

**AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DA
MICRORREGIÃO DE PENÁPOLIS - SP**

PROTOCOLO - CIMPE - PENAPOLIS		
Nº	Data	Rubrica
363/2023	16/06/23	Jecis

EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº 03/2023**Processo Licitatório nº 297/2023**

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 19.207.352/0001-40, com sede na Rua Fortunato Ramos, n. 245, Sala n. 905, Santa Lúcia, Vitória/ES, CEP 29.056-020, Telefone (27) 2233-2000, endereço eletrônico: licitacao@lecard.com/ flavia.rodrigues@lecard.com.br, vem respeitosamente por meio de seu procurador legal, com procuração anexa ao processo, propor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da r. decisão, proferida em sessão pública em 15/06/2023, que declarou vencedora do pregão presencial em epígrafe, a empresa **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.**, após decisão manifestamente ilegal que, de forma indevida, assegurou o direito de preferência previsto no art. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, pelas razões anexas aduzidas.

Nestes termos,
pede deferimento.

Vitória/ES, 15 de junho de 2023.

FLAVIA RODRIGUES DO
NASCIMENTO:1677989
3781

Assinado de forma digital por
FLAVIA RODRIGUES DO
NASCIMENTO:16779893781
Dados: 2023.06.15 18:40:25
-03'00'

Flávia Rodrigues do Nascimento
Advogada - OAB/ES 37.594

I. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O presente recurso é tempestivo na medida em que a intenção de interposição foi manifestada no dia 15/06/2023, quando foi aberto o prazo de 03 (três) dias úteis para registro das razões recursais, razão pela qual se encontra preenchido o requisito de admissibilidade e conhecimento da peça de irresignação.

II. DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1 – DOS FATOS

No dia 06/06/2023, foi aberta a Sessão Pública, referente ao pregão presencial nº 011/2023, promovida por este Órgão, cujo objeto é *“contratação de empresa para fornecimento, implementação, reemissão e administração de cartão alimentação, por meio eletrônico (cartão magnético), protegido por senha, com chip, com recarga mensal e permitindo acúmulo de valores para aquisição de gêneros alimentícios de primeira necessidade em estabelecimentos comerciais, através da utilização de rede conveniada a sua prestação de serviços, cujos cartões serão destinados para aproximadamente 756 servidores ativos desta Prefeitura Municipal de Lucélia, com benefício individual a ser creditado por funcionário no valor de R\$ 26,50 (vinte e seis reais e cinquenta centavos), por dia efetivamente trabalhado (...)”*.

Compareceram ao pregão 08 (oito) empresas, sendo todas elas credenciadas. Após o término do credenciamento, e após a etapa de análise e abertura das propostas, foi constatado que todas as empresas participantes da Sessão Pública apresentaram proposta de 0,00% (zero por cento).

O pregoeiro, a partir de tal premissa, tendo em vista o empate entre as licitantes, realizou o sorteio entre as proponentes declaradas ME/EPP e declarou como vencedora a empresa VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.

Veja bem, ocorrem dois problemas na licitação, o primeiro é a preferência para empresas que se apresentam como ME/EPP e o segundo é o fato da empresa VEROCHEQUE não poder ser qualificada como ME/EPP pelos fatos expostos a seguir.

II.2 DA DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA VEROCHQUE POR NÃO SE ENQUADRAR COMO ME/EPP

A empresa VEROCHQUE REFEIÇÕES LTDA, sob CNPJ nº 06.344.497/0001-41, não pode ser considerada Empresa de Pequeno Porte, como tem feito nas licitações em que participa.

A Lei Complementar nº 123/2006 estabelece as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O diploma legal disciplina temas relevantes para tais empresas, como a simplificação de obrigações trabalhistas e previdenciárias, o acesso a crédito, ao mercado, à tecnologia etc.

Saliente-se que, conforme expressamente declarado em seu art. 88, a Lei Complementar nº 123/2006 entrou em vigor na data de sua publicação (15.12.2006), ressalvado o regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, que entrou em vigor em 1º.07.2007.

De acordo com a referida norma, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário (a que se refere o art. 966 do Código Civil - veja Nota), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que (Lei Complementar nº 123/2006 , art. 3º , I e II):

- a) no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00;
- b) no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00.

Para efeito de aferição dos limites citados nas letras "a" e "b" supra, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia.

Não devem ser incluídos, na receita bruta, as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos (Lei Complementar nº 123/2006 , art. 3º , § 1º).

Não pode se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123/2006, incluído o regime tributário simplificado do Simples Nacional, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica (Lei Complementar nº 123/2006, art. 3º, § 4º):

- a) **de cujo capital participe outra pessoa jurídica;**
- b) que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;
- c) de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos do Estatuto das ME e EPP, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite mencionado na letra "b" do tópico 2 deste texto (R\$ 4.800.000,00);
- d) **cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada pelas normas do Estatuto das ME e EPP, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite mencionado na letra "b" do tópico 2 deste texto (R\$ 4.800.000,00);**
- e) cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite mencionado na letra "b" do tópico 2 deste texto (R\$ 4.800.000,00);
- f) constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;
- g) que participe do capital de outra pessoa jurídica;
- h) que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;
- i) resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 anos-calendário anteriores;
- j) constituída sob a forma de sociedade por ações (S/A); e
- k) cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

Conforme parecer elaborado pela Baker Tilly, empresa de consultoria em contabilidade internacional, a empresa VEROCHECKE

“apresenta em sua ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL DIGITAL (ECD) referente ao ano calendário de 2022, datado de 15/04/2023, e cujo recibo de entrega foi protocolado sob o número: 73.6ª.35.2F.97.FA.3ª.B1.B0.53.86.F5.90.6F.05.2E.91.8B.CB.91, que a **receita bruta da empresa correspondente ao ano foi de R\$ 174.487.810,18** (cento e setenta e quatro milhões quatrocentos e oitenta e sete mil oitocentos e dez reais e dezoito centavos), se sobrepondo a receita bruta limite para o enquadramento da empresa na categoria de empresa de pequeno porte em 36 (trinta e seis) vezes.

Destaca-se que nas Demonstrações Financeiras de 2022 consta o valor do ISSQN – **Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza no montante de R\$ 1.383.948,58** (um milhão trezentos e oitenta e três mil novecentos e quarenta e oito reais e cinquenta e oito centavos), sendo assim, **a base de cálculo mínima de Receita Bruta deve ter sido obrigatoriamente de 27.678.971,60** (vinte e sete milhões seiscentos e setenta e oito mil reais novecentos e setenta e um reais e sessenta centavos), para um alíquota de 5% de ISSQN, podendo chegar a uma base máxima de Receita Bruta de até R\$ 69.197.429,00 (sessenta e nove milhões cento e noventa e sete mil reais quatrocentos e vinte e nove reais) caso a alíquota de ISSQN tenha sido de 2%, isso tudo, após os descontos incondicionais.

Registra-se ainda que a VEROCHEQUE refeições LTDA enquadre-se no conceito de Sociedade de Grande Porte, conforme Lei 11.638/2007, pois seu Ativo registrado em 2022 foi de R\$ 313.571.565,66 (trezentos e treze milhões quinhentos e setenta e um mil quinhentos e sessenta e cinco reais e sessenta e seis centavos). Veja o art. 3 e 4 da Lei 11.638/07:

Art. 3o Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).

Ainda, os **Resultados financeiros no ano calendário de 2022 foram de R\$ 18.729.391,36** (dezoito milhões setecentos e vinte nove mil trezentos e noventa e um mil reais e trinta e seis centavos), seu **capital social em 31/12/2022 foi de R\$ 21.200.000,00** (vinte e um milhões, duzentos mil reais), **Patrimônio Líquido de R\$ 62.839.404,80** (sessenta e dois milhões e oitocentos e trinta e nove mil reais quatrocentos e quatro reais e oitenta centavos) e **Lucro Líquido de R\$ 6.427.800,23** (seis milhões quatrocentos e vinte e sete mil reais oitocentos reais e vinte e três centavos).

Pois, com base nos documentos disponíveis analisados, constata-se que empresas cuja receita bruta é superior ao valor de R\$ 4.800.000,00 não poderia estar enquadrada no regime diferenciado de

Empresa de Pequeno Porte – EPP, muito menos, empresas que se enquadram no conceito de sociedade de grande porte.

A Verocheque Refeições Ltda não se enquadra na definição de microempresa e de empresa de pequeno porte, além de ser sociedade de grande porte e de ultrapassar o limite da Receita Bruta, também, por participar de outras sociedades no decorrer de 2022 e porque as receitas brutas globais de todas as sociedades ultrapassam o limite de R\$ 4,8 milhões.

Desta forma, não pode utilizar qualquer benefício previsto na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, Lei Complementar 123/2006.

II.3 – DO COMPORTAMENTO INIDONEO DA LICITANTE VENCEDORA E APLICAÇÃO DE PENALIDADE PREVISTA EM LEI

A conduta da licitante declarada vencedora é reprovável, abominável e além de improba. Em verdade, está vem agindo dolosamente no sentido de fraudar o certame licitatório com vistas a obter vantagem indevida pela utilização do enquadramento privilegiado às ME/EPP sem que ostente condições para tal.

Certo é que a conduta da licitante é digna de declaração de inidoneidade, haja vista que ataca a moralidade da Administração Pública, inclusive, induzindo seus agentes a recaírem em ato improbidade por decorrência de sua conduta, conforme vemos por meio de Lei nº 8.429/92, em seus art. 3º e 11, inciso V, com redação trazida pela Lei nº 14.230/2021. Verbis:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

[...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

V - Frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

É o que ocorre no presente caso, em completo vilipêndio as normas que regulamentam o processo licitatório.

Outrossim, a licitante deve ser responsabilizada administrativamente por ter incorrido nas práticas previstas no art. 155, incisos VIII e X da Lei nº 14.133/2021:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

VIII - **apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame** ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

X - Comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; consequentemente, deve sofrer as penalidades previstas no art. 156, inciso IV, §5º da Lei nº 14.133/2021. Verbis:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

IV - Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

Além disso, as decisões do TCU convergem no mesmo sentido, vejamos:

"A prestação de declaração falsa para usufruto indevido do tratamento diferenciado estabelecido pela Lei Complementar 123/2006 caracteriza fraude à licitação e burla ao princípio constitucional da isonomia e à finalidade pública almejada pela lei e pela Constituição (fomento ao desenvolvimento econômico das micro e pequenas empresas)" (Enunciado do Acórdão 2858/2013-TCU-Plenário). (Grifos nossos)

[...]

"A participação de empresa em licitação na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte sem preencher os requisitos necessários para tal, em razão de faturamento superior ao limite legal estabelecido, caracteriza fraude ao certame" (Enunciado do Acórdão 107/2012-TCU-Plenário)

"A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação, tipificada no art. 90 da Lei 8.666/1993, ensejando, por consequência, aplicação da penalidade do art. 46 da Lei 8.443/1992. A ausência de obtenção de vantagem pela empresa, no entanto, pode ser considerada como atenuante no juízo da dosimetria da pena a ser aplicada, em função das circunstâncias do caso concreto" (Enunciado do Acórdão 1677/2018-TCU-Plenário).

Portanto, além de inabilitada, deve a empresa vencedora sofrer sanção administrativa como medida repressiva de sua conduta fraudulenta, nos termos do art. 156, inciso IV, §5º da Lei nº 14.133/2021, homenageando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório

II.4 DO DESEMPATE APENAS ENTRE EMPRESAS ME/EPP

Conforme dito anteriormente, após a análise das propostas, o pregoeiro decidiu por realizar o sorteio apenas entre as empresas ME/EPP, sendo que todas as empresas apresentavam a mesma proposta, sem possibilidade de diminuição da taxa de administração, por tratar-se de licitação com vedação de taxa negativa.

Veja bem, o próprio edital previa que nos casos de empate, o sorteio seria realizado entre todas as propostas apresentadas, vide:

8.6.3 – No caso de empate nos preços, serão admitidas todas as propostas empatadas, independentemente do número de licitantes.

8.7 – O Pregoeiro convidará individualmente os autores das propostas selecionadas a formular lances de forma sequencial, a partir do autor da proposta de maior preço e os demais em ordem decrescente de valor, decidindo-se por meio de sorteio no caso de empate de preços.

8.8 – Para efeito de seleção será considerado a MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO, que poderá assumir valores iguais a zero, sendo desclassificadas propostas com taxas negativas de acordo com o Artigo 175 do Decreto 10.854/21.

8.9 – HAVENDO EMPATE ENTRE TODAS AS PROPOSTAS APRESENTADAS, O CRITÉRIO DE DESEMPATE SERÁ O SORTEIO, SENDO DECLARADA VENCEDORA QUEM FOR SORTEADA.

Conforme o artigo 3º, caput da Lei 8.666/93, 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.

Apesar da vinculação do licitante ao Edital, verificamos que, decorrente do princípio da legalidade, a vinculação ao instrumento é uma regra que tem mais imposição à própria Administração, em vista de ser um ato criado praticamente de forma unilateral por esta. Significa que, deveriam ser seguidas as regras estipuladas no edital. Se tais regras obrigarem tão somente a Administração, esta deverá observá-las de forma estrita, pois não poderá alegar ou voltar a norma em benefício próprio decorrente da própria torpeza, pois criou-a de forma unilateral.

Desse modo, cabe ao pregoeiro e a equipe de apoio seguir as normas previstas no edital, assim sendo, realizar o desempate entre todas as propostas ao mesmo tempo, sem preferência a empresas ME/EPP.

O legislador pátrio fez constar no bojo da lei licitatória, mais precisamente no Art. 3, I da Lei 8.666/93, in verbis:

“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;”

Desta feita, ainda que um determinado ato seja praticado com certa margem de discricionariedade, este deve respeitar os limites impostos pelos princípios regentes, sob pena de gerar, em alguns casos, a convalidação do ato e, em outros, até mesmo a sua invalidação.

O princípio da isonomia assegura a equalização das normas e dos procedimentos jurídicos entre os indivíduos, garantindo que a Lei seja aplicada a todos de forma igualitária. **PORÉM, ESSA DOUTA COMISSÃO DE LICITAÇÃO, AO DECIDIR POR NÃO REALIZAR O SORTEIO ENTRE AS EMPRESAS PARTICIPANTES, TRATOU DE MANEIRA DESIGUAL OS LICITANTES.**

A Lei Complementar nº 123/2006 preceitua no art. 44, §§ 1º e 2º, as formas de empate, vide:

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.

Ainda, o art. 45 da Lei complementar nº 123/2006 prevê que:

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;

Em análise aos dispositivos supracitados, verifica-se que em situações que ocorrerem o empate ficto, será dado o direito de preferência a microempresas e empresas de pequeno porte para apresentar proposta de preço inferior àquela mais bem classificada.

Entretanto, na referida Sessão Pública não ocorreu o denominado “empate ficto”, que seria a possibilidade de apresentar proposta de valor inferior à mais bem classificada, ocorrendo o EMPATE REAL, pois não havia possibilidade de proposição de taxa negativa, tendo em vista que o edital vedava a taxa negativa.

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

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

Agrava-se o fato de o sorteio ter sido realizado apenas entre as empresas que se declararam ME/EPP, restringindo ainda mais os liames da ampla concorrência e competitividade.

Dessa forma, o entendimento é de que primeiramente devem ser analisados os critérios de desempate e posteriormente, permanecendo o empate será realizado o sorteio entre todas as empresas, sem preferência para ME/EPP.

A licitação não ocorreu da forma supramencionada, mas, após o empate dos lances em taxa 0,00% (zero por cento), fora realizado o sorteio apenas entre as empresas declaradas ME/EPP. Senão vejamos trecho da revista Zênite:

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

*Como originariamente o certame não teve uma vencedora, haja vista a condição de empate real inicialmente verificada entre as propostas, essa previsão não tem como ser aplicada. **Diante disso, não restará alternativa para a Administração senão proceder ao desempate nos termos da Lei nº 8.666/93 (art. 3º, incs. II e IV, art. 45, § 2º).** Em vista do exposto, conclui-se que havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma microempresa e a oferta de uma grande empresa, a microempresa não será de plano considerada vencedora. Cumpra à Administração convocá-la para exercer o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06 e oferecer lance inferior. **Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, o que, geralmente, exigirá o sorteio.**”¹*

O que se percebe *in casu*, é que, mesmo que a lei determine que as microempresas e empresas de pequeno porte devam ter preferência nas contratações, isso só será feito nos casos em que tais empresas possam dar lances mais benéficos para a Administração Pública, na decisão de declarar a ME/EPP como vencedora está presente o afastamento da legalidade do procedimento e ceifou a ampla competitividade entre as empresas interessadas, o que não merece ser mantido por esta Colenda Comissão.

¹ Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC) nº 179, jan/2009, p. 81

Posto isto, uma vez que não houve disputa de lances, deveria ser considerado o critério de desempate baseado no Art. 45, §2º da Lei nº. 8.666/93. Nesse sentido:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...)

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Ainda, a Lei nº. 8.666/93 em seu art. 3º, § 2º, inciso II, III, IV, V preconiza que devem ser observados os seguintes critérios de desempate:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

§ 2º Em igualdade de condições, como **critério de desempate**, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Neste diapasão, em consonância com o disposto no art. 45, o dispositivo supracitado define quais seriam os reais critérios a serem observados na situação de empate, quando não é admitido a proposição de taxa negativa.

Outrossim, deveria ser realizado o sorteio com as empresas que cumpriram os requisitos do art. 3º, § 2º, demonstrando: **ser produzido no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.**

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

Ao agir com supedâneo nas disposições acima sem que houvesse motivação para tanto, o pregoeiro, notadamente incorre na prática de desvio de finalidade, na medida em que o ato não atende ao interesse público, haja vista ser eivado de ilegalidade.

O desvio de finalidade na conduta do agente se caracteriza pelo fato de que o processo licitatório se destina à 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, conforme redação dada pelo art. 3º, caput, da lei nº 8.666/93.

Ocorre que, embora este (pregoeiro) seja competente para a prática do ato, uma vez que há violação a esses princípios, sobretudo, o princípio da isonomia e legalidade, como no caso concreto, a contratação pública estará deixando de cumprir sua finalidade precípua de modo que se torna ilegal a conduta praticada pelo agente.

Portanto, a decisão que concedeu preferência à ME/EPP e conseqüentemente acarretou sua habilitação e declaração de vencedora, deve ser anulada.

Outrossim, carece de legalidade o direito de preferência no caso em tela, visto que tanto a lei quanto o edital preveem que esse direito somente será exercido na hipótese de caracterização do denominado

empate ficto, ou seja, quando a proposta apresentada pela ME/EPP for igual ou superior até 5% (cinco por cento) à melhor oferta, conforme previsto no art. 44 e art. 45 da Lei Complementar nº 123/06.

Corroborando todo exposto, cumpre trazer à baila a ampla argumentação trazida em sede de parecer jurídico pelo Ilmo. Pós-Doutor **ALEXANDRE MAZZA**, o qual foi cirúrgico em seu posicionamento sobre diferença entre empate real e ficto, e seu procedimento. Veja-se a síntese das considerações apresentadas no parecer em anexo.

- a) O princípio constitucional do tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, previsto no art. 170, IX, da CF/88, dirige-se ao legislador, e não à Administração Pública, sendo **descabida sua aplicação automática a certames licitatórios**, ainda que amparada no edital;
- b) O tratamento favorecido previsto no art. 170, IX, da CF/88 deve ser interpretado sistematicamente conciliando-se com o princípio da livre concorrência (art. 170, IV), de modo que o cotejo entre ambos não autoriza por si só, em caso de empate real, a realização de sorteio somente entre Mês e EPPs;
- c) A norma do art. 44, “caput”, da Lei Complementar 123/06, que define como critério de desempate na licitação a preferência de contratação em favor das MEs e EPPs nos termos da lei, deve ser interpretada em conjunto com os arts. 44, §1º, e 45 da mesma lei, aplicando-se tal preferência ao empate ficto, mas, não ao empate real;
- d) nas licitações em que haja empate real em zero, com proibição de ofertas negativas, deve ser realizado sorteio entre todas as empresas licitantes, nos termos dos arts. 3º, §§2º e 14, da Lei 8.666/93 ou 60 da Lei 14.133/21**, interpretação essa que melhor se coaduna com aos princípios da isonomia (art. 5º, “caput”, da CF), da legalidade (art. 37, “caput”, da CF) e da livre concorrência (art. 170, IV, da CF);
- e) O sorteio restrito a MEs e EPPs viola o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, “caput”, da CF) porque representa uma discriminação que não encontra guarida no ordenamento jurídico, constituindo um direcionamento indevido do resultado do certame;
- f) Impedir a participação das empresas grandes no sorteio para desempate em licitações com empate real agride o princípio constitucional da legalidade (art. 37, “caput” da CF) face a ausência de norma legal que preveja expressamente tal restrição;**
- g) A realização de sorteio somente entre EPPs e EPPs, em caso de empate real, restringe a competitividade do certame, comprometendo a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, uma das finalidades da licitação nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93;
- h) Prestigiando o princípio da eficiência administrativa (art. 37, “caput”, da CF), a contratação de empresas grandes oferece muitas vantagens efetivas para a Administração e para o usuário do auxílio-alimentação, tais como: a) rede credenciada maior; b) capital social mais robusto; c) menor chance de insolvência; d) suporte administrativo e quadro de funcionários maiores. (Grifo nosso).

Dentre todos os argumentos trazidos em seu parecer, anexo a esta peça, destaca-se principalmente o item “2.5 Da inaplicabilidade da sistemática do empate ficto em certames com ofertas tendentes a zero”.

Isto porque, o Ilmo. Doutrinador esclarece que “configurado o empate real entre múltiplas propostas iguais a zero, e vedado o oferecimento de taxa negativa, não há como declarar-se o empate ficto, de modo que se torna impossível garantir à ME/EPP o direito de “apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame” (art. 45, I, da LC 123/06) simplesmente porque, empatadas em zero, não há nenhuma oferta considerada vencedora e o lance inferior a zero está proibido por lei e pelo TCE/SP.

Ainda, o nobríssimo Alexandre Mazza salienta que se trata de flagrante violação a regras constitucionais e legais o sorteio direcionado as ME/EPPs pelo simples fato de todos terem apresentado propostas empatadas em zero. *In verbis*:

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

Ocorre que algumas comissões de licitação, ou agentes de contratação, vêm entendendo, em função de previsão editalícia, que tal sorteio deve se dar somente entre as MEs e EPPs com exclusão dos demais licitantes, em **clara violação a regras constitucionais e legais que disciplinam a matéria.**

Em geral, há duas razões para justificar esse posicionamento restritivo: a) a interpretação equivocada do art. 44, “caput”, da LC 123/06; b) a aplicação direta das normas constitucionais de tratamento favorecido a MEs e EPPs.

Quanto à primeira razão, decorre da interpretação isolada do art. 44, “caput”, da LC 123/06, segundo o qual: “Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”.

Porém, o conceito de empate, para fins de aplicação dessa norma, vem gizado logo no § 1º do mesmo dispositivo: “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”.

Assim, não deve ser utilizado um conceito apriorístico de “empate” mesmo porque **o empate ficto não é um empate de verdade, mas a equiparação fictícia das propostas desiguais. Como já se viu, não existe proposta mais bem classificada quando todas empatem em zero.** Interpretar o “caput” desconectado do §1º é um desvario hermenêutico que, a um só tempo, viola a intenção do legislador e conduz a um resultado inconstitucional não agasalhado pelo ordenamento, consistente em excluir doravante as empresas grandes de toda e qualquer licitação de auxílio-alimentação no Estado de São Paulo, em uma palavra: um verdadeiro despropósito.”

Nota-se que não houve qualquer ilegalidade relativa aos atos praticados na primeira sessão, tendo em vista que foi assegurado a todos os licitantes tratamento isonômico, respeitando a competitividade e legalidade conforme previsto em lei. O mesmo não se pode dizer acerca da equivocada decisão que conferiu a o direito de preferência a ME/EPP, posteriormente declarou a empresa VEROCHEQUE vencedora do certame, visto que esta é maculada por ilegalidade, em razão da concessão indevida do direito de preferência, visto que inexistiu fato gerador para etapa de lances e por consequência, gerando óbice, portanto, ao exercício deste direito.

Portanto, requer o retorno da licitação a fase de propostas, para que sejam analisados os critérios de desempate do art. 3º, §2º da Lei 8.666/93, e posteriormente realizado o sorteio entre **TODAS AS EMPRESAS LICITANTES**, conforme previsão em edital, item 8.9, e da legislação pátria.

III. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Desta forma, é a presente para REQUERER seja conhecido e julgado o Recurso Administrativo interposto pela parte recorrente, em razão dos argumentos supra expostos, e no mérito **seja dado PROVIMENTO ao apelo**, a fim de que esta Colenda Comissão exerça o juízo de mérito e de retratação, conforme prescreve o artigo 109, §4º da Lei 8.666/93, para **tornar sem efeito a decisão que declarou vencedora a empresa VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA., e por consequência,**

retorne a sessão para análise das propostas e posteriormente dos critérios de desempate previstos no art. 3º, §2º da Lei 8.666/93, pelas razões de direito expostas na presente peça.

Nesses Termos,
Pede Deferimento.

Vitória/ES, 15 de junho de 2023.

FLAVIA RODRIGUES DO NASCIMENTO:16779893781
3781

Assinado de forma digital por
FLAVIA RODRIGUES DO
NASCIMENTO:16779893781
Dados: 2023.06.15 18:40:48
-03'00'

Flávia Rodrigues do Nascimento
Advogada - OAB/ES 37.594