



AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO OFICIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE TUNÁPOLIS-SC.

Referência: Pregão Presencial Nº 355/2019 – VALES ALIMENTAÇÃO.

EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda.

Me, empresa regularmente inscrita no CNPJ/MF sob nº 13.081.547/0001-00, com endereço e contatos constantes em timbre, por seu representante legal e advogado, vem perante Vossa Senhoria, para, com fulcro no art. 12 do Decreto nº 3.555/00, bem como nos termos do item 19.9 do Edital, apresentar

I M P U G N A Ç Ã O

frente ao **EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 355/2019**, que trata de **“CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM FORNECIMENTO E GERENCIAMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO, ATRAVÉS DE CARTÃO ELETRÔNICO/MAGNÉTICO PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS ATIVOS DO MUNICÍPIO, conforme a Lei Municipal nº 1380/2018, de acordo com as especificações constantes nos Anexos deste Edital.”**, pelos motivos de fato e de direito que, articuladamente, passa a expor:

I – Dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejam a reforma do Edital

A microempresa ora *Impugnante*, com interesse em ter a honra de prestar serviços à Municipalidade de Tunápolis, eis que experiente no ramo de atividade em questão, com ampla e comprovada experiência, toma a iniciativa legal de impugnar os termos do mencionado documento, eis que eivado de vícios que podem comprometer o devido processo legal para a contratação do serviço requerido, conforme demonstrado a seguir.

Ao tomar conhecimento do lançamento do referido edital licitatório, viu-se na condição de **ter obstaculizada/dificultadas sua futura participação, ante a colocação das ilegais, desproporcionais e restritivas exigências a seguir transcritas.**

Com a intenção de colaborar com a Administração licitante e trazer o feito à legalidade, impetra a presente medida, insurgindo contra questões que, como demonstrará adiante, estão diametralmente opostas à legislação que rege as licitações públicas, restando completamente irregular as **exigências** abaixo transcritas, que têm o **condão de restringir o universo de participantes**, não restando à ora *Impugnante* senão comparecer perante V. Senhoria, que preside o certame, para ver corrigidas tais falhas e restabelecida a legalidade do procedimento licitatório em questão.

1.1. Das ilegalidades verificadas nas exigências concernentes ao afastamento do direito legalmente assegurado de preferência de contratação das micro e pequenas empresas:

O Edital regente do certame, ora impugnado, acerca dos critérios de desempate, assim dispõe:

“09.9 - Ocorrendo empate previsto no Art.44, § 2º da Lei Complementar nº 123/06 não será assegurada a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, desde que a melhor oferta inicial tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

(...)

9.16.- No caso de uma ou mais empresas apresentarem a proposta escrita com o valor da taxa mínima aceita, 0,00% (ZERO), não será adotada a preferência pela contratação das microempresas e empresas de pequeno porte, devido à impossibilidade de execução da fase de lances, fato que anula a exequibilidade de tal preferência, conforme procedimento estipulado no Artigo 45.”

[destaques artificiais]

No que tange aos itens acima, vê-se que foi estabelecido que não será assegurada a preferência para as micro e pequenas empresas e, ainda, um critério de desempate completamente contrário aos ditames da LC nº 123/2006, legislação essa que garante a contratação de micro e pequenas empresas, inclusive para o caso de propostas de taxa de 0%.

A primeira –e maior- desconformidade é que não pode esta municipalidade contrariar o ordenamento jurídico que rege as licitações públicas,

notadamente estipulando, em edital, que o critério de desempate em favor das micro e pequenas e empresas não será utilizado!

No tocante aos critérios de desempate, no caso da –certa-participação de micro e pequenas empresas no certame, importante salientar que o que deve ocorrer no caso em debate é a estrita observância do que determinam a Lei Complementar nº 123/2006, que sentencia, inequivocamente:

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.

Frisa-se, com ênfase, que o termo legal utilizado é “será assegurada”, não deixando qualquer margem de interpretação destoante!

Ou seja, caso ocorra o empate entre as propostas, figurando micro ou pequenas empresas como proponentes, a única solução legal apontada é a realização de sorteio – e circunscrito somente a elas! Qualquer outra previsão, como a ora impugnada, apresenta-se contra legem e deve imediatamente ser remediada, visando inconvenientes futuros no certame!

Destaque-se que os critérios da LC nº 123/06, ante o Princípio da Especialidade (*Lex specialis derogat legi generali*), não podem ser substituídos pelos dos artigos 3º §2º da Lei 8.666/93 e 45 §2º da Lei 8.666/93, como exposto no Edital ora impugnado.

O objetivo da lei complementar é estabelecer uma margem de preferência que possa igualar, na prática, os desiguais, eis que as ME e EPP são menos favorecidas que as outras licitantes que possuem maior capital. A norma visa ao atingimento de uma igualdade substancial.

Nesse sentido, extrai-se a lição do insigne administrativista Marçal Justen Filho (*in: O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética. 2007, p. 33):

“Em outras palavras, não é cabível questionar a validade de medidas legislativas que assegurem tratamento preferencial para pequenas empresas mediante o argumento da infração à isonomia. A Constituição adotou a orientação de que benefícios restritos às pequenas empresas é uma solução destinada a promover a isonomia: as pequenas empresas devem ser protegidas legislativamente como meio

de compensar a insuficiência de sua capacidade econômica para competir com grandes empresas.”

O mesmo autor acima (*in: O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas, 2ª Ed., São Paulo: Dialética, 2007. p. 21*), estipula:

“não caberá negar a uma ME ou a EPP a possibilidade de beneficiar-se das regras previstas nos arts. 42 a 45 da LC nº 123/06, nem mesmo sob o argumento de ausência de regulamentação. Também não caberá afirmar que o ato convocatório não forneceu a solução cabível para o exercício e para o deferimento dos benefícios. Ainda que não haja regulamentação e não obstante o silêncio do edital, os benefícios previstos na LC nº 123 deverão ser reconhecidos, deferidos e aplicados – sob pena de configuração de nulidade da decisão denegatória.”

Ivan Barbosa Rigolin (*in: Manual Prático das Licitações, 8ª Ed, Ed. Saraiva, 2009*) também segue o mesmo caminho de entendimento:

“Desde já fique assentado: sejam micro e pequenas empresas cadastradas ou não; seja a modalidade licitatória que for; seja o tipo de licitação e o critério de julgamento que for utilizado; seja licitação para registro de preços ou não; seja o objeto compra, obra ou serviço, **o novo Estatuto das micro e das pequenas empresas nenhuma distinção tece quanto a isso, e suas regras se aplicam indistintamente em qualquer caso ou hipótese.**”

Ante todo o exposto, apresenta-se incontroverso que o item do Edital vergastado merece ser reformado, visando adequá-lo às disposições legais pertinentes, em especial à LC nº 123/2006, prevendo que, no caso –bastante provável- de que todas as propostas sejam de taxa 0%, o desempate se dará unicamente para micro e pequenas empresas. Nessa

linha, caso haja mais de uma participante, o sorteio deve ser feito entre elas, uma vez que a Constituição e a Lei determinam que as contratações públicas devem privilegiá-las!

É inegável que **a maior parte das irregularidades** existentes na condução dos procedimentos licitatórios **advêm da inobservância de cautelas** quanto **às disposições legais**, fator indispensável frente ao sistema jurídico-legal vigente, que culminam em penalidades, atrasos e/ou impedimentos à contratação pretendida.

Deve-se rememorar que o Estatuto das Licitações é de clareza solar ao determinar:

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](#);

(grifos e destaques artificiais)

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

O Tribunal de Contas da União, a respeito de critérios de desempate, assim julgou:

(...)

12. Noutros termos o exercício do direito de preferência deve ser concedido, em primeiro lugar, às ME/EPP, para apenas depois se aplicarem as regras de preferência indicadas no art. 3.º da Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991, quando existirem fornecedores de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País cuja proposta seja até 10% da acima da melhor proposta válida.

(...)

14. Com efeito, o Dec. 7.174/2010 não tencionou fixar critério 10 para desempate entre as microempresas e empresas de pequeno porte e as empresas beneficiadas com a preferência prevista no art. 3.º da Lei 8.248/1991. 15. O que o art. 8.º do referido regulamento fez foi estabelecer uma ordem para aplicação de preferência de que trata: em primeiro lugar, aplicam-se a as regras de preferência para as ME/EPP, previstas no art. 44 da lei 123/2006; e, apenas posteriormente, aplicam-se as regras do

art. 3.º da Lei 8.248/1991, com a classificação dos licitantes cujas

acima da melhor proposta válida, conforme o critério de

julgamento, para a comprovação e o exercício do direito de

preferência (Acórdão 4.241/2012, 2º, rel. Min. André Luiz de

Carvalho).

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.

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.



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.

Departamento Jurídico

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

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
Guarapuava-PR - (42) 3626-2256
juridico@livcard.com.br

O **Poder Judiciário**, no caso o **Tribunal de Justiça de Santa Catarina** assim julgou:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. **OCORRÊNCIA DE EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS. TRATAMENTO FAVORECIDO À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ART. 170, INC, IX, DA CF. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. CRITÉRIO DE DESEMPATE . O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno porte, nos processos de licitação, não se limita aos casos de empate ficto ou presumido, quando é possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado idêntico critério nas hipóteses de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo, em face do que preceitua o art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 : “Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.” Situação dos autos em que somente uma das empresas participantes do certame, uma vez constatado o empate real, ostenta a condição de ME/EPP. O ato levado a efeito pela Autoridade coatora violou direito líquido e certo da impetrante, dando azo ao refazimento parcial do certame, ante a declaração de nulidade do julgamento das propostas apresentadas. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA INTEGRALMENTE EM REEXAME OBRIGATÓRIO. (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70076196989, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 30-05-2018). Assunto: Direito Público. Licitação. Concorrência. Propostas. Julgamento. Desempate. Critério. Sorteio. Adoção. Empresa de pequeno porte. Tratamento favorecido. Reconhecimento. Certame. Fase. Nulidade. Declaração. Manutenção. Data de Julgamento: 30-05-2018. Publicação: 06-06-2018.**

O **Poder Judiciário do Estado do Paraná**, 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 Impugnante:**

Processo: 0000764-75.2015.8.16.0151

Classe Processual: Mandado de Segurança

Assunto Principal: Anulação

Valor da Causa: R\$1.000,00

Impetrante(s): EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda. Me

Impetrado(s): NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA EPP Mariza Basso Madeiras Diogo Luis Maleski

SENTENÇA

I – RELATÓRIO Trata-se **de ação de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA. ME** em face de DIOGO LUIS MALESKI e MARIZA BASSO MADEIRAS. Expõe o impetrante que participou, em 20/04/2015, no **Município de Planaltina do Paraná**, do procedimento licitatório nº 030/2015, na modalidade pregão presencial, no qual a prefeitura do mencionado Município pretendia contratar serviços de **gerenciamento e administração de cartão vale-alimentação**, na forma de crédito em cartão

magnético. Iniciado o certame, **os licitantes apresentaram suas propostas, as quais foram todas idênticas, sendo que todos propuseram uma taxa de administração de 0%, devendo a impetrante ter direito de preferência como critério de desempate por ser microempresa.** Aduz que não era a única microempresa participante da licitação, mas que foi a única que juntou os competentes documentos comprobatórios de sua condição e, portanto, **deve ser beneficiada pelas disposições dos artigos 44 e 45 da Lei 123/2006 e, conseqüentemente, ser declarada vencedora do certame.** Porém, a despeito da irresignação 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 aprestado 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 a dos demais licitantes, quer sejam iguais, como é o caso dos autos. **A conclusão que se quer chegar é o seguinte: pelo simples fato de haver uma microempresa no certame, o tratamento que deverá o gestor dispender deverá ser, obrigatoriamente, diferenciado. Ele não deverá observar simploriamente apenas os ditames da Lei Geral de Licitações, mas deverá,**

a cada etapa do certame que percorrer, ter a certeza de que suas ações estão coadunadas, também, com a LC 123/06. Destarte, a escolha do procedimento de sorteio não é algo discricionário, mas, sim, é algo vinculante, uma vez que a aplicação do Estatuto da Microempresa é obrigatória, ainda que não haja previsão expressa no edital. Inclusive, este é o entendimento da Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 07, de 1º de abril de 2009: “O tratamento favorecido de que tratam os artigos. 43 a 45 da Lei Complementar Nº 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia”. E que, a despeito de se limitar ao âmbito federal, sua utilização, aqui, a título de exemplo, é bem-vinda. Ainda, tem-se que um dos argumentos mais utilizados pela impetrada é que a impetrante não poderia ser favorecida com os ditames da LC 123/06, já que não haveria como apresentar proposta de taxa administrativa negativa. Como já explicado alhures, tal argumento não é convincente, por ser desprovido de lógica jurídica. Isso porque a impetrante apenas teria que oferecer proposta inferior caso estivéssemos diante de empate ficto, ou seja, caso sua proposta fosse até 5% maior que a dos demais licitantes. Daí, diante do empate ficto, seria aberta à licitante microempresa as faculdades dos incisos I e II do art. 45 da LC 123/06. Todavia, o caso dos autos trata de empate real, de maneira que tal situação não clama pela aplicação dos critérios de desempate do incisos I e II do art. 45 da Lei Complementar em comento, já que, sendo todas as propostas idênticas, inclusive as das microempresas, a disputa deverá limitar-se apenas entre essas. Caso a outra microempresa participante estivesse devidamente habilitada, o correto seria

a realização de um sorteio para decidir a classificação entre as duas. As outras empresas não identificadas como microempresas estariam fora da disputa.

III. DA BUSCA PELA MELHOR PROPOSTA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MICROEMPRESA

Um dos princípios que envolve as licitações é o princípio da vantajosidade, estampado no caput do art. 3º da Lei 8666/93. Tal dispositivo impõe como uma das metas da licitação a busca pela proposta mais vantajosa, a que possui melhor relação entre custo e benefício. Enfim, busca-se o menor e melhor gasto de dinheiro público. **É certo que a ideia de vantajosidade está muito relacionada com economia, com a otimização dos resultados econômicos, tanto no aspecto quantitativo, como no qualitativo. Mas não resume a isso. A ideia de vantagem ultrapassa a órbita meramente econômica, abrangendo objetivos mais amplos, interesses supra individuais,** ou seja, interesses que vão além do indivíduo, alcançando interesse de grupos sociais determinados, determináveis ou indeterminados. Também, outro importante objetivo buscado pelas licitações é o desenvolvimento Decisão Também, outro importante objetivo buscado pelas licitações é o desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º, caput, Lei 8666/93). Enfim, a conclusão a que se deseja chegar é a seguinte: dizer que a Administração busca a melhor proposta não quer dizer apenas que busca a mais barata (o que, obviamente, também se espera). Mas vai além disso. **A melhor proposta é a mais vantajosa não apenas para o ente público, mas a toda coletividade. É a escolha da proposta que mais estimule o**

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

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

Decisão

Por derradeiro, **fica claro que o ato impetrado encontra-se em total desacordo com o ordenamento jurídico e que a**

impetrante possui direito líquido e certo a ser consagrada a vencedora do certame.

IV. DISPOSITIVO

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

P.R.I

Santa Isabel do Ivaí, 01 de Março de 2017.

TALITA BETIATI DE OLIVEIRA

Juíza Substituta

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

Importante ressaltar, nobre Pregoeiro Oficial, que **nesta fase** é que a **autotutela da Administração** se afigura como o **mecanismo hábil a corrigir desvios e vícios ainda sanáveis**, evitando-se os

transtornos de eventual intervenção do Judiciário e/ou Órgãos de Controle de Contas, situações essas evitáveis com o provimento do presente apelo recursal e os consequentes **impulsos oficiais que visem a retificação das decisões ora atacadas**, visando, sobremaneira, um procedimento dentro dos preceitos de legalidade e apto a angariar a melhor proposta e mais vantajosa contratação para esta municipalidade.

III. Dos Requerimentos Finais

Por todo o exposto, serve a presente Impugnação, para, confiantes no vosso bom senso e discernimento, requerer a Vossa Senhoria, ante a forte argumentação suso exposta, se digne:

a)- a acolher o presente impugnação interposta, visto que apresentada tempestivamente e em obediência ao que dispõe a Lei e o Edital, dando regular e legal processamento;

b)- em razão dos fatos ora narrados, **julgar procedente a presente Impugnação ao Edital de PREGÃO PRESENCIAL N.º 355/2019 – MUNICÍPIO DE TUNÁPOLIS-SC**, procedendo aos impulsos oficiais para que **retifique-se as exigências dos seguintes dispositivos editalícios:**

b.1) **retifiquem-se as previsões do item 09.9 e 09.16, dando-lhes redação adequada aos mandamentos dos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, excluindo a ilegal e equivocada previsão de “não será adotada a preferência pela contratação das microempresas e empresas de pequeno porte”;**

b.2) que **seja incluída a previsão que, em caso de empate real entre as propostas, o desempate se dará em favor da micro ou pequenas empresa participante**, ou, em caso de mais de uma presente, **em sorteio realizado exclusivamente entre essas**;

c)- continuamente, como não poderá deixar de ser, ante a vasta argumentação esposada, **que seja postergada a abertura das propostas até a republicação do edital com as retificações e adequações normativas necessárias**, nos termos do art. 12, § 2º, do Decreto nº 3.555/00;

d)- na remota hipótese do não provimento do presente apelo impugnatório, o que não se espera, ante a sobeja e fundamentada argumentação ora transcrita, que Vossa Senhoria exare formalmente sua decisão, atentando para responder a todos os requerimentos suso expostos, com justificações baseadas em substrato jurídico vigente, mediante exposição escrita, fundamentada em estudos técnicos e devidamente motivada.

Nestes termos,

Respeitosamente,

Pede Deferimento.

De Guarapuava-PR para TUNÁPOLIS-SC, em 07 de Janeiro de 2020.



RAMON BARBOSA E SILVA

ADVOGADO

OAB/PR Nº 48.877

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.

Guarapuava-PR - (42) 3626-2256

juridico@livcard.com.br