



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil N° 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

DECISÃO ADMINISTRATIVA

Processo Licitatório nº. 068/2023.

Modalidade Pregão Presencial nº. 046/2023.

Assunto: Decisão Administrativa em face Resultado do Pregão Presencial nº. 046/2023.

Recorrente: Verocheque Refeições Ltda.

Recorrida: Vólus Instituição de Pagamento Ltda.

DAS PRELIMINARES

Recurso Administrativo interposto tempestivamente pela sociedade empresarial acima citada, devidamente qualificada, através de seu representante legal, CONTRA os termos da decisão que habilitou a Recorrida no Pregão Presencial nº. 046/2023, com previsão de abertura para o dia 10/08/2023 às 8h00min., em que roga pelos benefícios da Lei Complementar nº. 123/2006, por se enquadrar nos requisitos legais. Já a Recorrida nas suas contrarrazões alega que não há em se falar em vantajosidade da proposta da Recorrente, bem como, não há rede credencias e seus resultados são negativos, requerendo ao final o provimento de sua replica, consequentemente a improvimento do Recurso ora combatido.

DAS FORMALIDADES LEGAIS

O Recurso quanto a Contrarrazão Recursal, interpostos pelas sociedades empresariais acima citadas, devidamente qualificadas, através de seu representante legal, as quais embasaram-se nos termos da Lei Federal nº. 8.666/93 e Lei Federal nº. 10.520/2002.

DA ALEGAÇÃO DA RECORRENTE E RECORRIDA

Em resumo, a Recorrente argumenta o seguinte:



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil Nº 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

➤ **III. NO MÉRITO:**

➤ **3.1. DA NECESSIDADE DE ASSEGURAR O DIREITO DE PREFERÊNCIA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. IMPERATIVO LEGAL QUE SE SOBREPÕE AO EDITAL E DEVE SER OBSERVADO SOB PENA DE ANULAÇÃO JUDICIAL DO CERTAME.**

➤ Em que pese o extremo zelo do Órgão Licitante ao elaborar o presente instrumento convocatório, o Ilustre Pregoeiro equivocou-se ao deixar de observar o direito de preferência da empresa recorrente, por estar enquadrada como EPP, e das demais empresas que estavam na mesma situação, as quais têm direito de preferência na contratação derivado do imperativo legal decorrente da Lei Complementar nº 123/06.

➤ **3.2. DA PREFERÊNCIA LEGALMENTE ESTATUÍDA PARA A CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS DE PEQUENO PORTE -EPP E MICROEMPRESAS -ME.**

○ Até o advento da Lei Complementar nº 123/2006, conhecia-se como critérios de desempate entre propostas de preços, na fase de seu julgamento, apenas as regras dispostas nos incisos do parágrafo 2º, do artigo 3º; e no parágrafo 3º, do artigo 45, todos da Lei n.º. 8.666/93, ou seja: a) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa de capital nacional; b) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa instalada no país; c) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa brasileira; d) preferência para bens e serviços produtos da atividade de empresa que incentive o desenvolvimento tecnológico no país; e, d) em último caso, o sorteio. (...)”.

Em resumo, a Recorrida argumenta as:



ESTADO DE MATO GROSSO

PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil N° 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

➤ III. DA REALIDADE E DO DIREITO

○ A preferência da ME/EPP é uma norma e não um princípio devendo submeter-se aos princípios da vinculação ao edital, vedação ao enriquecimento sem causa e competitividade e ao melhor interesse da administração pública.

➤ A interpretação de alguns operadores do direito de que a preferência seria um mero critério de desempate acarretaria a subversão do sistema preferência de escolha descrito por Alexy, transformando-se uma norma (preferência da ME/EPP) num princípio que superaria os reais princípios aqui descritos.

➤ Tal subversão ocorre com a interpretação gramatical e literal do artigo 44 da Lei complementar 123/2006 num empobrecimento das regras preconizadas por Carlos Maximiliano¹, já que a interpretação literal/gramatical é infinitamente mais restrita que a interpretação sistemática. (...)

➤ III. 1 DO FLAGRANTE VILIPÊNDIO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

○ Ilustríssimos, o princípio da isonomia e a licitação são indissociáveis. O princípio consubstancia a própria razão de ser do procedimento licitatório: realiza-se a licitação, entre outras razões, para garantir que todos os interessados possam competir entre si com iguais possibilidades. Dá-se aos particulares, por meio de licitação, a possibilidade de empregar esforços - mesmo em disputa contra entes de elevados níveis de poder - com o propósito de contratar com o Estado. Os dois são evidentemente indivisíveis, visto que a licitação existe justamente para garantir, entre outras coisas, a isonomia.

➤ Estamos em outro cenário, onde atualmente não é permitido a oferta de descontos nas licitações que objetivam contratar



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil N° 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

produtos como cartão alimentação /refeição⁴. Desse modo preponderantemente as licitantes chegarão a taxa 0,00%⁵ (zero por cento).

➤ **Se for aplicada a incorreta interpretação de que as empresas EPP/ME tem preferência na contratação, será o fim da participação das empresas que não fazem parte desse enquadramento, pois elas contarão somente com o fator sorte, e não estamos falando do sorteio em si, mas, esperar que por ocasião nenhuma empresa EPP/ME participe.**

➤ **Ou seja, os certames serão preponderantemente vencidos por empresas EPP/ME. Essa situação é extremamente nociva para o interesse da Administração Pública, que ficará atada a contratar somente pelo quesito de enquadramento da licitante, pouco importando a qualidade dos serviços. Deixando de lado o princípio da vantajosidade a ser buscada pela administração pública. (...)**

Pois bem.

Inicialmente rememora-se que o Art. 44 da Lei Complementar n°. 123/2006 presume o empate nas hipóteses em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte forem iguais ou até 10% superiores à melhor proposta (a diferença percentual será de 5% em caso de pregão).

O empate ficto pressupõe que a melhor proposta tenha sido apresentada por empresa de grande porte, dado que o objetivo é fomentar a contratação de empresas de microempresas e empresas de pequeno porte [art. 45, § 2º].

A melhor doutrina entende que o empate ficto somente será possível se a licitação for pautada pelo critério de preço a exemplo dos pregões, não sendo viável a presunção do empate nos tipos de licitação fundados na técnica (“melhor técnica” ou “técnica e preço”).



ESTADO DE MATO GROSSO

PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil N° 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

Este entendimento deriva de uma interpretação finalística e sistemática da legislação que ao tratar do empate ficto e do desempate, utilizou constantemente a expressão “preço” [Art. 44, § 2º e art. 45, I e III, da Lei Complementar nº. 123/2006].

Em caso de empate ficto, a microempresa ou empresa de pequeno porte com melhor classificação ou preço poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado [Art. 45, I], e se não houver proposta mais vantajosa, a Administração convocará as microempresas ou empresas de pequeno porte remanescentes, que estiverem dentro dos limites percentuais do empate ficto, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito [Art. 45, II]. Assim por sua vez se houver duas ou mais licitantes empatadas com valores iguais dar-se-á o empate real.

In casu, verifica-se que houve o empate real, isso porque, todas as participantes apresentaram suas propostas com a taxa 0,00 (zero), vez que pela característica do certame, não poderiam oferecer desconto negativo sobre a taxa de administração, vez que por imposição legal, além de vedar o deságio (taxa negativa), proíbe a concessão de prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, nos termos do Art. 175 do Decreto nº. 10.854 de 2021.

DO MÉRITO

O mérito da irrisignação consiste na controvérsia em torno da regra do tratamento diferenciado que deve ser oferecido às microempresas e empresas de pequeno porte, de acordo com a legislação vigente, em especial a Lei Complementar nº. 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº. 147/2014, que passou a considerar como obrigatório o “tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte”.

No caso em comento, houve um empate entre todas as empresas participantes do certame, tendo em vista que todas apresentaram como proposta o valor de 0% de taxa de administração, considerando a vedação no edital de apresentação de taxas negativas ou menores que “zero”.



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil N° 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

Para a Recorrente o critério de desempate a ser utilizado deveria ser o previsto nos Arts. 44 e 45 da Lei Complementar n°. 123/2006, em que se dá preferência para a contratação de ME e EPP.

No entanto, compulsando os autos, verifica-se que a pregoeira entendeu por aplicar o Art. 3º, § 2º, da Lei n°. 8.666/93, por expressa previsão no item 9.10.1., ocorrendo a hipótese acima e havendo empate na proposta escrita e/ou na ocorrência do subitem 9.5.2., do Edital do Pregão Presencial n°. 046/2023.

A Lei Complementar n°. 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, foi editada com o intuito de beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte. Portanto, a interpretação das suas disposições deve ser feita de modo a viabilizar a intelecção mais favorável às MEs e EPPs, inclusive em homenagem ao princípio insculpido no Art. 170, inciso IX, da Constituição Federal (“tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”).

É inconteste que a preferência legal cunhada no Art. 44 da Lei Complementar n°. 123/2006 pode ser invocada por ME e EPP quando ocorrer o chamado empate ficto entre as propostas.

O empate ficto ocorre, no caso de licitações na modalidade de pregão (virtual ou presencial), quando a proposta apresentada pela microempresa ou empresa de pequeno porte licitante for “[...] de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço” (Lei Complementar n°. 123/2006, Art. 44, § 2º).

No entanto, a interpretação de que não deve ser estabelecida qualquer diferenciação entre os casos de empate real ou ficto, até porque a norma não o fez.

Matematicamente falando, um empate real (quando a diferença entre as propostas é igual a 0%) enquadra-se na previsão estabelecida no Art. 44, § 2º - diferenciação de preços de “até 5% (cinco por cento)”.

Sendo assim, conclui-se que o tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno não se limita aos casos de empate presumido (nos quais é possível a oferta de novo lance inferior), devendo ser observado, com mais razão, na



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil N° 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

hipótese de empate real (quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo).

Nesse mesmo sentido são as decisões judiciais abaixo elencadas:

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA O FORNECIMENTO DE CARTÕES MAGNÉTICOS (VALE-ALIMENTAÇÃO) DESTINADOS AOS COLABORADORES DA COMPANHIA DE URBANISMO DO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO/RS - COMUR. AUSÊNCIA DE CREDENCIAMENTO DA EMPRESA HABILITADA NO CERTAME JUNTO AOS ESTABELECIMENTOS QUE INFORMOU. NÃO ATENDIMENTO DA REDE SOLICITADA. TESE NÃO VERSADA NA DECISÃO RECORRIDA. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA DIALETICIDADE E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESSE TÓPICO. EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS APRESENTADAS PELAS EMPRESAS LICITANTES. CRITÉRIO DE DESEMPATE. ADOÇÃO DE CRITÉRIO PREVISTO NO EDITAL DO PROCESSO LICITATÓRIO. TRATAMENTO PROTETIVO CONFERIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, À LUZ DO DISPOSTO NOS ARTS. 170, INC. IX, DA CF/88 E 44 DA LC N° 123/06. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE CONSTATÁVEL DE PLANO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO. REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA LIMINAR MANDAMENTAL DESATENDIDOS. “O tratamento



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil Nº 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

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) Data de Julgamento: 29-11-2018. Publicação: 05-12-2018. (gn)



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil N° 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

“Ementa: 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 N° 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, N°. 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.



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil N° 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

Nulidade. Declaração. Manutenção.” Data de Julgamento: 30-05-2018. Publicação: 06-06-2018. (gn)

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. PREGÃO PRESENCIAL. LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER O CERTAME. EMPATE REAL DAS PROPOSTAS APRESENTADAS PELOS LICITANTES. INVIABILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE NOVA PROPOSTA. DESEMPATE QUE DEVE OBSERVAR A LC N. 123/2006 ANTE A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE NO PREGÃO. PROCEDIMENTO ADOTADO PELO PREGOEIRO QUE AFIGURA-SE ADEQUADO. RECURSO PROVIDO PARA CASSAR A LIMINAR. ‘Para a concessão de medida liminar em mandado de segurança, a Lei n. 12.016/2009, em seu art. 7º, inc. III, exige a presença simultânea do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, de forma que a ausência de um desses requisitos impede o deferimento da tutela de urgência’.” (Agravo de Instrumento n. 2013.072197-7, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 23-9-2014)”. (AI n. 2014.031132-2, de Blumenau, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Primeira Câmara de Direito Público, j. 28-42015) (gn)

Por isso, a fim de efetivar a intenção legislativa e constitucional, o empate (real ou ficto) entre as propostas das licitantes deve sempre ser resolvido em favor das MEs e EPPs, motivo pelo qual entende-se caber razão à Recorrente.

Já a Recorrida, não trouxe em suas contrarrazões argumentos que sustentam a manutenção da sua classificação como vencedora do certame licitação, por critério de desempate.

DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, concluo que os argumentos trazidos a lume pela Recorrente em sua peça recursal, em parte se mostraram SUFICIENTES para conduzir-me a reforma da decisão combatida.



ESTADO DE MATO GROSSO
PREFEITURA MUNICIPAL DE APIACÁS

Av. Brasil N° 1059- Bairro Bom Jesus - Apiacás- MT-CEP-78.595-000
CNPJ- 01.321.850/0001-54

DO DISPOSITIVO

Por todo o exposto, após análise das alegações da recorrente, das contrarrazões da recorrida, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Recurso apresentado pela empresa Verocheque Refeições Ltda, para fins de anular a decisão que classificou a empresa Vólus Instituição de Pagamento Ltda., ora Recorrida vencedora, por não se enquadrar no regramento contido na Lei Complementar n°. 123/2006 e ainda:

I - seja concedido o tratamento beneficiário às ME e EPP à empresa “Verocheque Refeições Ltda”, bem como, para as demais outras participantes na mesma condição;

II - seja remarcada nova data para sessão pública, para prosseguimento do certamente licitatório do Pregão Presencial n°. 046/2023.

É a decisão.

Cientifique-se;

Cumpra-se;

Publique-se;

Silvia Pierina Rozza Krizanowski
Pregoeira

Dionir Adriano Contreira
OAB/MT 22.337-O
Assessoria Jurídica

Ratificado por

Julio Cessar dos Santos
Prefeito Municipal