

Araucária, 28 de abril de 2023

À
LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA

Referente Impugnação ao edital de licitação pregão eletrônico nº 001/2023 COHAB Araucária.

Prezados,

Informamos inicialmente que a impugnação fora recebida de forma tempestiva, por intermédio de correio eletrônico, contendo a impugnação ao supracitado edital, cujo questionamento estaremos analisando e respondendo.

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 embase 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.

A Licitação nº 001/2023 – Pregão eletrônico – da COHAB Araucária, tem por objetivo Contratação de empresa para prestação de serviços de implantação, gerenciamento, administração, fiscalização, emissão, fornecimento e manutenção de cartão-alimentação e cartão-refeição, através de cartões magnéticos ou de tecnologia similar para os funcionários e diretores da COHAB.



Ainda, a Companhia está submissa à Lei Federal nº 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 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.

Desta forma qualquer argumento trazido na impugnação, que tem como base a legislação sobre licitação e contratos administrativos aplicáveis à administração direta, não é elegível no caso analisado.

A Companhia em análise ao perfil de seus funcionários e em atendimento a demanda por estes solicitada, restou por bem acrescentar a exigência de que o serviço possa ser utilizado (cartões refeição) em compra a ser realizada por meio delivery, seja por plataforma já constituída, OU por rede própria de entrega do fornecedor do cartão, OU por apresentação de empresas que aceitam o cartão fornecido, estas comprovações inclusive foram flexibilizadas, possibilitando que estas sejam apresentadas por meio de declaração, informando de que possui a empresa a quantidade mínima de credenciados exigida em edital e que estes possuem a prestação de serviço de entrega (delivery).

Pois bem, assim como sobre o que seria a razão de ser da licitação, é também desvirtuada a compreensão da Impugnante acerca do princípio da igualdade e a regra altercada do edital não objetiva qualquer favorecimento ilícito, mas apenas garante a materialização do melhor interesse da Companhia Municipal de Habitação de Araucária, nos estritos limites da lei.

Não tendo a licitação por finalidade a materialização da igualdade ou a obtenção do maior número de participantes possível. Reitere-se: os princípios que vinculam o certame, na prescrição do Estatuto das Empresas Estatais, art. 31, e conforme o que dispõe a Constituição da República, art. 173, incisos II e III, são instrumentos para garantir a obtenção da proposta mais vantajosa para a Companhia Municipal de Habitação de Araucária, isto sim a essência, a causa, a razão de ser do certame licitatório.

Sobre o “caráter competitivo”, Niebhur² ensina que Em que pese a centralidade do princípio da competitividade, não se pode perder de vista que a licitação pública se faz em favor da Administração Pública, responsável pela concreção do interesse público. Não devendo a administração diminuir a sua expectativa ou mesmo precarizar o serviço ou objeto, diminuindo as exigências do que realmente objetiva sob o condão de ampliar a participação, porque não são todos que conseguem atender às necessidades administrativas.

Daí que é perfeitamente lícito formular em edital, exigências, onde, em muitos momentos, haverá restrição da participação de eventuais interessados e, sob essa perspectiva, sejam limitadoras da competição, o que é vedado é a infundada exigências no edital, o que não o corre no caso em tela, o que ocorre é uma exigência para extrair a melhor funcionalidade do serviço bem como melhores opções para fornecimento do serviço, o fato de alguma empresa interessada não possuir os meios para prover a exigência, não torna para a empresa que quer licitar algo desnecessário ou mesmo infundado.

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".

² NIEBHUR, Joel de Menezes, Licitação Pública e Contrato Administrativo, Direito Administrativo, Lei nº 14.133/2021.



Ora, é de conhecimento público que a aceitação de cartões alimentação e refeição em aplicativos de entrega (delivery) não é nova. Aliás, até mesmo em virtude da pandemia COVID-19, este segmento cresceu muito e, considerando a evolução tecnológica, tem gerado melhoria substancial nas atividades cotidianas, possibilitando conforto, agilidade, praticidade, amplo acesso a restaurantes, mercados e outros estabelecimentos do segmento, estando o usuário na sede da Companhia Municipal de Habitação de Araucária, ou em suas residências, no caso de trabalho em *home-office*.

Consideramos na decisão desta exigência, o fator da possibilidade de entrega, tendo em vista que o intervalo de trabalho dos colaboradores, para repouso e alimentação, é extremamente curto, onde este solicita a refeição e não perde o pouco tempo com deslocamento, evitando inclusive situações para a empresa, que poderiam gerar algum tipo de prejuízo, como por exemplo acidente em deslocamento quando da ida para a compra da refeição.

Diante da prática já consolidada pelo mercado, não se pode esperar que os colaboradores da COHAB Araucária sejam conduzidos a abrir mão de facilidades já utilizadas por diversos fornecedores, e que, eventuais limitações de algum fornecedor façam retroceder sua forma de consumo e realizem seus pedidos, por exemplo por telefone e/ou apenas com o pagamento no local (muito embora, seja esta alternativa também oferecida em edital). Mas impor somente esta opção traria cerceamento de direito de escolha, e condenaria seus colaboradores a utilizar um benefício de forma retrógrada e distante da tecnologia. A exigência não afeta a livre concorrência, uma vez que existem diversas empresas adaptadas a esta tendência, de modo a atender à satisfação dos usuários. Dessa forma, verifica-se que as exigências não frustram o caráter competitivo do certame, não sendo irrelevantes ou impertinentes ao objeto e, ainda, oferecem mais de uma opção para atendimento pelas empresas licitantes.

Há precedentes aplicáveis à matéria. Verifique-se as decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Processo 0000272.989.21-1. *Despacho de apreciação sobre representação visando ao exame prévio de edital. Conselheiro Exmo. Sr. Renato Martins Costa, em 14/01/2021. “(...) Refiro-me à disposição do Termo de Referência sobre a disponibilidade de aplicativo para smartphone com funcionalidades que permitam aos usuários, dentre outras, consultar saldos e rede credenciada, inclusive estabelecimentos em cuja plataforma se assente a opção de entrega (“delivery”). Ao contrário do enfoque empregado pela representante, para quem a exigência do aplicativo implicaria tecnologia desconexa com o objeto em seu sentido mais estrito, acredito que tais instrumentos, na atualidade, são corriqueiramente empregados pelas empresas do ramo, não me parecendo, ao menos de plano, que caracterizem ferramentas excepcionais e de domínio restrito. Ademais, pensar de forma contrária implicaria o risco de contratação de serviço obsoleto, desconfortável ao usuário e suscetível a gargalos de controle, o que não parece alinhado com o atual momento, seja da Administração, seja da sociedade de um modo geral. (...)”.*

Processo 00001661.989.21-0. *Representação que visa ao exame prévio de edital. Conselheira-Substituta Exma. Sra. Silvia Monteiro - Despacho em 04/02/2021. “(...) 2 – (...) Ao contrário do que foi alegado na exordial – sem elementos probatórios, deve-se enfatizar -, verifica-se que o mercado de aplicativos de entrega e de vale alimentação e/ou refeição encontra-se em franca aproximação, como se verá mais abaixo. De igual sorte, nota-se que muitas empresas*



administradoras de vale alimentação e/ou refeição dispõem de aplicativos para controle do benefício pelo usuário – inclusive a própria representante. Confira-se: Alelo: iFood, Uber Eats, Rappi, Shopper, Liv Up, Clube Extra. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. VR: iFood, Rappi, Shopper, Liv Up. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Sodexo: iFood, Rappi, Liv Up, Clube Extra. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Ticket Restaurante e Alimentação: iFood, Uber Eats, Rappi (rede credenciada), Liv Up, Clube Extra. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Bem Refeição: iFood, Liv Up. Não dispõe de aplicativo para controle de benefício pelo usuário. iFood Refeição e Alimentação: iFood. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. UP (Planvale e Policard): Nenhum aplicativo de entrega. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Verocard: Nenhum aplicativo de entrega. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Das oito empresas acima indicadas, apenas duas não oferecem a possibilidade de utilização do vale alimentação e/ou refeição em nenhum aplicativo de entrega. São elas a própria representante e a UP (Planvale e Policard). E todas as empresas dispõem de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. 3 – O item 2.5 do Anexo I – Termo de referência estabelece que a contratada deverá oferecer aos usuários possibilidade de “pagamento em site (página na internet) ou por aplicativo em no mínimo uma das empresas de aplicativo de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios in natura (delivery), tais como: iFood, Rappi ou Uber Eats (refeições) e Pão de Açúcar ou Clube Extra (alimentação)” (destaque acrescido) (Anexo I – Termo de referência, item 2.5). Uma leitura atenta do item acima revela que: (a) não se trata de exigência dirigida às licitantes ou de condição para a assinatura do contrato, mas de obrigação atribuída à contratada; (b) a obrigação em comento é alternativa, como o indica a conjunção “ou” – possibilidade de “pagamento em site (página na internet) ou por aplicativo”; e (c) no caso de pagamento por aplicativo, a contratada deve oferecer aos usuários a possibilidade de utilização do vale alimentação e/ou refeição em “no mínimo” um deles. Não parece que as exigências acima tratadas possam de fato ameaçar a participação de considerável número de empresas da presente licitação. O representante se absteve de oferecer elementos probatórios que pudessem indicar o contrário. As informações obtidas por esta autoridade julgadora, que estão mais acima condensadas, indicam que o mercado de vale alimentação e/ou refeição encontra-se em condições de atender ao comando do edital”.

Em recente Julgado o TCU, em voto do relator informou sobre a possibilidade da manutenção da exigência de delivery, conforme se vê, TC 007.906/2022-6 – Relator Marcus Bemquerer Costa.

[...] Por último, quanto ao questionamento do acerca da relação nominal taxativa de plataformas de **delivery** a serem credenciadas, conforme dispositivo editalício 4.17.1 do TR, restou esclarecido que a exigência se refere ao mínimo de três estabelecimentos com acesso ao pagamento por cartão-benefício em plataforma virtual, e não mínimo de três plataformas, conforme arguido pelo representante, observado o disposto no Estudo Técnico Preliminar, pelo que se concluiu que a exigência editalícia mostrava-se razoável e viável (peça 34, p. 15) [...]

A grei empresarial ora representante trouxe ao conhecimento do Tribunal algumas ocorrências referentes: a) à “relação nominal de quatro grandes redes de **delivery** (Ifood, Uber Eats, 99food, Rappi etc. [conforme o subitem 4.17.1 do Termo de Referência (TR)], importando



relação taxativa do mínimo de três redes/plataformas de **delivery** exigida das licitantes”, o que seria restritivo à competitividade do pregão; b) à ausência de razoabilidade no prazo exíguo de dez dias úteis para apresentação de toda a rede credenciada; e c) a critério subjetivo de desempate das propostas as empresas por votação dos empregados (peça 1).

6. Após esses quesitos serem inicialmente analisados e sintetizados pela antiga Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog, atual Auditoria de Contratações – AudContratações (peças 13 e 14), aquela unidade técnica entendeu que os esclarecimentos prestados pelas entidades (Senai/PE e Sesi/PE), em resposta à impugnação (administrativa) manejada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A (ora representante) contra o edital, relativa ao quesito indicado na alínea “a” do item anterior, foram suficientes para afastar essa suposta irregularidade, quais sejam (peça 10): i) o Termo de Referência (TR) não especificou as plataformas que a empresa deveria se credenciar, somente mencionou algumas das opções do mercado, de forma exemplificativa e didática, “usando inclusive a abreviatura etc”; ii) “a exigência é de credenciamento em mínimo de três empresas de refeições prontas e produtos **in natura** em **delivery** constantes das principais plataformas, e não de credenciamento em três plataformas, ou seja, a licitante deve se credenciar em mínimo de três estabelecimentos comerciais que recebam pagamento pelas plataformas”; iii) o serviço (**delivery**) especificado no subitem 4.17.2 do TR teve seu uso intensificado durante a pandemia, com a desejada redução de aglomerações, sendo reconhecidamente conveniente, rápido e confortável aos usuários e já popularizado.

Em relação à alegação da impugnante de que há indícios fortes de direcionamento do certame, pois bem, esta alegação é um tanto quanto infundada, tendo por base a alteração realizada no edital, tendo em vista a republicação deste, dando maior amplitude e flexibilizando a comprovação dos itens impugnados, sendo que se houvesse qualquer intenção da administração em direcionar ou em restringir a participação, seria a ação desta reversa, não teria a intenção de oportunizar a participação a outros interessados, sendo então esta alegação infundada.

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 desigualdades³”. 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 visado⁴”.

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, 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

³ NERY JÚNIOR, Nelson. Constituição federal comentada. 1999, p. 42

⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 67.



sorteio⁵.

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.

⁵ 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



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



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 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.

Cordialmente,

José Ferreira Soares Neto
Diretor Presidente
Companhia Municipal de Habitação de Araucária

