a 23), reiterou o pedido de suspensão cautelar do Pregão n.º 12/2022 da Paranaprevidência e acostou tanto documentação para comprovar sua condição de Microempresa, como decisão judicial no sentido da argumentação por ela defendida.

(...)

Neste ínterim, a Representada juntou aos autos manifestação (peça 27) informando que houve a revogação dos atos que determinaram o procedimento do sorteio de desempate, a adjudicação e a homologação do Pregão n.º 12/2022, retornando a fase de disputa e habilitação, tornando arrematante a empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda Me – Livpay, requerendo, assim, o arquivamento do processo sem resolução do mérito, em razão da perda do seu objeto.

Posto isso, a Coordenadoria responsável apresentou a Instrução n.º 903/22-CGE (peça 34) opinando conclusivamente pela perda do objeto.” **ACÓRDÃO Nº 229/23 – TCE/PR -Pleno**

4.21. O contido no *e-mail* encaminhado pela empresa LivPay pedido não foi encaminhado para veiculação no sistema Compras.gov.br visto que a COHAB Araucária não efetuou de pronto um juízo de valor sobre o seu conteúdo, porém, em decisão cautelar a Companhia suspendeu o edital para promover novos estudos sobre o tema, tendo o Departamento Jurídico¹¹ da COHAB Araucária se manifestado nos seguintes termos:

“Em análise as últimas dúvidas encaminhadas à Companhia, mesmo que intempestivas, deve-se analisar que há inúmeras decisões conflitantes sobre o tema,

¹¹ Anexo 108 dos autos do Processo Licitatório Digital n.º 28348/23.



onde há decisões tanto nos tribunais de contas, como no judiciário, decisões que abarcam as duas possibilidades, do empate real a ser considerado e desta forma tanto as empresas de pequeno porte e microempresas participando em igualdade no sorteio utilizado para promover o desempate, como outras decisões que asseguram o privilégio da microempresa e a empresa de pequeno porte em detrimento das demais.

Em análise a casos semelhantes no Estado do Paraná e em outros tribunais em nosso país encontramos uma maior referência sobre a manutenção do privilégio da microempresa e a empresa de pequeno porte em relação aos demais participantes.

Nesta linha, e em acompanhamento à decisões recentes em sede de cautela, e também pela deliberação da diretoria, orientamos a alteração do presente edital, para que seja assegurada a preferência à microempresa e a empresa de pequeno porte.”

4.22. Sopesando a orientação acima, o Diretor Presidente da COHAB Araucária republicou o Edital em 19/04/2023, com a seguinte alteração:

“7.18. Em relação a itens não exclusivos para participação de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006.

7.19. Nessas condições, as propostas de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta ou melhor lance serão consideradas empatadas com a primeira colocada. 7.20. A melhor classificada nos termos do item anterior terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada, no prazo de 5 (cinco) minutos controlados pelo sistema, contados após a comunicação automática para tanto, limitado ao estabelecido no item 6.9.2 do edital, ou seja, não sendo permitido o envio de lance que resultar em taxa de administração inferior a 0,00%, correspondendo assim a preço unitário total inferior a R\$ 299.000,00 e preço global inferior a R\$ 598.000,00, sob pena de desclassificação, conforme estabelece o subitem 8.2 deste edital.

7.21. Caso a licitante qualificada como microempresa, empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual, melhor classificada, desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes qualificadas como microempresa, empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual que se encontrem naquele intervalo de 5% (cinco por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

7.22. Nos casos de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos subitens anteriores, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

7.23. Em caso de empate real na taxa de administração proposta entre todos os participantes, e considerando a vedação de taxa negativa de acordo com item 6.9.2:



7.23.1. Havendo duas ou mais propostas empatadas entre as empresas assim enquadradas como microempresa, empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual, haverá sorteio entre estas, não participando desse sorteio as empresas que não estejam enquadradas nessas categorias. O sorteio será transmitido ao vivo pela plataforma Zoom, cujo link da reunião será encaminhado durante a sessão do Pregão no chat do sistema Compras.gov.br para que todos os interessados possam acompanhar. Para operacionalizar o sorteio, será utilizado aplicativo eletrônico, onde serão cadastrados, durante referida sessão, os nomes de todas as empresas elegíveis, sendo considerada classificada em primeiro lugar a empresa sorteada;

7.23.1.1. Para fins de classificação das licitantes remanescentes enquadradas como ME/EPP/MEI em segundo lugar e assim sucessivamente, na mesma sessão, será repetido o sorteio até esgotar a relação de empresas elegíveis;

7.23.1.2. Os licitantes não enquadrados como ME/EPP/MEI permanecerão classificados pela ordem disposta no sistema Compras.gov.br após o término da fase de lances;

7.23.2. Caso haja apenas uma empresa com esse enquadramento será a esta dado o benefício do tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte em atendimento ao artigo 179, da CF/88, cumulado com os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, bem como o artigo 49 do Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios da Companhia que preconiza a preferência na contratação de micro e pequenas empresas;

7.23.3. Não havendo empresa(s) enquadrada(s) como microempresa, empresa de pequeno porte ou microempreendedor individual participando do certame, havendo eventual empate entre as propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, aos bens e serviços fornecidos: 7.23.3.1. No país; 7.23.3.2. Por empresas brasileiras;

7.23.3.3. Por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

7.23.3.4. 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.

7.23.3.5. Persistindo o empate a ordem de classificação permanecerá sendo a definida pelo sorteio eletrônico efetuado pelo sistema Compras.gov, após o término da fase de lances.

7.24. A ordem de apresentação pelos licitantes é utilizada como um dos critérios de classificação, de maneira que só poderá haver empate entre propostas iguais (não seguidas de lances), ou entre lances finais da fase fechada do modo de disputa aberto e fechado.

7.25. Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o pregoeiro deverá encaminhar, pelo sistema eletrônico, contraproposta ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, para que seja obtida melhor proposta, vedada a negociação em condições diferentes das previstas neste Edital.

7.26. A negociação será realizada por meio do sistema, podendo ser acompanhada pelos demais licitantes.

7.27. O último lance ofertado deverá levar em consideração o número máximo de casas decimais permitidas para o valor unitário, de acordo com o estabelecido no



subitem 6.9.1 deste edital, oportunidade em que os valores totais deverão ser ajustados sempre para menor em caso de arredondamentos.

7.28. O pregoeiro solicitará ao licitante melhor classificado que, no prazo de até 02 (duas) horas envie por meio de funcionalidade disponível no sistema COMPRAS.GOV.BR, a proposta adequada ao último lance ofertado após a negociação realizada, acompanhada, se for o caso, dos documentos complementares, quando necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já apresentados.

7.29. Após a negociação do preço, o Pregoeiro iniciará a fase de aceitação e julgamento da proposta.”

4.23. Após a segunda republicação do edital a empresa LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA encaminhou pedido de impugnação em 27/04/2023, autuado pelo processo administrativo digital nº 61027/23¹², tendo assim se insurgido:

“(...)

Em face ao EDITAL do Pregão Eletrônico nº 001/2023, o que faz em razão dos fatos e fundamentos jurídicos adiante delineados:

(...)

03.02 - DA APLICAÇÃO EQUIVOCADA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06

Nos termos dos art. 37 incisos XXI da CF/88 e art. 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93, o processo licitatório deve assegurar, efetivamente, legalidade e isonomia a todos os licitantes:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. 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. § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Ocorre que, os subitens 7.23 e 7.23.1 do Edital possuem previsão de direito de preferência nos casos de empate real, ou seja, quando todos os licitantes apresentarem proposta com igual valor, não sendo possível ofertar melhor preço. O

¹² Código Verificador nº VU4Z65UH



legislador ao utilizar o termo “proposta” de modo genérico, tende a induzir em erro o intérprete da legislação, haja vista que “proposta” e “lance” são termos distintos e ocorrem em momentos diferentes do certame. A apresentação da “proposta” ocorre no momento de abertura da sessão, momento em que os licitantes apresentam suas respectivas propostas ao pregoeiro por meio de invólucro, quando pregão presencial, ou por meio de registro no respectivo sistema, quando pregão eletrônico, conforme art. 4º, inciso VI e VII da Lei nº 10.520/02:

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

[...]

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

Quanto a fase seguinte, a Lei dispõe o momento em que será procedido a etapa de lances, conforme disposto no art. 4º, inciso VIII do mesmo diploma legal:

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

[...]

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

Corroborado ao exposto acima, os artigos 44 e 45, inciso I da Lei Complementar nº 123/06, prevê situação idêntica com relação ao direito de preferência às ME/EPP, vejamos:

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;



Ou seja, os citados dispositivos legais, convergem no sentido harmônico de que somente poderá haver direito de preferência, quando o pregão evoluir para etapa de lances, ocasião em que haverá disputa e fato gerador ao exercício dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/06.

A mesma sorte não assiste as ME/EPP para os casos de EMPATE REAL, ou seja, quando da abertura das propostas, não houve possibilidade de progressão para etapa de lances em razão de todas as propostas apresentarem mesmo valor, ocasião em que não haverá ocorrência do previsto no art. 4º Inciso VIII da Lei nº 10.520/02, tampouco do art. 45, inciso I da Lei Complementar nº 123/06.

Portanto, não se pode confundir os institutos jurídicos do empate real com empate ficto e vice-versa, pois, a interpretação equivocada acerca do momento em que cada um dos empates ocorre, macula o procedimento de ilegalidade e desigualdade, face a criação de privilégios às ME/EPP não previstos em Lei.

No caso concreto o edital prevê nos subitens 7.23 e 7.23.1 do edital, que é vedado a apresentação de percentuais negativos, de modo que para o exercício do direito de preferência a ME e/ou EPP terá que apresentar uma proposta melhor do que as já apresentadas. Dessa forma, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP

Isto é, em razão da 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.

Nesse sentido, todas as propostas serão apresentadas com a mesma taxa (0%), e embora zero seja considerado um número, este representa ausência de valor, de modo que qualquer número multiplicado por ele resulta em zero.

Deste modo, não haverá empate ficto pelo fato de não ser possível encontrar um resultado para verificar se a proposta seguinte estaria ou não dentro do limite previsto no art. 44, §2º da Lei complementar 123/06.

Não obstante, o empate previsto no caput do art. 44, se dá apenas quando a ME/EPP mais bem classificada puder apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação fática que no caso concreto se mostra prejudicada ante a impossibilidade de oferta de taxa negativa, ou seja, o desempate entre as licitantes dando preferência à ME/EPP, viola os princípios da proposta mais vantajosa para a administração pública, isonomia e competitividade entre as licitantes.

Portanto, a fim de se garantir legalidade e isonomia a todos os licitantes, não se pode aplicar o previsto no art. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, por não haver, no caso concreto, fato gerador (empate ficto) para aplicação destes, de sorte que para que seja conferido legalidade e isonomia, deve-se aplicar o previsto nos art. 3º, §2º e 45, §2º, ambos da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a caracterização de EMPATE REAL.

04 – DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

(...)

4.2) Requer ainda que seja retificado os subitens 7.23 e 7.23.1 do edital por serem ilegais e ferirem a isonomia dos licitantes. Assim, ante a caracterização de EMPATE REAL, para que seja conferido legalidade e isonomia, deve-se aplicar o previsto nos art. 3º, §2º e 45, §2º, ambos da Lei nº 8.666/93;”



4.24. Em resposta à impugnação a COHAB Araucária decidiu pelo não provimento do mérito, nos termos da fundamentação abaixo consignada:

“Na impugnação apresentada, LECARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, não concorda em síntese, com a exigência da necessidade de que o serviço contratado possa ser exigível por meio de plataforma delivery, questiona também o tratamento diferenciado e o benefício de preferência concedido as Microempresas e as empresas de pequeno porte (2.4 e 7.23 – do termo de referência).

Alega o impugnante que:

- A solicitação de tal serviço (delivery) não se justifica e não teria estudo que embasa a escolha do administrador, não sendo a discricionariedade absoluta.*
- Não há justificativa por parte do administrador para exigir do licitante convênio em página ou por aplicativo.*
- Afirma ainda, que há claro direcionamento do certame com as exigências realizadas no edital licitatório.*
- Afirma que a fase de lances é diferente da fase de propostas. - Afirma que todas as propostas serão apresentadas em taxa 0%.*
- Afirma que não está ocorrendo a isonomia no presente certame, se concedido o direito de preferência as ME e EPPs*

Esta é a síntese.

(...)

Da suposta aplicação equivocada do direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06.

A Companhia, tendo como base o direcionamento da legislação Federal, dispõe em seu Regulamento de Licitações e Contratos:

Art. 49 Serão concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte, os benefícios da Lei Complementar nº 123/2006 e suas alterações posteriores, na forma estabelecida neste RILC.

E,

Art. 53 Nas contratações da COHAB ARAUCÁRIA será 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.

Oportuno rememorar as normas pertinentes, provenientes de matriz constitucional, visto que o tratamento diferenciado está inserido como princípio da ordem econômica e financeira. Assim dispõe a Constituição Federal:

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. E ainda prescreve:

Art. 146 - Cabe à lei complementar:

(...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: (...) d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no



art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Preceitua, ainda, que:

Art. 179 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Daí a edição da Lei Complementar nº 123/2006, no que importa:

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.

E mais recentemente, com a inclusão do § 14 ao artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, in verbis:

§ 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. (Incluído pela Lei Complementar n.º 147, de 2014).

Dita o também recentemente remodelado artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006:

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 n.º 147, de 2014)"

Trata-se, portanto, de norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta e imediata, independentemente de previsão no instrumento convocatório. A Orientação Normativa n.º 07/2009, expedida pela Advocacia Geral da União (AGU), estatui:

(...) O TRATAMENTO FAVORECIDO DE QUE TRATAM OS ARTS. 43 A 45 DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123, DE 2006, DEVERÁ SER CONCEDIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE INDEPENDENTEMENTE DE PREVISÃO EDITALÍCIA.

Com a visão geral do regime jurídico aplicável à espécie, não é difícil perceber que a vontade do legislador é efetivamente garantir o tratamento diferenciado e favorecido às M.E. e E.P.P., devendo ser aplicado em todas as licitações públicas.



No caso em tela, há previsão no Edital como dito alhures. **O princípio da igualdade ou isonomia pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual:**

Dar tratamento isonômico às partes significa “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”³. Consoante escólio de Alexandre de Moraes, somente há que se admitir a distinção de tratamento quando há finalidade razoável, a fim de se atingir um determinado objetivo: "Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado. (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67)

Do exposto, tendo em vista que o legislador indicou a finalidade do tratamento privilegiado como se observa no artigo 179 da Constituição Federal e na parte final do artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006, o direito de preferência deve ser aplicado nas licitações.

Uma vez que a regra geral do § 2º do artigo 45 da Lei 8666 não se sobrepõe à norma do artigo 44 da Lei Complementar n.º 123/2006. Isso porque o tratamento favorecido concedido às microempresas e empresas de pequeno porte tem matriz constitucional. Não deve a Administração Pública, portanto, descurar sua aplicabilidade.

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, 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 (art. 45, III da Lei Complementar) pela regra geral do sorteio. (SANTOS, José Anacleto Abduch. As licitações e o estatuto da microempresa. Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, número 14, jun, jul, ago, 2008. < http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-14-JUNHO2008-JOS_%20ANACLETO.PDF> . Data de acesso: 23/11/2015)

*Pela análise da legislação e pela lógica jurídica, a microempresa e a empresa de pequeno porte poderiam oferecer proposta inferior caso estivessemos diante de empate ficto, ou seja, caso a sua proposta seja 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, no caso de empate real, não necessariamente seria utilizado o critério de desempate dos incisos I e II do art. 45 da Lei Complementar em comento, sendo todas as propostas idênticas, inclusive as das microempresas, a disputa deverá limitar-se apenas entre essas.***

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 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.**

A empresa que impugna o presente edital ainda afirma que todas as empresas oferecerão a taxa 0%, porém isso não é uma certeza e sim uma possibilidade, da mesma forma a situação da participação de microempresas e empresas de pequeno porte, há sim a possibilidade de participação de empresas enquadradas como tais, porém não é certeza que isso ocorra, sendo que a Companhia deve, na medida do possível realizar o edital prevendo as possibilidades.

Neste sentido, há vasta jurisprudência em apoio ao procedimento editalício.

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: ‘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).

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).

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).



Ementa: 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 para contratação de empresa especializada para fornecimento e administração de 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 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.**(Remessa Necessária Cível, Nº 70083793208, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em: 30-09-2020)[0] Data de Julgamento: 30-09-2020 Publicação: 09-10- 2020.

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 - Unânime - J. 10.03.2016)

Apelação 0004507-39.2013.8.26.0619, relator o desembargador Oscild de Lima Júnior, 11ª Câmara de Direito Público, julgamento em 31 de maio de 2016, assim ementado: “MANDADO DE SEGURANÇA LICITAÇÕES - Impetrante, microempresa, que ofertou o menor lance Nulidade do certame, uma vez que, após a impetrante ser constatada como vencedora, a autoridade coatora permitiu que uma empresa de pequeno porte realizasse novo lance, em atenção ao art. 47 da LC 123/06, sagrando-se esta, então,



como a vencedora Critério do "desempate ficto" que é aplicável apenas diante de proposta final de concorrente que não ostente a qualificação de ME ou EPP Inteligência do art. 45, §2º, da LC 123/2006 Microempresa que já apresentou proposta no menor preço, sendo inviável nova proposta para cobrir preço ofertado pelo concorrente Distorção do benefício legal Violação a direito líquido e certo caracterizada Sentença concessiva da segurança confirmada. Reexame necessário e recurso voluntário desprovidos."

E o entendimento se mantém em decisões recentíssimas:

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

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: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirandópolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 20/03/2023; Data de Registro: 20/03/2023)

Preliminar. Perda superveniente do objeto. Inocorrência. Autora que formulou pedido para anulação de licitação. Eventual reconhecimento de vício que alcançará também atos administrativos posteriores. Arguição preliminar desacolhida, portanto. Apelação. Pregão. Pretensão de anulação do processo licitatório. Inadmissibilidade. Vedação ao oferecimento de proposta com taxa de administração negativa que está em conformidade ao artigo 3º, I, da Lei 14.442/2022. **Preferência a microempresas e empresas de pequeno porte em hipótese de empate.** Inteligência dos artigos 179 da Constituição Federal e 44 da Lei Complementar 123/2006. Logo, recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1008404-40.2022.8.26.0038; Relator (a): Encinas Manfré; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Araras - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/04/2023; Data de Registro: 20/04/2023)

Ainda, a Lei 14.442/21 em seu art. 3º, I, veda expressamente que seja aceito proposta com valor negativo. **Essa normativa impõe ao Administrador Público que em caso de empate real entre M.E. e E.P.P. e as demais participantes, deve ser previsto em edital um tratamento diferenciado às mesmas, como prevê o presente edital, onde ficou definido com base em estudos, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, com grande ênfase em decisões do TCE-Pr, que a isonomia e o direito de preferência às M.E. e E.P.P. se acaso houvesse empate real, só seria possível se houvesse um sorteio exclusivo entre as enquadradas nessas categorias, privilegiando a Carta Magna e a legislação pertinente, Portanto, devidamente justificada a razão o previsto no item 7.23.1 do edital.**

Assim a Companhia Municipal de Habitação de Araucária, ao realizar a licitação e estabelecer as condições descritas no edital, tomou como base única e



exclusivamente a legislação vigente, afeta ao objeto a ser contratado e à própria licitação em si. Não podendo ao arrepio da lei, propor condições em edital com base em “possibilidades”, “suposições” ou “hipóteses”. E é também, na forma de lei e do edital (lei entre as partes), que serão julgados e processados todos os atos, procedimentos e ocorrências verificadas na licitação, observados os princípios da publicidade, impessoalidade, moralidade, economicidade e, ainda, o de isonomia entre os participantes.

Portanto, a exigência do edital é legítima, porque implica em garantir que o interesse público seja atingido com a maior intensidade possível, sem qualquer mácula a princípio ou norma norteadora do certame.

Conclusão: Diante de todo o exposto, uma vez que as disposições do edital não ferem os princípios e normas que embasam as licitações públicas, mas atendem obrigações legais e exigências que objetivam a execução adequada ao objeto da licitação, julgo pela improcedência da presente impugnação ao edital, mantendo seus termos.” (grifos nossos)

4.25. A resposta à impugnação foi encaminhada à requerente e registrada no sistema Compras.gov.br¹³ já no dia 28/04/2023, ou seja, restando ainda cinco dias úteis para a data em que foram recebidas as propostas, não tendo a requerente ou nenhuma outra interessada apresentado novas insurgências com relação ao tema;

4.26. É evidente que, em oposto do que alegam as ora requerentes, a solução regulamentada pela COHAB Araucária nos subitens 7.23 do Edital e seguintes, não foi imposta a mera revelia e discordância com os diplomas legais pertinentes à matéria, tendo esta sopesado, após ampla pesquisa jurisprudencial, o cabimento do benefício às ME/EPP participantes, que se concretizou pela preferência na participação destas no sorteio como critério de desempate, sorteio este realizado nos exatos termos editalícios;

4.27. Portanto não houve ausência de “motivação” da COHAB Araucária no regramento disciplinado em edital, tampouco, as requerentes podem alegar “surpresa” na condução do sorteio, visto que a regra encontrava-se devidamente detalhada, inclusive de forma destacada no instrumento convocatório;

4.28. Assim, não cabe neste momento do certame alterar as regras de julgamento já dispostas em edital, diante dos já repisados princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, nos exatos termos do § 3º do Art. 41 da Lei nº 8.666/93:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

4.29. A sessão do sorteio foi devidamente acompanhada pela equipe de apoio da COHAB Araucária, bem como pelo assessor jurídico da Companhia, o Sr. Marcelo Cross Bier, os

¹³ Foi registrado comunicado com o resumo da justificativa que fundamentou a decisão e informado o número do processo administrativo e código verificador, considerando que o inteiro teor do pedido de impugnação bem como da resposta, ultrapassam o limite de caracteres aceitos no sistema Compras.gov.br. Informou-se que estes documentos poderiam ser consultados na íntegra no Portal da Transparência da COHAB Araucária em: <https://araucaria.atende.net/transparencia/item/licitacoes-gerais> - A consulta utilizando o número do processo e código verificador pode se dar pelo link: <https://araucaria.atende.net/autoatendimento/servicos/consultade-processo-digital/detalhar/1>



quais, junto aos demais participantes da reunião, não verificaram nenhum óbice na condução do mesmo, tanto no que se refere às cláusulas editalícias, quanto aos atos praticados no curso de referida reunião, tendo somente a representante da empresa Verocheque apresentado uma dúvida, sendo que após esclarecimento prestado pela Pregoeira, esta não efetuou novos questionamentos ou manifestou intenção de recorrer. Senão vejamos as mensagens consignadas no chat pertinentes ao sorteio realizado:

Pregoeiro	10/05/2023 10:27:45	Considerando a ordem de classificação e o subitem 7.23.1 do Edital, verifica-se que entre as empresas EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL LTDA., MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA. e VEROECHEQUE REFEICOES LTDA deverá ser realizado o sorteio de que trata o referido subitem.
Pregoeiro	10/05/2023 10:29:43	Iremos gerar o link para reunião, retorno ao chat em 30 minutos para informar o link da reunião que será realizada às 11:30 (onze horas e trinta minutos) nesta data. Por favor, mantenham-se conectados.
Pregoeiro	10/05/2023 10:57:57	Prezados,
Pregoeiro	10/05/2023 10:59:47	A reunião para desempate das ME/EPP será realizado na plataforma "Zoom Meetings", segue o link para a reunião:
Pregoeiro	10/05/2023 11:00:23	https://us04web.zoom.us/j/73085998126?pwd=nu0OrAaCKFpCNbJc99yTKlcnMtIcu.1
Pregoeiro	10/05/2023 11:01:35	Conforme informado anteriormente, a reunião será iniciada às 11:30 (onze horas e trinta minutos. Retornarei ao chat comunicando o início da reunião.
Pregoeiro	10/05/2023 11:31:13	Prezados, antes de prosseguirmos com o sorteio, faz-se necessário retificar a informação de que estaria apta a participar do mesmo a empresa VEROECHEQUE REFEICOES LTDA, visto que esta não assinalou a declaração para usufruir dos benefícios de ME/EPP.
Pregoeiro	10/05/2023 11:31:50	Assim, daremos início ao sorteio do qual participarão as empresas EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL LTDA. e MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA.
Pregoeiro	10/05/2023 11:32:06	https://us04web.zoom.us/j/73085998126?pwd=nu0OrAaCKFpCNbJc99yTKlcnMtIcu.1
Pregoeiro	10/05/2023 11:32:55	Por favor, conectem-se no link enviado que iniciarei o aceite dos participantes na reunião. Após término da reunião, retornarei ao chat para informar o resultado do sorteio.
Pregoeiro	10/05/2023 11:44:33	Finalizado o sorteio, farei algumas anotações.
Pregoeiro	10/05/2023 11:47:09	Ingressarem na reunião para participação do sorteio a Pregoeira, a equipe de apoio Magali e Elaine, o assessor jurídico da COHAB Araucária, sr. Marcelo Bier, e os seguintes representantes:
Pregoeiro	10/05/2023 11:50:08	Julia e "SAC 9" por parte da empresa Verocard; Ramires por parte da LIV/Emissora; Michele por parte da empresa IFood; Geovana por parte da empresa Sodexo; Natalia por parte da empresa Senff e Vitória por parte da empresa Maxxicard, totalizando 11 participantes.
Pregoeiro	10/05/2023 11:57:08	O sorteio foi realizado utilizando o aplicativo "Sorte roda sorteio/Lucky Wheel", escolhido de forma aleatória na apple store pela equipe de apoio Magali, sendo o celular da mesma disposto com o aplicativo aberto, já com o nome das duas empresas relacionados, focado na tela e câmera para que ficasse visível aos participantes.
Pregoeiro	10/05/2023 11:59:11	Foi então girada a "roleta" disponível no aplicativo em frente à câmera até que parou no nome da empresa EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTOES BRASIL LTDA., restando então esta classificada em primeiro lugar no certame, e a empresa MAXXCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA. em segundo lugar.



Pregoeiro 10/05/2023 12:01:29

A Sra. Julia representante da empresa Verocheque, questionou no chat se a pregoeira daria prosseguimento ao sorteio, ocasião em que esclareci que o sorteio se daria somente entre as participantes enquadradas como ME/EPP, conforme previsto pelo subitem 7.23.1 do Edital, e que para classificação das empresas de grande porte, permaneceria a classificação (...)

Pregoeiro 10/05/2023 12:02:16

(...) estabelecida no sistema conforme critérios estabelecidos nos subitens 7.23 e seguintes.

4.30. Da reunião de sorteio foi gerada a gravação disponível na funcionalidade da própria plataforma “Zoom”, em que foi realizada, sendo juntados, respectivamente aos anexos 148 a 150 do Processo Administrativo Digital nº 28348/23, a gravação da reunião em vídeo; o arquivo “txt” das mensagens gravadas no chat; o *print* da tela do celular com o resultado do sorteio;

4.31. Mesmo que restasse comprovado nas peças recursais que o sorteio realizado somente entre as ME/EPP empatadas maculou a legalidade do certame, não seria possível o mero refazimento do mesmo com a inclusão de todas as participantes conforme pleiteado, nem mesmo a aplicação dos demais critérios de desempate anteriormente à concessão do benefício às ME/EPP, visto que o procedimento foi efetuado em estrita observância ao estabelecido no instrumento convocatório, do qual todas as participantes declaram ter pleno conhecimento, assim, qualquer reforma neste sentido só seria possível mediante declaração de nulidade do edital;

4.32. No entanto, entendo que as razões recursais se limitam a repisar elementos que já foram debatidos e decididos de forma devidamente fundamentada pela COHAB Araucária em sede de impugnação, ademais, as requerentes não apresentam nenhum fato, julgado ou qualquer outro elemento novo que poderia amparar a Companhia à eventual reforma da decisão anteriormente embasada.

5. CONCLUSÃO

5.1. Diante de todo o exposto, em conformidade com os princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, em que pese os recursos tratarem de decisões afetas ao edital, uma vez que acolhidas as intenções recursais, manifesto-me pelo **CONHECIMENTO DOS RECURSOS INTERPOSTOS e no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO**, mantendo a decisão que declarou vencedora a empresa contrarrazoante.

5.3. Remete-se à autoridade superior para fins de **DECISÃO**, oportunidade em que recomenda-se que anteriormente à deliberação do Ilmo. Sr. Diretor Presidente da COHAB Araucária, os autos sejam encaminhados à Assessoria Jurídica do Órgão para emissão de parecer a fim de subsidiar a decisão da autoridade competente.

Araucária, 25 de maio de 2023.

Jucileide Viana dos Reis Dubiela
Pregoeira