

DESPACHO

ASSUNTO: RECURSO ADMINISTRATIVO REFERENTE AO PROCESSO LICITATÓRIO DIGITAL N° 28.348/2023 - PREGÃO ELETRÔNICO N° 01/2023 COHAB ARAUCÁRIA

REQUERENTES: GREEN CARD S/A REFEICOES COMERCIO E SERVICOS - CNPJ:92.559.830/0001-71 - Processo Digital N° 68272/2023;
LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA - CNPJ:19.207.352/0001-40 - Processo Digital N° 68904/2023; BIQ BENEFICIOS LTDA - CNPJ: 07.878.237/0001-19 - Processo Digital N° 69115/2023.

Fora encaminhado ao departamento Jurídico o processo administrativo supracitado, referente aos recursos administrativos ao processo licitatório - pregão eletrônico 001/2023.

Da análise dos recursos interpostos pela empresa, temos a considerar que os recursos foram propostos de forma tempestiva, sendo conhecidos, porém opinamos pelo não provimento integral, pelas seguintes razões.

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";

Fora realizado o seu lançamento do edital e houveram inúmeros pedidos de esclarecimento, como também foram realizadas impugnações ao conteúdo do edital, onde a Companhia de modo diligente realizou a análise de todos os questionamentos e ponderou todas as informações recebidas pelos interessados, onde inclusive muitos questionamentos e considerações levaram a Companhia a reconsiderar exigências e em alguns casos adequação até mesmo do edital licitatório.

Ainda, a Companhia está submissa à Lei Federal n° 13.303/2016¹, conhecida como Lei das Estatais, e, portanto, possui regulamento interno de licitações e contratos próprio, conforme a lei exige, não sendo, portanto, aplicável à Companhia a lei de licitações

¹ Lei Federal 13.303/2016, "Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado".

8666/93 (antiga) e a Lei 14.133/2021 (nova) em suas partes gerais, sendo estas aplicáveis apenas de forma subsidiária a esta licitação, onde o RILC não contemple. O próprio edital informa o link para acesso ao Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios da Companhia, não cabendo alegação de desconhecimento do conteúdo do mesmo.

O ponto central dos recursos é a não concessão de tratamento diferenciado as micro e pequenas empresas e também a diferenciação entre empate ficto e empate real, onde estes temas já foram analisados em sede de impugnação ao edital, não sendo o recurso o momento processual para a análise de tal indagações, onde estas foram exaustivamente discutidas durante o tempo de permanência do edital, sendo nos esclarecimentos realizados como também nas respostas às impugnações realizadas, sendo que o procedimento já estava estabelecido em edital.

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 n° 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.

§ 1° - 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.

§ 2° - Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1° deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

E mais recentemente, com a inclusão do § 14 ao artigo 3° 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, havia previsão no Edital como afirmado. 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 desigualdades²". 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 visado³.

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

² NERY JÚNIOR, Nelson. Constituição federal comentada. 1999, p. 42

³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67.

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, descuidar 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 sorteio⁴.

Pela análise da legislação e pela lógica jurídica, a microempresa e a empresa de pequeno porte poderiam oferecer proposta inferior caso estivéssemos 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.

⁴ 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-JUNHO-2008-JOSE%20ANACLETO.PDF> > . Data de acesso: 23/11/2015

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.

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 N° 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. (Agravado 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 porte 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. (Agravado 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, N° 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 N° 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 negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado

pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido."
Apelação 1008607-64.2022.8.26.0664, relator o
desembargador Fernão Borba Franco, 7ª Câmara de
Direito Público, julgamento em 22 de fevereiro de
2023

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 previu 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.

Onde inclusive fora afirmado e justificado a vedação da permissão de taxa negativa, por se tratar a Companhia de uma Empresa Pública, onde é aplicado todo o regramento da CLT e legislações relacionadas, sendo, portanto, vedada a permissão desta forma.

Os recursos versam sobre a não possibilidade de tratamento diferenciado as micro empresas e as empresas de pequeno porte, como também alegam ser ilegal o critério de sorteio inicialmente entre estas e não entre todas as participantes, pois bem, como já explanado, a legislação não tem a situação esmiuçada e pontual, sendo realizada a análise de toda a legislação pertinente ao tema, onde se extrai, como já visto em várias decisões e nos mais diversos tribunais, (Judiciais e de Contas), que é levada em consideração todo o arcabouço jurídico e a intenção do legislador.

Assim, não há que se falar em ilegalidade, ou mesmo em direcionamento, ou mesmo decisão à revelia ao edital, pois neste estava expreso o procedimento à ser adotado na situação de empate e a sua diferenciação quanto ao tratamento dado as micro e pequenas empresas, o que não há como gerar surpresa como dito, pois, era expreso, sendo que depois de não acatada a impugnação neste sentido, não fora levantado mais nenhum questionamento sobre a matéria.

Assim, não fora evidenciado motivo plausível para o acolhimento dos recursos e nem comprovado nenhuma mácula ao procedimento explicito no edital.

Desta forma, este departamento opina pelo conhecimento dos recursos e o conseqüente **não provimento destes**, ratificando decisão da pregoeira.

25/05/2023

Marcelo Cross Bier
Departamento Jurídico
COHAB Araucária