

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO/SP

Pregão Presencial nº 01/2023

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, representada neste ato pelo sócio administrador Sr. Rafael Prudente Carvalho Silva, RG nº. 44.116.702-0 e CPF sob o nº 350.882.968-51, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº. 21.922.507/0001-72, com sede em Barueri/SP, à Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº 939, 8º andar, Torre I, Ed. Jacarandá, Bairro Sítio Tamboré Jubran – licitacao@megavalecard.com.br, (11) 93277-0546, por seus advogados que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da classificação da empresa **SEFFF SOLUÇÕES EMPRESARIAIS LTDA**, em razão do descumprimento do artigo 44 e 45, e seus incisos, da LC nº 123/06 e do Próprio Edital, que prevê o critério de PRIORIDADE do desempate em casos de Microempresas e empresas de Pequeno Porte; o que macula a lisura do certame promovido pela Prefeitura Municipal de Patrocínio Paulista, requerendo seja o presente Recurso admitido e processado na forma da Lei, com o encaminhamento à autoridade superior, juntamente

com as inclusas razões.

I - DOS FATOS

A Câmara Municipal de Cubatão realizou o Pregão Presencial nº 01/2023, cujo objeto é:

“CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE CARTÕES PARA CRÉDITOS DE VALES-ALIMENTAÇÃO, A SEREM UTILIZADOS PELOS FUNCIONÁRIOS DA CÂMARA MUNICIPAL DURANTE O PERÍODO DE 12 (DOZE) MESES”.

No dia 16 de maio de 2023 às 11h, ocorreu a sessão pública do certame, na qual, após o credenciamento e etapa de lance (todos com taxa zero) foi sagrada vencedora a empresa **SEFFF SOLUÇÕES EMPRESARIAIS LTDA**, após ter ocorrido o “sorteio” entre **TODAS as Licitantes que preenchem os requisitos do artigo 3º, §2º da Lei 8666/93.**

Ocorre que a Licitante **SEFFF** foi equivocadamente declarada vencedora, **em total desrespeito ao que prevê o artigo 44 e 45 e incisos da LC nº 123/06**, devendo ser anulado o sorteio anteriormente realizado para que seja cumprido o quanto determina a lei.

II – DO MÉRITO

II. 1 – DA ILEGALIDADE DO SORTEIO - NÃO APLICAÇÃO DA LEI 123/2006 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – OBRIGATORIEDADE DA APLICAÇÃO DA LEI.

É sabido que o administrador deve pautar sua conduta no princípio da **legalidade**, isonomia e impessoalidade.

Os Constituintes, por ocasião da elaboração da Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988, preocupados com a **transparência e legalidade nas licitações públicas**, inseriram no texto ordenamento claro e objetivo. Vejamos:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:
(...)"

O artigo 3º da Lei 8.666/93, determina que: 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.

Portanto, não resta dúvida de que toda a condução da licitação deverá ser observada a aplicação DA LEI.

No presente caso, verifica-se que em uma CLARA VIOLAÇÃO LEGAL, o pregoeiro ignorando a Legislação vigente, SIMPLEMENTE deixou de aplicar o direito de Preferencia conferido pela Constituição Federal, e também pela Lei 123/2006 às Micro e Pequenas Empresas.

A Lei 123/2006 é clara quanto ao DIREITO DE PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO ÀS ME/EPP NOS CASOS DE EMPATE DAS PROPOSTAS, assim, nos termos §º1º do artigo 44 entende-se como empate a situação em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte **sejam iguais**

ou até 10% (dez por cento) ou 5% (cinco por cento) nos casos de pregão, superiores à proposta mais

bem classificada.

Vejamos:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, **como critério de desempate, preferência de contratação** para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

§ 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.

Veja que a Lei diz estarem empatadas as propostas **IGUAIS OU EM ATÉ 10%, o que evidencia tratar-se tanto do empate REAL (igual), como FICTO (em até 10% maior que a melhor proposta).**

A Lei Complementar ora citada, não deixa dúvida que o critério de desempate em tela se constitui em genuíno direito subjetivo, que não pode vir a ser subtraído ao livre arbítrio das administrações licitantes, aliás, fica igualmente claro que as administrações são sujeitas passivas deste direito ao critério preferencial de desempate, que tem como sujeito ativo as MEs e EPPs.

Desse forma, verificado o empate (REAL OU FICTO), **deverá o Pregoeiro aplicar o critério de desempate previsto no artigo 44 da Lei 123/2006, concedendo DIREITO DE CONTRATAÇÃO À REFERIDA EMPRESA.**

No presente processo licitatório de maneira **ARBITRÁRIA, E CONTRARIANDO Á LEI**, o Pregoeiro agiu erroneamente ao não aplicar o dispositivo acima, e decidindo pelo sorteio entre as participantes, **SEM CONSIDERAR O DIREITO DE PREFERENCIA as empresas que são beneficiárias da Lei 123/06.**

Nesse sentido já decidiu o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO NO **TC 001304.989.23-9 e TC-001305.989.23-8**, in verbis:

" De rigor a observancia dos benefícios constitucionais e legais instituídos às micro e pequenas empresas, com a consequente manutenção do dispositivo editalício que assegura a seleção tão somente dessas sociedades para desempate em caso de igualdade de propostas entre as licitantes."

Além disso o próprio Edital prevê a aplicação no que cerne à preferência na contratação das empresas ME/EPP.

O próprio edital trouxe a previsão de que para o exercício do **direito de preferência previsto na LC 123/06** bastasse que a empresa comprovasse o seu enquadramento, **o que fez essa Recorrente.**

Ademais, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade e da objetividade das determinações habilitatórias. Impõe à Administração e ao licitante a observância das normas estabelecidas no Edital de forma objetiva, mas sempre velando pelo princípio da competitividade.

Destaca-se o melhor entendimento doutrinário:

"O edital é a lei interna da licitação e "vincula inteiramente a Administração e os proponentes" (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 30a ed., SP: Malheiros, p. 283)."

Vale ressaltar, ainda, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ainda, a respeito do princípio da vinculação ao edital:

"Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I)".

É nítido que o Pregoeiro e sua equipe de apoio erraram ao realizar o sorteio tanto com a empresa Recorrida, quanto com as demais empresas que não são ME/EPP (s), isto porquê o sorteio deveria ter sido realizado apenas entre a empresa MEGAVALLE e a BPF.

Esse é o entendimento que vem sendo aplicado, inclusive em Mandado de Segurança onde essa Recorrente é a Impetrante. Vejamos decisão favorável no **Processo nº 1001543-08.2022.8.26.0145 da 2ª Vara Judicial da Comarca de Conchas/SP:**

A previsão legal de preferência tem aplicação imperativa. Não há lógica sistêmica, diante do comando constitucional de preferência e do próprio texto do parágrafo acima transcrito, para estabelecer-se a preferência somente em caso de empate ficto. Deveras, com mais razão o tratamento favorecido deve incidir no empate real.

Insiste-se em que a lei complementar, com escoro constitucional, conferiu clara preferência de contratação para as ME/EPPs.

Avenida Gregório Marcos Garcia, nº 808 – Vila Esporte | Conchas/SP

Somente se não houver empresas assim qualificadas, dando-se o empate entre participantes comuns, é que se deve recorrer ao critério geral de isonomia formal estabelecido na Lei 8666/93. Em outras palavras, aplica-se a regra especial da Lei Complementar 123/06 em detrimento da regra geral da Lei 8666/93 (art. 45, §2º).

Em suma, no curso do procedimento licitatório, o tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno porte **não se limita aos casos de empate presumido**, sendo extensível às hipóteses em que as propostas empatam no valor mínimo. **Verificada a irregularidade, o processo licitatório deve ser declarado nulo desde a adoção do sorteio entre todos como critério de desempate no julgamento das propostas.**

Posto isso, a manifestação ministerial é pela **procedência** do mandado de segurança, pelos motivos expostos e na forma propugnada.

Conforme bem fundamentado pelo Ilustre Representante do Ministério Público, no parecer acima colacionado “***A previsão legal de preferência tem aplicação imperativa...***”

Em sentença o Magistrado seguiu a mesma linha o

do Estado de São Paulo, protocolado em 06/12/2022 às 21:28, sob o número WC
me o processo 1001543-08.2022.8.26.0145 e código C2DA0D0.
Este documento é cópia do original, assinado digitalmente |
Para conferir o original, acesse o site <https://esaj.tjsp.jus>

Ministério Público:



FORO DE CONCHAS

2ª VARA

AV. GREGÓRIO MARCOS GARCIA, 808, Conchas - SP - CEP

18570-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Com o recurso, a Comissão julgou procedente recurso administrativo interposto pelas EMPRESAS LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, BIQ BENEFÍCIOS LTDA, TRIVALE INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, BPF PRIME BANK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA, UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA e M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA em face a decisão que declarou a empresa MEGA VALE ADM. DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA vencedora no Pregão Presencial n.º 010/2022, acolhendo a tese dos recorrentes de que a Lei faz distinção entre empate presumido e real (fls. 226/233), o que não procede.

Diante desse cenário de excepcionalidade de intervenção do Poder Judiciário sobre o mérito administrativo, o impetrante demonstrou que os fundamentos invocados pela Administração Pública são contrários à legislação em vigor.

No caso em apreço, conforme bem pontuado pelo Ministério Público, assiste razão à impetrante, motivo pelo qual **CONCEDO** a segurança pleiteada para declarar nulo o segundo sorteio no processo licitatório, pós recurso administrativo interposto no processo licitatório n.º 280/2022, modalidade pregão presencial, sob o n.º 10/2022, e, por consequência, nula também os atos e a contratação posterior entre a impetrada e a litisconsorte.

Em consequência, **JULGO EXTINTO** o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Dê-se ciência à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada do resultado do feito, servindo esta por cópia, como Ofício, na forma do art. 13, da Lei 12.016/2009.

Sem condenação em honorários, *ex vi* as Súmulas n.º 512 do E. Supremo Tribunal Federal e 105 do C. Superior Tribunal de Justiça, bem como do artigo 25, da Lei n.º 12.016/09.

Por se tratar de ação sujeita ao duplo grau de jurisdição, ainda que não se interponha recurso voluntário, remeta-se à Superior Instância, com as nossas homenagens (art. 14, §1º, da Lei 12.016/09).

P.I.C.

Conchas, 14 de dezembro de 2022.

Jo digitalmente por BARBARA GALVAO SIMOES DE CAMARGO, liberado nos autos em 14/12/2022 às 15:59.
/esaj.tisp.jus.br/pastadigital/pg/abrirConferenciaDocumento.do, informe o processo 1001543-08.2022.8.26.0145 e código C367519.

Por fim, reiteramos que a empresa sagrada vencedora NÃO é uma MICROEMPRESA ou EMPRESA DE PEQUENO PORTE, não fazendo parte do critério de desempate previsto no edital e na Lei 123/06 a qual deveria ter sido respeitado pelo Pregoeiro. Ademais, vale ressaltar que TODAS AS LICITANTES INGRESSARAM COM TAXA ZERO no certame, MOTIVO EM QUE NÃO HAVERIA COMO ESSA RECORRENTE APRESENTAR MELHOR PROPOSTA,

entretanto, tal impossibilidade não retira ou anula sua PREFERÊNCIA na contratação garantida pela LC 123/06.

Por todo o exposto e considerando o equívoco do Pregoeiro, bem como de sua equipe de apoio, a empresa Vencedora, **deve ser desclassificada, devendo ser realizado NOVO SORTEIO ENTRE AS EMPRESAS QUE SE ENQUADRAM NOS CRITÉRIOS DO EDITAL E DA LEGISLAÇÃO.**

Ainda, com relação ao direito de preferência previsto na lei 123/06, que deve ser aplicado **ANTES** do requisitos previsto no §2º do artigo 3º da Lei 8666/93, temos a **MAIS RECENTE DECISÃO PROFERIDA NO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO EM FACE DA CÂMARA MUNICIPAL DE DESCALVADO**, cuja **SENTENÇA** segue anexa. Vejamos:

“(…)

Fundamento e decido. (...)

As controvérsias são sobre a possibilidade jurídica de distinção entre empate ficto e empate real para fins de aplicação do direito de preferência de empresa de pequeno porte estatuído na lei complementar federal nº 123/2006 e sobre o critério ou o procedimento para o desempate constatado no certame.

(…)

O caput do art. 44 da lei 123/2006 positivou a preferência para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte pelo Poder Público no âmbito licitatório.

O instituto veio para cumprimento do disposto no art. 170, IX, c.c. art. 179 da CF/88 e para realização dos objetivos indicados na lei geral de licitações, vide art. 3º, §14 c.c. art. 5-A da lei 8.666/93.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” Constituição Federal.

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” Constituição Federal.

“Art. 3º Omissis

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Art. 5o-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.” Lei 8.666/93.

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.” Lei complementar 123/2006.

Essa preferência de contratação é reservada para o caso de empate, situação que não se confunde com o inadequadamente denominado “empate ficto”, positivado no art. 44, §§1º e 2º, da lei complementar nº 123/2006, ou com o procedimento para solução do “empate ficto”, positivado no art. 45 da lei referida.

Explica-se.

O “empate ficto” foi criado com objetivo de permitir ao licitante de menor porte econômico (microempresas e empresas de pequeno porte) uma segunda oportunidade para oferecer, dentro do procedimento da licitação, proposta mais vantajosa para a administração pública em comparação com a proposta mais bem classificada e oferecida pelo licitante de maior porte econômico.

Em outras palavras, o “empate ficto” constitui-se juridicamente em incidente procedimental que permite às microempresas e às empresas de pequeno porte a readequação da proposta original para reajustá-la economicamente, garantindo-lhes posição material de vantagem na disputa suficiente para lhes oportunizar a real e concreta possibilidade de vencer o certame, a despeito do grande poder econômico do adversário.

Confirma sua natureza jurídica de incidente o fato de que sua operacionalização se dá como fase do procedimento licitatório, a saber: somente após o julgamento das propostas (momento em que elas deixam de ser sigilosas) e após a divulgação do conteúdo econômico da proposta que, produzida pelo licitante de maior porte econômico, foi considerada a mais bem classificada.

Após o julgamento e classificação das propostas, o responsável pela licitação verificará qual é a vencedora, se a vencedora é pessoa de maior porte econômico e, caso existam, quais microempresas ou empresas de pequeno porte se situam na zona do “empate ficto”. Então, esse responsável irá lhes dar ciência do conteúdo econômico da melhor proposta e irá lhes permitir o reajuste da própria proposta, o que, em termos comuns, é conhecido por “cobrir a oferta”.

Desse modo, para operacionalizar o incidente de “empate ficto” e permitir o exercício do direito de readequação econômica da proposta por parte de microempresa ou empresa de pequeno porte, deve-se verificar cumulativamente:

- 1) a existência de licitantes com qualificações jurídico-tributárias mistas, aqui compreendida a existência simultânea de licitantes qualificadas como microempresa ou empresa de pequeno porte e as demais que assim não se qualificam; e
- 2) a existência de uma situação denominada de “empate ficto” no conteúdo econômico da proposta dos licitantes qualificados como microempresa ou empresa de pequeno porte em comparação com o conteúdo econômico da proposta de licitante de maior porte econômico mais bem classificada.

Ausente um ou outro, não se realiza o incidente.

Em sede de incidente de “empate ficto”, somente poderá ser adjudicado o objeto da licitação à empresa de pequeno porte ou ao microempresário se ele efetivamente realizar o oferecimento de proposta ainda mais vantajosa.

Essa exigência não se repete no simples empate.

Com efeito, a solução do empate não requer modificação do conteúdo econômico da proposta, mas a mera eleição de uma das propostas por meio da aplicação de um critério de desempate.

Logo, “empate ficto” e empate não são situações jurídicas equivalentes nem contrapostas, motivos pelos quais merecem diferentes tratamentos jurídicos, como efetivamente fez a legislação.

O art. 45 da lei complementar referida apenas se presta a esmiuçar em detalhes como se dá o procedimento adotado no incidente de solução do “empate ficto”.

Cabe registrar, por fim, que não é por outra razão que o caput do art. 44 da lei complementar 123/2006 é expresso em estabelecer a qualificação jurídico-tributária como “critério de desempate”, enquanto seus parágrafos desenham o conceito do que é entendido por “empate”, aqui adjetivado de “ficto”. A conclusão demanda a atenta leitura dos textos legais e o seu cotejo aos mencionados objetivos descritos no art. 3º, §14 c.c. art. 5-A da lei 8.666/93 e aos princípios regentes constantes dos art. 170, XI, c.c. art. 179 da CF/88, procedimento interpretativo que permite visualizar as situações como independentes e diversas, inconfundíveis, portanto.

“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.”

Logo, no âmbito de licitação com pessoas jurídicas de qualificações mistas, o critério de solução a ser verificado em primeiro lugar, para o caso de empate, com propostas de idêntico teor econômico, é aquele que prestigia a contratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, nos termos do art. 44, caput, da lei complementar 123/2006.

A despeito da confusão de conceitos e da incompreensão das diferenças dos institutos, houve adequada previsão no edital (item 6.9).

Logo, para esta situação de empate, não deve ser realizado sorteio e não se aplicam os critérios descritos no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93.

Lado outro, inexistente microempresa ou empresa de pequeno porte, ou se o empate se der somente entre microempresa ou empresa de pequeno porte, adotam-se os critérios descritos no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93, sem modificação do conteúdo econômico das propostas, ou, caso a solução não venha por meio deles, faz-se o sorteio, o que também está previsto em edital (itens 6.8 e 6.10).

"6.8. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no parágrafo segundo do artigo terceiro, da lei federal n.º 8.666/93, a classificação se fará por sorteio, em ato público, para o qual todos os Licitantes serão convocados."

"6.9. Se houver empate, será assegurado, também, o exercício do direito de preferência as licitantes enquadradas como ME (Microempresa) ou EPP (Empresa de Pequeno Porte), conforme art. 44, Lei Complementar n.º 123 de 14 de dezembro de 2.006, nos seguintes termos:" "6.10. Em caso de empate de preços, entre duas ou mais propostas apresentadas por licitantes não enquadradas como ME (Microempresas) ou EPP (Empresas de Pequeno Porte), e depois de obedecido ao disposto no §2º, do art. 3º, da Lei Federal n.º 8.666/93, a classificação far-se-á por sorteio, em ato público, para o qual os licitantes serão convocados, nos moldes do §2º, do art. 45, da aludida lei."

Para esta situação, uma das propostas é eleita vencedora somente pela aplicação do critério de desempate ou pela realização do sorteio, cabendo aqui o registro de que o parâmetro para desempate previsto no art. 3º, §2º, inciso V, da lei 8.666/93 somente poderia ser invocado para escolha do licitante efetivamente obrigado à reserva de posições para pessoas com deficiência. Não bastaria a mera contratação de pessoa com deficiência. Sem prejuízo, no âmbito de licitação com pessoas jurídicas de qualificações mistas, a existência de situação de “empate ficto”, nos termos conceituados no art. 44, §§1º e 2º, da lei complementar 123/2006, determina a operacionalização/instauração do incidente de retificação/readequação do conteúdo econômico das propostas que se encontrem nessa condição conforme previsto no art. 45 da referida lei e nos itens 6.9.1 e seguintes do edital (vide fls. 69 e 70).

Inexistente microempresa ou empresa de pequeno porte, não é possível o incidente de “empate ficto”.

Por fim, cabe o registro que não há antinomia entre os critérios de desempate apontados no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93 e o critério previsto no art. 44, caput, da lei complementar 123/2006. Este último precede os primeiros se houver empate entre licitantes de qualificações jurídico-tributárias diversas, conclusão que é extraída dos termos do art. 3º, §14, c.c. art. 5-A da lei 8.666/93, tudo com esteio no art. 170, IX, c.c. art. 179 da CF/88.

É nesse sentido recente decisão adotada pelo TJ/SP em caso envolvendo as mesmas partes desse feito, porém em sede de licitação realizada com o mesmo objeto no Município de Votuporanga.

Confira-se:

"Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara

Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023)"

A conclusão é de que a realização do sorteio se deu divorciada das disposições legais e editalícias, ferindo direito líquido e certo da impetrante, empresa de pequeno porte, no aspecto da adequada

aplicação dos critérios de desempate. Logo, o ato de fls. 96/99 fica anulado e, por consequência, todos os demais que dele decorreram.

Registro, por fim, que a requerida não exibiu mínimo indício, por meio de prova idônea e pré-constituída, que revele incompatibilidade do porte econômico da impetrante, sendo incabível dilação probatória nessa via.

Ante o exposto, CONCEDO a segurança para reconhecer a nulidade do ato atacado, materializado no documento de de fls. 96/99, para determinar a invalidação de todos os demais que dele decorrem. JULGO EXTINTO o processo com resolução do mérito, nos termos

do artigo 487, inciso I do CPC.

A liminar concedida fica confirmada.

Custas na forma da lei.

Incabíveis os honorários advocatícios na espécie (art. 25, L. 12.016/09).

Em caso de recurso, ouça-se a parte contrária e remetam-se os autos à Instância Superior.

Com o trânsito em julgado, sem recurso das partes, remetam-se os autos ao Tribunal para revisão, nos termos do art. 14, §1º, da lei 12.016/09, com as nossas homenagens.

Publique-se. Intimem-se.

Descalvado, 12 de abril de 2023". (g.n)

Assim, considerando os equívocos do Pregoeiro, a empresa Vencedora, deve ser DESCLASSIFICADA, devendo ser realizado sorteio apenas entre a empresa MEGAVALLE e a BPF, NOS TERMOS DO CAPUT DO ARTIGO 44 DA LEI 123/2006.

III– DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer-se seja dado **PROVIMENTO** ao presenterecurso interposto por **MEGAVALLE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** para **anular o ato que declarou a SENFF SOLUÇÕES EMPRESARIAIS LTDA vencedora**, devendo ser realizado sorteio apenas entre as empresas que são beneficiária da Lei 123/06.



Requer, ainda, que todas as intimações, caso encaminhadas eletronicamente, sejam enviadas ao e-mail rafael@megavalecard.com.br com cópia para o e-mail - licitacao@megavalecard.com.br

Nestes Termos, Pede deferimento.

Barueri/SP, 21 de junho de 2023.

MEGAVALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

Rafael Prudente Carvalho Silva

OAB/SP 288.403



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1001572-27.2023.8.26.0047**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **Consórcio Intermunicipal do Vale Paranapanema: Civap/saúde e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Paulo André Bueno de Camargo**

Vistos.

Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA impetrado por **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** contra ato da **COMISSÃO DE LICITAÇÃO DE PREGÃO do CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DO VALE DO PARANAPANEMA – CIVAP SAÚDE, COMISSÃO DE LICITAÇÃO DE PREGÃO DO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DO VALE DO PARANAPANEMA – CIVAP e LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA** alegando, em síntese, que o Consórcio Intermunicipal do Vale do Paranapanema – CIVAP SAÚDE e o Consórcio Intermunicipal do Vale o Paranapanema – CIVAP realizaram Pregão Eletrônico 001/2023, referente ao Processo Licitatório nº 001/2023, no qual a Impetrada Le Card saiu vencedora. Declara que pregoeiro não respeitou o edital, pois deixou de observar o critério de desempate previsto na Lei 123/06, não tendo sido respeitado o seu direito de preferência entre as empresas M.E e EPP. Sustenta que apresentou recurso, mas que este foi julgado improcedente. Argumenta que o parecer que indeferiu o pedido do recurso é frágil, carece de fundamentos jurídicos, arbitrário e feriu seu direito líquido e certo por ser empresa de Pequeno Porte. Requer a concessão da segurança para que sejam anulados todos os atos da licitação desde o momento do sorteio.

Decisão determinando a correção do valor da causa e a complementação das custas iniciais pela impetrante (fls. 124/125).

Agravo de Instrumento interposto em face da decisão de fls. 124/125 (fls. 134/136) e acolhido pelo Tribunal de Justiça (fls. 138/144).

Decisão deferindo a liminar pleiteada para a suspensão do processo licitatório (fls. 145/146).

1001572-27.2023.8.26.0047 - lauda 1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Consórcio Intermunicipal do Vale do Paranapanema – CIVAP SAÚDE e o Consórcio Intermunicipal do Vale do Paranapanema – CIVAP prestaram informações (fls. 159/187) requerendo a revogação da liminar sob a alegação de que o impetrante teria induzido o Juízo a erro ao relatar ser a única empresa beneficiária do disposto na Lei 123/06, pois dentre as dez participantes, duas empresas são enquadradas como de Pequeno Porte, a Mega Vale (impetrante) e a ROM CARD. Sustenta que o impetrante reconheceu as cláusulas do edital e que não as contestou e que o ato normativo em vigência não pode ser impugnado por Mandado de Segurança. Argumenta que o edital de licitação tem força de lei não podendo ser descumprido salvo por meio de recurso cabível e que a Lei Federal 14.442/2022 não permite que empresas apresentem propostas com taxa negativa e, caso apresente, será desclassificada. Aduz que todas as empresas se encontravam em condições de absoluta de igualdade por terem apresentado o percentual de zero, independentemente se serem enquadradas como ME ou EPP. Relata que não existe juridicamente a possibilidade de aplicação das regras previstas na LC 123/06 pois todas as licitantes apresentaram na fase de proposta a taxa de administração igual a zero, taxa mínima permitida pela Lei 14.442/2022, o que inviabilizou a fase de lances.

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA prestou informações (fls. 323/333) alegando que o art. 45, da LC 123/2006 prevê em situações que ocorrerem empate ficto, o direito de preferência a microempresas e empresas de pequeno porte para apresentar proposta de preço inferior àquela melhor classificada, porém, que na sessão pública em comento, não teria ocorrido o empate ficto, pois não havia a possibilidade de proposição de taxa negativa, sendo que todas as Licitantes se limitaram a apresentação de taxa de administração de 0,00%. Declara que o sorteio restrito para empresas de pequeno porte exclui a participação de empresas dos demais portes.

Parecer do Ministério Público (fls. 392/396).

É o relatório.

DECIDO.

A segurança deve ser CONCEDIDA.

De acordo com o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, "*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

Ainda, estabelece o artigo 1º da Lei 12.016/2009:

"Art. 1º: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem às funções que exerça."

É sabido que no mandado de segurança não se admite dilação probatória, servindo para proteção de direito líquido e certo, que é aquele sobre o qual não pairam dúvidas e esteja devidamente comprovado por documentos. Em outras palavras, *"o direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da CF deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória"* (STJ RMS 28.336-SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 6.4.2009).

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, *"direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais"* (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 37ª ed., Ed. Malheiros, pág. 38)

A impetrante alega não ter sido respeitado, pelo pregoeiro, os critérios de desempate previsto na Lei Complementar 123/06, e que a Empresa vencedora não está registrada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Afirma não ter, portando, vencido o pregão.

Estabelece o artigo 170, da Constituição Federal:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

(...)

IX - tratamento favorecido fixado no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Dispõe, ainda, os artigos 44 e 45, da Lei Complementar 123/06:

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 (destaque)

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.

O Edital de fls. 53/84, no aqui pertinente, dispõe:

6.14. Na ocorrência de empate na oferta da menor taxa de administração a preferência recairá à microempresa, ou empresa de pequeno porte, em atendimento ao que disciplina o Art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006.

(...)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ASSIS

FORO DE ASSIS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

18.9. Neste certame deverão ser aplicadas efetivamente todas as disposições pertinentes da Lei Complementar nº 123/2006 atualizada, independentemente de transcrição do texto legal no edital. (destquei)

E essa regra consubstancia cumprimento de previsão constitucional em relação à dispensa pelo Poder Público de tratamento diferenciado a essas pessoas jurídicas (artigo 179 da Constituição Federal) cuja efetividade se verificara mediante a edição da Lei Complementar 123/2006.

Logo, no âmbito de licitação com pessoas jurídicas de qualificações mistas, o critério de solução a ser verificado em primeiro lugar, para o caso de empate, com propostas de idêntico teor econômico, é aquele que prestigia a contratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, nos termos do art. 44, caput, da lei complementar 123/2006.

Por fim, cabe o registro que não há antinomia entre os critérios de desempate apontados no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93 e o critério previsto no art. 44, caput, da lei complementar 123/2006. Este último precede os primeiros se houver empate entre licitantes de qualificações jurídico-tributárias diversas, conclusão que é extraída dos termos do art. 3º, §14, c.c. art. 5-A da lei 8.666/93, tudo com esteio no art. 170, IX, c.c. art. 179 da CF/88.

É nesse sentido o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*“Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. **Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido.**”* (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023).

*“Critério de desempate. **Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido.**”* (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ASSIS

FORO DE ASSIS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

“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 Nº123/2006. 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 alcança 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 sem 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, Nº70076196989, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgadoem: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.” (TJRS; Apelação nº70076196989 [nº CNJ 0383813-46.2017.8.21.7000]; Relator(a)Miguel Ângelo da Silva; Vigésima Segunda Câmara Cível)

“Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Comarca de Origem: Nova Prata; Data do Julgamento: 30/05/2018;Data da Publicação: 06/06/2018.Preliminar. Perda superveniente do objeto. Inocorrência. Autora que formulou pedido para anulação de licitação. Eventual reconhecimento de vício que alcançará também atos administrativos posteriores. Arguição preliminar desacolhida, portanto. Apelação. Pregão. Pretensão de anulação do processo licitatório. Inadmissibilidade. Vedação ao oferecimento de proposta com taxa de administração negativa que está em conformidade ao artigo 3º, I, da Lei 14.442/2022. Preferência a microempresas e empresas de pequeno porte em hipótese de empate. Inteligência dos artigos 179 da Constituição Federal e 44da Lei Complementar 123/2006. Logo, recurso improvido (TJSP; Apelação Cível 1008404-40.2022.8.26.0038; Relator (a): Encinas Manfré; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Araras - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/04/2023; Data de Registro: 20/04/2023) (destaquei)

Assim, é o caso de se proceder ao sorteio somente entre as EPPs e MEs para que a preferência legal de contratação seja respeitada.

Posto isso, **CONCEDO A SEGURANÇA**, para o fim de ANULAR todos os atos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

da licitação que ocorreram após o sorteio impugnado e para DETERMINAR que novo sorteio seja realizado apenas entre as microempresas e empresas de pequeno porte que empataram com a melhor proposta, no prazo de 30 dias.

Sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da lei 12.016/09.

Decorrido o prazo para o oferecimento de recursos voluntários, encaminhem-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo para o reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º da Lei do Mandado de Segurança.

A presente sentença serve de ofício à autoridade impetrada, por cópia, nos termos do artigo 13 da Lei 12.016/2009, incumbindo à parte impetrante seu protocolo.

P.R.I.C.

Assis, 15 de junho de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2ª Vara da Comarca de Tietê

Avenida XI de Agosto, 130 - Nova Tietê

CEP: 18530-000 - Tiete - SP

Telefone: (15) 2108-9322 - E-mail: tiete2@tjsp.jus.br

DECISÃO

Processo nº: 1001340-15.2023.8.26.0629
 Controle nº: **2023/000563**
 Classe - Assunto: Mandado de Segurança Cível - Licitações
 Impetrante: Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda
 Impetrado: Berlin Finance Meios de Pagamentos Ltda., Comissão de Licitação do Sema e Tietê e TIETÊ - SERV. AUTÔN. DE ÁGUA E ESG. DE TIETÊ - SAMAE
 Juiz(a) de Direito: Dr(a). Mayara Maria Oliveira Resende

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda contra ato da Comissão de Licitação de Pregão do Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de Tietê.

A impetrante alega que o SAMAE realizou o pregão eletrônico nº 07/2023, com a finalidade de contratação de empresa especializada para administração de benefício de vale alimentação para aproximadamente 50 servidores da autarquia.

Na referida licitação, sagrou-se vencedora a empresa Berlin Finance Meios de Pagamentos Eireli. Todavia, não foi respeitada a regra do art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006, que assegura, como critério de desempate, a preferência de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte.

Acrescenta que a pregoeira negou o pedido para apresentação de recurso pela impetrante, de forma arbitrária.

Requer, assim, a concessão de medida liminar para suspensão do procedimento licitatório (f. 1-16).

O Ministério Público, por sua vez, opinou pelo deferimento da medida liminar pleiteada (f. 175).

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

2ª Vara da Comarca de Tietê

Avenida XI de Agosto, 130 - Nova Tietê

CEP: 18530-000 - Tiete - SP

Telefone: (15) 2108-9322 - E-mail: tiete2@tjsp.jus.br

O pedido liminar comporta acolhimento.

A concessão de liminar em sede de mandado de segurança está condicionada à presença, simultânea, dos requisitos previstos no artigo 7º, inciso III, da Lei 12.016/2009, que consistem na relevância do fundamento e risco de eventual ineficácia da ordem, se concedida somente ao final.

No caso em tela, os documentos juntados aos autos apontam que o SAMAE promoveu o pregão eletrônico nº 07/2023; a impetrante participou do referido certame; houve empate nas propostas e foi realizado sorteio, em que se sagrou vencedora uma licitante que não é microempresa, havendo outras licitantes microempresas (f. 84).

Nessa situação, em juízo de cognição sumária, é forçoso reconhecer a plausibilidade do direito invocado, tendo em vista que, a princípio, há informação nos autos de que não foi atendida a regra do art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006.

Além disso, é indiscutível que a medida resultará ineficaz se concedida somente em juízo de mérito.

À vista do exposto, defiro a liminar, para determinar a suspensão do pregão eletrônico nº 07/2023.

Intimem-se com urgência.

Notifique(m)-se a(s) autoridade(s) impetrada(s), para prestar informações, no prazo de 10 dias.

Dê-se ciência do feito ao órgão de representação judicial da(s) pessoa(s) jurídica(s) interessada(s), nos termos do art. 7º, II, da Lei 12.016/2009, para que, querendo, ingresse no feito.

Intime-se.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

2ª Vara da Comarca de Tietê

Avenida XI de Agosto, 130 - Nova Tietê

CEP: 18530-000 - Tiete - SP

Telefone: (15) 2108-9322 - E-mail: tiete2@tjsp.jus.br

Ciência ao Ministério Público.

Tiete, 02 de junho de 2023.

Mayara Maria Oliveira Resende

Juiz(a) de Direito

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI
11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681**Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min****SENTENÇA**

Processo Digital nº: **1002401-75.2023.8.26.0445**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda.**
 Impetrado: **Comissão Municipal de Pregão da Câmara Municipal de Pindamonhangaba e outro**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Wellington Urbano Marinho**

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** contra ato supostamente ilegal da **COMISSÃO MUNICIPAL DE PREGÃO** da **CÂMARA MUNICIPAL DE PINDAMONHANGABA** representado pelo Sr. **Pregoeiro ANDRÉ L. M. SALGADO** e **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.**, alegando, em síntese, que participou de licitação na modalidade pregão eletrônico nº 01/2023 destinada a "*Contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de documentos de legitimação de vale-refeição, na forma de cartão eletrônico equipado com chip, para 51 (cinquenta e um) servidores da Câmara de Vereadores de Pindamonhangaba, como restaurantes, padarias e similares, conforme descrito no Anexo I*" (fls. 67), tendo sagrado-se vencedora do processo licitatório na modalidade menor preço global - menor percentual de taxa de administração - (fls. 69) a empresa *Verocheque Refeições Ltda.*, com objeto adjudicado (fls. 141/144) e contrato homologado (fls. 145). Alega que, não obstante todos os licitantes ofertarem a mesma taxa de administração, correspondente a 0% (zero por cento), "*o Sr. Pregoeiro não respeitou a legislação e o próprio edital, não observando o critério de desempate previstos na lei 123/06, que garante o direito de preferência na contratação entre empresas que são ME/EPP. Cabe ressaltar, ainda, que no presente caso a Impetrante era a ÚNICA empresa beneficiária da Lei e deveria ter sido sagrada vencedora*", tendo sido, então, interposto recurso administrativo pela impetrante, o qual fora indeferido, escorado em parecer jurídico nº 148/2023 (fls. 146/148). A título de **tutela de urgência** pede "*a concessão da medida liminar, para fins de suspender o procedimento licitatório obrigando a autoridade coatora a não praticar nenhum ato até que o mérito do presente mandado seja julgado, inclusive impedindo a assinatura de contrato ou invalidando-o caso tenha sido*

1002401-75.2023.8.26.0445 - lauda 1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

realizado” e, **no mérito**, pugna pela “concessão da segurança em sentença definitiva de mérito, para anular todos os atos da licitação que ocorreram do momento do sorteio para frente, tendo em vista que não foi respeitado o direito de preferência entre as empresas M.E e EPP, para que seja declarada a Impetrante vencedora do certame, por ser a ÚNICA ME/EPP que faz jus ao benefício da Lei 123/06 e por ser a única que preenchia os Requisitos do artigo 3º §2º da Lei 8666/93”.

Com a inicial vieram documentos (fls. 65/187).

Por decisão de fls. 189/192 foi concedida a liminar para “*SUSPENDER o certame objetivado no Pregão Eletrônico nº 01/2023, Processo Administrativo nº 24/2023, em curso na Câmara Municipal de Pindamonhangaba, obstando a assinatura do eventual contrato dele decorrente, ou, se já assinado, suspendendo-se os atos executórios, ao menos até decisão judicial em sentido contrário*”, quando foram requisitadas as informações por parte da autoridade impetrada, assim como foi determinada a citação da correqueira **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA**. Para apresentar resposta.

Por petição de fls. 206/210 foi pleiteada a revogação da liminar, o que foi indeferido por decisão de fls. 225/226.

A correqueira **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA**. apresentou nos autos “informações” por petição de fls. 233/249, alegando, em preliminar, perda do objeto do *mandamus*, ao argumento de que “o *CONTRATO ADMINISTRATIVO derivado de referida licitação já havia sido assinado em 25 de abril de 2023 às 13h46, conforme se denota da data apazada no documento e do próprio certificado digital. A nota de empenho foi emitida no mesmo dia, bem como os créditos para serem carregados nos cartões dos servidores – o que também foi feito. A liminar foi deferida em 26/4, mandado expedido em 27/4 e apenas cumprido nos dias 4 e 5 de maio. O contrato já estava em plena execução quando da suspensão. Os cartões já foram entregues aos servidores – que já estavam consumindo os créditos repassados pelo ente público. Ou seja, a liminar embora deferida, não pode retroagir para recolher todos os cartões e os créditos que já estão à disposição de todos os servidores. E se entende que o escopo pretendido pela impetrante já se exauriu pela via deste “writ”. Aqui há de se incidir a teoria do fato consumado, no sentido de que não se nega a perspectiva de que atos administrativos possam ser questionados, porém, dentro do escopo pretendido, um mandado de segurança não poderia veicular um pedido de suspensão de um ato da licitação ao tempo em que já havia contrato firmado, com ordem de serviço expedida e recolhimento de garantia”, pugnando pela “extinção do*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

feito considerando a perda do direito de agir, consoante remansosa jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo”. No mérito, sustentou que “A despeito de se buscar a satisfação de uma única licitante que questiona duvidosamente da interpretação dada a uma regra editalícia, a suspensão de um contrato gera prejuízo a 51 servidores, ao erário público e à própria empresa impetrada, que já investiu recursos para a execução do presente contrato. Assim é o caso de se afiançar o entendimento segundo o qual “há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar!”. Portanto, além da perda do direito da ação, verifica-se que aqui se tem o perigo na demora invertido, em desfavor da própria impetrante que prejudica interesses coletivos” e que “A impetrante não impugnou o Edital e não teve o denodo de pedir a suspensão do certame antes da abertura dos envelopes ou da sessão pública. Preferiu transcorrer in albis toda a fase administrativa para, somente uma vez perdedora, buscar revisitar as condições lúdicas do Edital. Tem-se aqui a violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que sacraliza a segurança jurídica! Portanto, mais uma razão para decair o direito da impetrante”. Ainda, alegou que “O objeto da licitação tratada neste caso é o fornecimento de vale alimentação. A forma de contratar é através da melhor taxa. A taxa aplicada a este tipo de certame tem como prática de mercado ser próxima a zero, zero ou até negativa. Sobre a inaplicabilidade de taxa negativa, vale-se de prerrogativa da Administração a partir de um entendimento, ainda em discussão, sobre norma federal do PAT com a qual estabelece a vedação de empresas administradoras de cobrarem taxa negativa, como se fosse trazer prejuízo ao mercado ou ao trabalhador. Outrossim, o Edital estabeleceu discricionariamente que não se poderia conferir taxa negativa. Assim, a menor proposta possível era 0% de taxa de administração. E o caso dos autos trata de um empate entre várias empresas, que deram a proposta 0. E, como desempate, o Edital propunha o SORTEIO AMPLO, nos termos da Lei de Licitações. Outrossim, o r. juízo entendeu que o SORTEIO deveria ter sido APENAS para empresas ME ou EPP. Entretanto, vale-se ressaltar que a aplicação do critério de DESEMPATE FICTO ou mesmo REAL depende de uma condição LÓGICA, que é a perspectiva de atendimento do INTERESSE PÚBLICO, ou melhor vantagem à Administração, com REDUÇÃO da menor proposta. O DESEMPATE em favor de ME/EPP pressupõe a possibilidade de redução de proposta. O caso dos autos trata de EMPATE REAL com propostas em 0. Assim, busca-se aventar uma distinção prática do entendimento tomado, no qual tornou o desempate da LC 123 como condição de uma licitação direcionada em favor de uma ME/EPP, quando a concorrência era ampla – e apenas poderia deixar de sê-la com estritas limitações. Ao contrário de outros



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

precedentes, aos quais a empresa impetrada discorda, o presente certame é regido pela Nova Lei de Licitações e Contratos, n. 14.133/21, segundo o art. 60. Lembrando-se que a nova lei aplica-se, com especialidade, sobre a lei mais antiga. Feitas as distinções fáticas, passemos a avançar no tema Central” e que “O direito de uma ME ou EPP desempatar preferencialmente se dá apenas nos casos de empate ficto em nosso sentir e da melhor doutrina. E ainda que houvesse um direito de desempate real, este não poderia ser um DESEMPATE com o estrito fim de privilégio ÚNICO para ME/EPPs”. Conclui que “Não existia proposta inferior a 0 válida para este caso. Portanto, em caso de empate real, como salientado no item 10.19 do Edital, inaplicável qualquer privilégio para ME/EPP como bem salientado pela Administração Pública. Deve-se dar prevalência ao entendimento adequado da Administração que, fixou condição explícita e clara sobre eventual empate em proposta 0, como foi o caso. A impetrada poderia comprovar, por exemplo, as condições do item 10.18. Mas isso não foi discutido nos autos administrativos e não é o caso de reavaliar judicialmente algo não exaurido administrativamente. Assim feito, os benefícios da LC 123 para ME/EPP foram estendidos para além do sentido legal. Explica-se. Reconhece-se a prescrição constitucional de tratamento favorecido para as ME e EPPs constituídas no Brasil. Também são inegáveis as condições favorecidas de participação de ME e EPP em licitações no Brasil. Existem três pontos principais fulcrados na LC 123, as quais se rememora: 1º) O direito de desempate em condições de empate quando possível redução de proposta; 2º) Licitações ou parcelas exclusivas; 3º) Comprovação da regularidade fiscal diferida. Não se pode confundir licitações exclusivas com o direito absoluto a participar do sorteio exclusivamente. Vejamos. Licitações exclusivas são aquelas destinadas exclusivamente para ME ou EPPs. Não é o caso dos autos. Tampouco o caso dos autos demonstra que seria possível um sorteio exclusivo entre empresas ME/EPP. A razão é simples: - não se tratou de desrespeitar o direito de uma empresa com benefícios da LC 123 participar do desempate – em condições que poderiam exclusivamente elas apresentar NOVA proposta. O caso dos autos não autorizaria um desempate exclusivo e muito menos uma redução maior do que a prescrita na fase anterior” e que “Portanto, TODAS as empresas que apresentaram taxa zero trouxeram a MENOR proposta possível. Menos que zero, somente a inexecutabilidade. Se fosse o caso de uma proposta com taxa de administração empatada em 1%, por exemplo, poderia ensejar a preferência para desempate de ME/EPP em condições de empate ficto (se tivessem ofertado até 5% a mais do que a menor proposta), por inteligência do art. 44, § 2º, LC 123. No caso, discute-se a IMPOSSIBILIDADE de proposta inferior a 0. Daí que se tratou de um EMPATE REAL impossível de se decorrer da fase



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

subsequente, que seria o desempate exclusivo para ME/EPP sem superação do menor preço. Nem aqui discutir-se-á que não se aplica o critério de desempate em favor de ME/EPP em caso de empate real – que se entende apenas possível para empate ficto como condições de melhorar a menor proposta. Ou seja, permitir-se-ia que as ME e EPP apresentem mais um lance para obterem a vitória do certame. Realizar-se um sorteio apenas para ME/EPP equivaleria a criar condições EXTRAVAGANTES ao Edital, posto que não existe a previsão legal de SORTEIO EXCLUSIVO para ME/EPP”. Ao final, pugnou “pela reconsideração da r. decisão Interlocutória”, requereu “a extinção do processo sem resolução de mérito, considerando a perda do direito de agir em virtude do momento em que impetrada a ação” e “No mérito, caso enfrentado, requer seja negada a ordem, como medida justa, diante da distinção e peculiaridade do caso em tela”.

Interposto o recurso de Agravo de Instrumento nº 2102535-70.2023.8.26.0000 contra a decisão que concedeu a liminar pela **E. CÂMARA MUNICIPAL DE PINDAMONHANGABA**, o E. TJ/SP indeferiu o pedido de efeito suspensivo, consoante teor da v. decisão copiada às fls. 292/293.

VEROCHEQUE REFEICOES LTDA. noticiou também a interposição do recurso de Agravo de Instrumento nº 2109226-03.2023.8.26.0000 (fls. 296/297), sendo que o E. TJ/SP novamente indeferiu o pedido de efeito suspensivo, consoante v. decisão de fls. 352/235.

Sobreveio petição da **COMISSÃO DE PREGÃO DA CÂMARA DE VEREADORES DE PINDAMONHANGABA** às fls. 325/326, informando que “a Câmara de Vereadores reviu seus atos, amparada pelas Súmulas 346 e 473 do STF e anulou com base no art. 147, I da Lei nº 14.133/2021, a homologação, adjudicação e assinatura de contrato decorrentes do Pregão Eletrônico nº 01/2023, a fim de retroceder até o ato do sorteio, para que seja imputado à empresa Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda o primeiro lugar, por ser a única ME/EPP mantendo a classificação das demais licitantes, conforme comprova extrato de publicação em anexo” e que “A nova sessão pública havia sido designada para o dia 11.05.2023, às 9h. Contudo, houve recurso administrativo da empresa Verocheque Refeições Ltda, e em respeito ao contraditório e ampla defesa, seu recurso foi analisado e por tal motivo, a sessão teve que ser suspensa”, e que uma vez “Mantida a decisão de anulação pela Administração (doc.anexo), informamos que a nova sessão pública será redesignada para data próxima” requereu “a extinção do feito com base no art. 485, VI do CPC”.

A impetrante manifestou-se às fls. 338/339 contrariamente ao pedido de extinção.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

O Ministério Público ofereceu parecer final às fls. 343/350, opinando, preliminarmente, por ser “*incabível o acolhimento da tese de litisconsórcio passivo necessário para inclusão da empresa VEROCHEQUE, vencedora do certame*” ao fundamento de que “*quem detém a legitimidade passiva no mandado de segurança é a autoridade coatora com poderes para realizar a ordem judicial advinda de eventual provimento concessivo da ordem, ou seja, aquela que detenha meios de fazer cumprir a ordem mandamental, portanto, a empresa sendo terceira interessada não possui legitimidade para integrar o polo passivo da demanda*” e porque “*tem-se por incabível qualquer postulação para que a empresa VEROCHEQUE ingresse com terceira interessada, afinal, o mandado de segurança é incompatível com o instituto de intervenção de terceiros*”. No mérito, opinou pela “*PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM apenas para anular o Pregão Eletrônico nº 01/2023 e o Processo Administrativo nº 24/2023*”.

É o relatório.

DECIDO.

1. Relativamente às questões preliminares pendentes de apreciação, passo a decidir-las.

1.1. Inicialmente, afasto a preliminar de perda do objeto arguida por **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.** às fls. 233/249, isso porque o fato de já ter sido, à época da impetração, celebrado o contrato administrativo não faz perecer o interesse processual para a propositura do presente *mandamus*, isso porque o eventual reconhecimento de vício supostamente havido no ato administrativo que precedeu a contratação por óbvio alcança também os atos administrativos posteriores (por exemplo a adjudicação e a formalização do subsequente contrato administrativo, inclusive eventuais atos executivos).

1.2. De igual modo, respeitado o entendimento ministerial, não há, no presente caso, impedimento algum para **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.** que figure no polo passivo desde *mandamus*, conquanto seja sabido não caber, como regra, intervenção de terceiros no rito especial do mandado de segurança.

Isso porque, à toda evidência, os interesses de **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.** são afetados diretamente pelos efeitos da decisão jurídica proferida nos autos deste *mandamus*, uma vez que, em síntese, foi ela a vencedora do certame que a impetrante, em síntese, busca anular.

E, em situações que tais, de há muito a jurisprudência reconheceu a legitimidade de terceiro afetado pela eventual decisão proferida em mandado de segurança para fazer parte da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

relação jurídico-processual, sendo exemplar e de todos conhecido o caso, *exempli gratia*, de concurso público em que candidato não classificado no número de vagas impetra mandado de segurança buscando alguma anulação supostamente havida no certame, sendo considerados como diretamente interessados (e tidos mesmo litisconsortes passivos necessários) todos os demais candidatos que eventualmente tenham sido aprovados (beneficiados pelo ato administrativo que é objeto de questionamento na via do mandado de segurança) e possam ser afetados pelo *decisum* eventualmente proferido.

Nesse sentido: STF, RE 47.888, 2ª T., v.u., rel. Min. **VICTOR NUNES LEAL**, j. 11.01.1961, DJU 09.07.1964; RE 71.992, 1ª T., v.u., rel. Min. **LUIZ GALLOTTI**, j. 24.08.1971, DJU 28.10.1971; RE 91.735, 1ª T., v.u., rel. Min. **NERI DA SILVEIRA**, j. 11.05.1982, DJU 22.10.1982.

Ademais, e por último, é de se considerar que prejuízo algum há para o rito do presente feito, que não se submete a fase instrutória, mas neste momento é prontamente julgado.

Assim, mantenho **VEROCHEQUE REFEICOES LTDA.** no polo passivo do presente *mandamus*.

1.3. Ainda, não é caso, também, de se reconhecer perda do objeto por ausência superveniente do interesse processual, como pleiteado às fls. 325/326, isso porque, conquanto haja notícia de ter sido, em autotutela, anulado o ato administrativo questionado pela autoridade administrativa, o fato é que o certame encontra-se, hoje, judicializado, não somente pelo impetrante, mas também pelo interessado **VEROCHEQUE REFEICOES LTDA.**, que também impetrou mandado de segurança (autos nº 1003009-73.2023.8.26.0445), ali também vertendo suas teses e buscando a apreciação judicial.

Assim, em homenagem à segurança jurídica, convém o pronunciamento de mérito do Poder Judiciário acerca da matéria trazido a juízo por meio deste *mandamus*.

2. No mérito, CONCEDO EM PARTE A ORDEM pleiteada.

No presente caso, consoante os documentos que instruem o feito, verifica-se que, de fato, no bojo do Pregão Eletrônico nº 01/2023, Processo Administrativo nº 24/2023, em curso na Câmara Municipal de Pindamonhangaba, houve **empate real** entre os licitantes, conforme se confere do teor das fls. 142.

Contudo, não obrou corretamente o Senhor Pregoeiro, diante de tal empate, ao proceder a simples sorteio entre todos os licitantes, daí resultando como licitante vencedora a empresa **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

É que, havendo **empate real** entre licitantes, e não sendo viável, isso considerado o objeto da licitação, haver por parte dos licitantes oferecimento sucessivo de lances que implicassem em taxa negativa, deveria ser aplicado o quanto previsto no art. 44, *caput*, da Lei Complementar nº 123/06, adotando-se “*como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte*”.

Conquanto, como se sabe, seja o edital a lei interna da licitação, no caso, a disposição editalícia contida no item 10.18 não pode se sobrepor à opção do legislador contida no art. 44, *caput*, da Lei Complementar nº 123/06.

Não há contrariedade legal alguma em o instrumento convocatório da licitação vedar o oferecimento de proposta que implique algum tipo de taxa de administração negativa (ou deságio), pois isso está em consonância com o quanto disposto no art. 3º, inciso I, da Lei nº 14.442/2022, *in verbis*:

“Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber:
I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado”.

De outro lado, a tratamento mais favorável a ser concedido a microempresas e empresas de pequeno porte é decorrência direta da lei, mais especificamente da Lei Complementar nº 123/2006, que, por sua vez, concretiza a norma constitucional prevista no art. 179 da CF/88, senão vejamos:

CF/88: “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

E com esteio em tal dispositivo constitucional é que veio à lume a norma contida no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006, que assim também dispõe:

“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.”

Por certo que a situação concreta havida no já citado certame objeto deste *mandamus* relação alguma tem com o empate previsto no § 1º do citado dispositivo legal (que é conhecido como “empate ficto”).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

No presente caso, a situação concreta simplesmente se adequa, por subsunção simples, ao quanto previsto no *caput* do citado dispositivo, impondo-se ao administrador, para dirimir o empate real havido, dar preferência, entre os licitantes, a microempresas e empresas de pequeno porte.

Assim, o sorteio realizado pelo impetrado, diante do empate materializado no documento de fls. 142, é de fato nulo, porque divorciado da legislação de regência, sendo, como consequência, nulo, assim como nulos todos os atos administrativos subsequentes, tais como homologação, adjudicação e assinatura do contrato.

Nesse sentido, por pertinente, cito precedentes do E. TJ/SP:

“Preliminar. Perda superveniente do objeto. Inocorrência. Autora que formulou pedido para anulação de licitação. Eventual reconhecimento de vício que alcançará também atos administrativos posteriores. Arguição preliminar desacolhida, portanto.

Apelação. Pregão. Pretensão de anulação do processo licitatório. Inadmissibilidade. Vedação ao oferecimento de proposta com taxa de administração negativa que está em conformidade ao artigo 3º, I, da Lei 14.442/2022. Preferência a microempresas e empresas de pequeno porte em hipótese de empate. Inteligência dos artigos 179 da Constituição Federal e 44 da Lei Complementar 123/2006. Logo, recurso improvido”. (E. TJ/SP, 3ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1008404-40.2022.8.26.0038, Relator Desembargador **ENCINAS MANFRÉ, j. 20/04/2023**)

“Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido.” (E. TJ/SP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 1008607-64.2022.8.26.0664, Relator Desembargador **FERNÃO BORBA FRANCO, j. 22/02/2023**)

“Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Decisão recorrida que indeferiu a tutela de urgência. Irresignação da impetrante. Não acolhimento. Ato impugnado que decorre de previsão legal e que, portanto, deve prevalecer sobre o edital. Decisão mantida. Recurso desprovido.” (E. TJ/SP, 7ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2300081-70.2022.8.26.0000, Relator Desembargador **FERNÃO BORBA FRANCO, j. 20/03/2023**)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE PINDAMONHANGABA

FORO DE PINDAMONHANGABA

2ª VARA CÍVEL

RUA ALCIDES RAMOS NOGUEIRA , 780, Pindamonhangaba - SP -
CEP 12421-681

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Contudo, não cabe ao Poder Judiciário declarar judicialmente “a *Impetrante vencedora do certame, por ser a ÚNICA ME/EPP que faz jus ao benefício da Lei 123/06 e por ser a única que preencha os Requisitos do artigo 3º §2º da Lei 8666/93*”, como requerido pela impetrante, eis que isso é atribuição da Administração Pública, cabendo ao julgador apenas e tão somente escoimar do mundo jurídico o ato ilegal, no caso, o sorteio na forma em que realizado.

A propósito, este é, no caso, o direito líquido e certo do impetrante, requisito especial da ação de mandado de segurança.

Enfim, e por óbvio, cabe ao Administrador, no desempenho de seu múnus, dar andamento que entender correto ao Pregão Eletrônico nº 01/2023, Processo Administrativo nº 24/2023, de acordo com os ditames legais que o vinculam.

Assim, concedo em parte a ordem, para declarar nulo o sorteio na forma em que levado a cabo, e conseqüentemente nulos os atos subsequentes.

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, julgo **PROCEDENTE EM PARTE A AÇÃO**, com resolução de mérito, e assim o faço com fundamento no art. 487, inciso I, do CPC/15, para **CONCEDER EM PARTE A SEGURANÇA** para declarar nulo o sorteio na forma em que levado a cabo, e conseqüentemente nulos os atos subsequentes.

Com as nossas homenagens, comunique-se ao E. TJ/SP, 10ª Câmara de Direito Público, relativamente aos autos dos **Agravos de Instrumento nºs 2102535-70.2023.8.26.0000 e 2109226-03.2023.8.26.0000**, o julgamento do presente *mandamus*, encaminhando cópia da presente sentença.

Sem custas e despesas. Deixo de fixar honorários advocatícios, nos termos das Súmulas nºs 105 do E. STJ e 512 do C. STF.

P.I.C.

Pindamonhangaba, 02 de junho de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE JACUPIRANGA

FORO DE JACUPIRANGA

1ª VARA

Avenida Presidente Kennedy, 299, ., Centro - CEP 11940-000, Fone: (13) 3864-2438, Jacupiranga-SP - E-mail: jacupl@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

DECISÃO

Processo Digital nº: **1000846-88.2023.8.26.0294**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **Vr Benefícios e Serviços Processamentos Ltda e outros**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **FLÁVIA SNAIDER RIBEIRO**

Vistos.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA.**, qualificada nos autos, através do qua alega que participou do Pregão Eletrônico nº 18/2023, da Prefeitura Municipal de Cajati/SP, que tinha por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços de fornecimento e administração de vale alimentação na forma de cartões magnéticos.

Relata que, na referida sessão, todas as empresas apresentaram proposta de taxa 0%, restando, portando, empatadas. Na sequência, o pregoeiro realizou sorteio entre as participantes sem garantir qualquer preferência às empresas participantes qualificadas como *microempresas e empresas de pequeno porte*.

Ao fim do sorteio, no qual foi declarada vencedora uma empresa que não é considerada de pequeno porte, ainda foi interposto recurso, contudo, este foi indeferido.

Assim, considerando que não foram observadas as preferências insertas à Lei nº 123/2006, pretende a anulação do citado ato, com a realização de novo sorteio somente entre as empresas beneficiárias do citado diploma legal. Ainda, requer a concessão de medida liminar para que seja suspenso o processo licitatório.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE JACUPIRANGA

FORO DE JACUPIRANGA

1ª VARA

Avenida Presidente Kennedy, 299, ., Centro - CEP 11940-000, Fone: (13) 3864-2438, Jacupiranga-SP - E-mail: jacup1@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Vieram os autos conclusos.

É o relatório, no essencial. Passo a fundamentar e a decidir.

2. A garantia fundamental do mandado de segurança vem insculpida no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, que assim dispõe:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

O dispositivo constitucional foi objeto de regulamentação pela Lei nº 12.016/09, que dispõe sobre o procedimento a ser adotado no julgamento do *mandamus*.

Nos termos do art. 7º, III, da referida Lei, *ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver **fundamento relevante** e do ato impugnado puder resultar a **ineficácia da medida**, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.*

Desta feita, para a concessão da liminar buscada, se mostra imprescindível, em sede de cognição sumária, a demonstração do *fumus boni juris* (fundamento relevante) e do *periculum in mora* (risco de ineficácia da medida).

Pois bem. Feita essa digressão inicial, verifica-se, no caso em tela, a existência de elementos suficientes a justificar a concessão da tutela provisória de urgência.

Em juízo de cognição sumária, verifica-se, dos argumentos apresentados pelo Impetrante e da documentação anexada, indícios de ilegalidade no referido certame, que atingem os princípios norteadores das licitações públicas, sendo, assim, indicado e cauteloso que haja a suspensão imediata e provisória do ato ora impugnado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE JACUPIRANGA

FORO DE JACUPIRANGA

1ª VARA

Avenida Presidente Kennedy, 299, ., Centro - CEP 11940-000, Fone: (13) 3864-2438, Jacupiranga-SP - E-mail: jacup1@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Os relatos do Impetrante e a documentação coligida demonstram a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da segurança ora pleiteada. Vislumbra-se que o direito de preferência no sorteio às empresas qualificadas como ME e EPP não teria sido respeitado, contrariando a determinação legal que rege o certame.

Ressalta-se que, ao analisar casos que guardam semelhança ao ora em estudo, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu pela necessidade de que certames públicos prestem a devida observância às disposições da Lei nº 123/2006. Nesse sentido:

Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023)

Ademais, a urgência da pretensão evidencia-se pelo risco de homologação da licitação viciada e uma contratação ilegal pelo ente público envolvido. Assim, a situação narrada autoriza a concessão da tutela de urgência para suspensão do certame.

3. Assim sendo, presentes os requisitos legais, **DEFIRO A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA** para **DETERMINAR** a suspensão do processo licitatório impugnado.

4. **CIENTIFIQUE-SE** o Ministério Público acerca do teor da presente decisão.

5. **NOTIFIQUE-SE** a Autoridade Coatora do conteúdo da petição inicial, a fim de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE JACUPIRANGA

FORO DE JACUPIRANGA

1ª VARA

Avenida Presidente Kennedy, 299, ., Centro - CEP 11940-000, Fone: (13) 3864-2438, Jacupiranga-SP - E-mail: jacup1@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

que, no prazo de 10 (dez) dias, prestem as informações (Lei nº 12.016/09, art. 7º, inciso I).

6. **NOTIFIQUE-SE** órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito (Lei 12.016/09, art. 7º, inciso II).

7. **NOTIFIQUE-SE** a empresa VR BENEFÍCIOS E SERVIÇOS DE PROCESSAMENTO LTDA., no endereço indicado na petição inicial (fl. 02), para ciência e, querendo, ingressar no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

8. Com as informações, **ABRA-SE** vista ao Ministério Público para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 12 da Lei nº 12.016/09.

9. Após o parecer ministerial, voltem conclusos para sentença (Lei nº 12.016/09, art. 12, parágrafo único).

10. Intimações e diligências necessárias, **com urgência**.

11. **A presente decisão, assinada digitalmente, serve como MANDADO.**

Jacupiranga, 1º junho de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
 Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
 Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjsp.jus.br
 Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

SENTENÇA

Processo nº: **1002767-83.2023.8.26.0132 - Processo Digital**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **Le Card Administradora de Cartões Ltda Me e outro**

Vistos.

Trata-se de “mandado de segurança” em que a(s) parte(s) impetrante(s) alega(m) que: “... *A Prefeitura Municipal de Elisiário realizou o Pregão Presencial sob nº. 11/22, Processo Administrativo nº. 064/2022... No dia 13 de março de 2023 às 09h00, ocorreu a sessão pública do certame, na qual, após o credenciamento, foi iniciada a abertura das propostas... todas as empresas participantes apresentaram taxa 0%, não sendo possível a etapa de lances, motivo pelo qual fora realizado sorteio entre todas as participantes, ocasião em que a empresa LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA fora sorteada em primeiro lugar se consagrado vencedora... a LE CARD foi equivocadamente declarada vencedora... a realização do sorteio somente entre as empresas beneficiárias da LC 123/06... o Sr. Pregoeiro e sua equipe de apoio, mesmo após verificar a participação dessa Impetrante que é empresa de pequeno porte, ou seja, beneficiária da Lei 123/06, decidiu pela não aplicação da LC a qual lhe garante a preferência na contratação... aberto prazo para interposição de recurso, momento em que a apresentamos nossas razões, entretanto, fora negado seu provimento... É UMA EMPRESA DE PEQUENO PORTE, sendo certo que deveria ser sido aplicado o critério da Lei 123/06, garantindo assim sua preferência na contratação, bem como das demais participantes beneficiárias da mesma... feriu direito líquido e certo da Impetrante, por ser a Impetrante empresa de Pequeno Porte e a vencedora NÃO... A concessão da medida liminar se faz necessária...”. Juntou(aram) documentos (fls.18/138).*

Houve decisão (fls.139/142) que: **(a)** determinou a retificação do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
 Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
 Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduva1cv@tjsp.jus.br
 Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

posso passivo para constar Presidente da Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Elisiário; **(b)** deferiu a liminar e determinou a suspensão do procedimento licitatório “Pregão Presencial nº011/2022”; **(c)** determinou a notificação da Autoridade e da empresa Le Card Administradora de Cartões Ltda. ME para prestarem informações; **(d)** indeferiu a notificação por carta e determinou a notificação por mandado; **(e)** determinou a cientificação do órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada. A parte impetrante comprovou o recolhimento da diligência de Oficial de Justiça (fls.147/149).

A Autoridade impetrada foi notificada (fls.160/161) e, juntamente com o Município de Elisiário, prestou informações (fls.166/191) mencionando que: “... *suspendeu a contrato assinado com a empresa vencedora... tal medida somente prejudica os servidores do município... houve empate entre as propostas apresentadas... o pregoeiro optou por utilizar o sorteio de todas as empresas previamente credenciadas... não ocorreu o denominado 'empate ficto', que seria a possibilidade de apresentar proposta de valor inferior à mais bem classificada... não existiria preferência de empresa classificada como ME/EPP, pois o 'empate ficto' expresso na Lei Complementar nº 123/06 sequer existiu... as microempresas e empresas de pequeno porte possuem tratamento especial... a previsão legal preferencial às ME/EPPs possui aplicação imperativa e cogente, e deve ser observada independentemente de previsão específica no edital de licitação. A hipótese normativa disciplinada pelo artigo 44 é denominada na doutrina como 'empate ficto'... o que se verificou nos autos foi um 'empate real/próprio'... não há lógica sistêmica para se estabelecer a aplicação do direito de preferência tão somente nos casos de empate ficto... em nenhum momento a referida lei complementar estabelece uma preferência pela simples razão de ser ME/EPP em detrimento da vantajosidade a ser buscada pela administração pública... 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, mas cumpre à Administração convocá-la para exercer o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº123/06... Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, aí sim o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº8.666/93... não deverá aplicar no presente caso o direito de preferência alegado pela empresas recorrentes, devendo prevalecer a ordem do sorteio... A impetrante, após não se*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
 Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
 Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjsp.jus.br
 Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

sagrar vencedora do processo licitatório FALTA COM A VERDADE...". Juntou documentos (fls.192/306).

A empresa impetrada Le Card prestou informações (fls.307/318) nos seguintes termos: *"... o rito estabelecido para fins de preferência à ME/EPP pressupõe possibilidade de formulação de novo lance menor ao da proposta vencedora, com a possibilidade de sobrepor a oferta vencedora... 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 melhor classificada... a não ocorreu o denominado 'empate ficto'... não há que se falar na existência de preferência de empresa classificada como ME/EPP, pois o 'empate ficto' expresso na legislação sequer existiu... não houve fato gerador para incidência do direito de preferência... houve empate real... a única forma possível para o desempate é o previsto no art. 3º, § 2º da Lei nº8.666/93... interpretar a legislação de forma diversa configuraria inovação sem previsão legal... o sorteio foi realizado entre as empresas que cumpriram os critérios de desempate especificados na legislação... não há que se falar em violação dos princípios da legalidade, isonomia e vinculação do instrumento convocatório... o sorteio restrito para empresas de pequeno porte exclui a participação de empresas dos demais portes... os requisitos para a concessão do pedido liminar NÃO foram demonstrados... a medida concedida está gerando efeitos irreversíveis... o contrato de prestação de serviço já havia sido assinado, bem como as despesas operacionais para manutenção também... a Contratante já havia autorizado a confecção dos cartões, bem como recebido os mesmos para distribuição aos usuários... após o deferimento da liminar e suspensão da licitação, a rede credenciada irá se esvaír, tendo em vista que não haverá procura pelos usuários... contratou credenciadores para dar início a prestação do serviço... REQUERER a revogação da tutela de urgência..."*. Juntou documentos (fls.319/361).

O Ministério Público declinou de se manifestar no feito (fls.364/366).

É o relatório do essencial.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
 Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
 Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjsp.jus.br
 Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

FUNDAMENTO E DECIDO.

Em primeiro lugar, vale esclarecer que o mandado de segurança é uma ação constitucional que visa proteger direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão. Vale lembrar o ensinamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal LUIZ FUX: *“... O mandado de Segurança é, pois, tradicionalmente categorizado como o instrumento processual constitucional ou o remédio de natureza constitucional assegurado a qualquer pessoa física ou jurídica, brasileiro ou estrangeiro, na defesa de direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por 'habeas corpus' ou 'habeas data', sempre que este for lesado (tutela repressiva) ou ameaçado de lesão (tutela preventiva) por ato ilegal, ou que implique abuso de poder, praticado pela Administração Pública, através de seus agentes, na representação direta ou indireta da entidade pública. Insta salientar que o § 1º do art. 1º da Lei 12.016/2009 equipara aos agentes públicos os representantes ou órgãos de partido político, os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou, ainda, as pessoas naturais no exercício de atribuições do Poder Público. A lógica da Lei é, portanto, clara e inequívoca: o Mandado de Segurança é cabível contra 'ato de autoridade', independentemente de quem o pratique (Poder Público ou particular) e a que título o faça (em nome próprio ou mediante delegação). Estendem-se, portanto, os efeitos da Lei do Mandado de Segurança aos particulares que exerçam atribuições do Poder Público, desde que no desempenho de suas funções... O autor, em regra, na ação de conhecimento, especifica as provas através das quais pretende comprovar seu direito ao provimento procedente. Todavia, esta especificação na exordial resta absolutamente inaplicável ao rito do mandado de segurança, que reclama prova documentada pré-constituída. Outrossim, no caso de quadro de complexidade fática, que demande uma elucidação mais profunda, torna-se impróprio o manejo do 'writ', recomendando-se, bem por isso, o ajuizamento de ação de conhecimento. O superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica no sentido de que a impetração do mandado de segurança pressupõe a violação a direito líquido e certo, entendido como tal aquele que é comprovado de plano, não se admitindo dilação probatória.”* (Mandado de Segurança; 2ª edição; editora Forense; Rio de Janeiro; 2019; pp.28/29 e 123/124).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjsp.jus.br
Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

Há que se analisar, portanto, se o direito líquido e certo do impetrante foi lesado ou está ameaçado de lesão, por ato ou omissão da autoridade coatora.

Embora não tenha sido juntada cópia integral do procedimento administrativo, o único questionamento ao procedimento licitatório nº011/2022 é o seu resultado final decorrente do sorteio, tendo em vista que não foram acolhidos os recursos administrativos apresentados pela impetrante e pela empresa Rom Card que visaram ao reconhecimento do direito de preferência e que as partes impetradas apresentaram informações defendendo a regularidade do Ato Administrativo.

Em relação ao caso concreto, a parte impetrante participou do pregão presencial nº011/2022 (processo nº064/2022) promovido pelo Município de Elisiário e que tem por objeto a “*Contratação de empresa especializada na implantação, operação, gerenciamento e fiscalização de serviços de fornecimento de cartões magnéticos com 'chip', tipo 'vale alimentação'*” (edital de fls.52/76).

O documento de fls.77/78 corresponde à ata da sessão pública realizada no dia 13/03/2023, que comprova que: **(a)** diversas empresas foram credenciadas; **(b)** a impetrante têm preferência na contratação nos termos do Art.44 da Lei Complementar nº123/2006 (anotação de “Sim” no campo próprio); **(c)** todas as empresas apresentaram propostas igual, resultando empate; **(d)** foi realizado sorteio para desempate e foi considerada habilitada a empresa impetrada Le Card; **(e)** a impetrante e a empresa Rom Card Administradora de Cartões Ltda. manifestaram intenção de recurso.

O documento de fls.79/88 corresponde ao recurso administrativo apresentado pela impetrante pugnando pela anulação do ato que declarou a Le Card vencedora do certame e pela realização de novo sorteio entre as microempresas e empresas de pequeno porte.

O documento de fl.89, firmado pelo Prefeito do Município de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjsp.jus.br
Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

Elisiário, corresponde ao encaminhamento dos autos administrativos para parecer do Departamento Jurídico do Município.

O documento de fl.90 corresponde à decisão do Prefeito do Município de Elisiário que recebeu e negou provimento aos recursos administrativos.

O documento de fls.91/100 corresponde ao parecer sobre a impugnação do edital de licitação.

Os documentos de fls.101/105 e 106/111 correspondem, respectivamente, ao parecer do Ministério Público e à sentença referentes ao processo nº1001543-08.2022.8.26.0145, que tramitou na 2ª Vara Judicial da Comarca de Conchas-SP, que tinha como impetrante a ora impetrante Mega Vale e como impetradas a Prefeitura Municipal de Pereiras e a empresa Aliymente Benefícios e Similares Ltda. Embora a questão da citada ação seja similar à tratada nestes autos, referido documento envolve partes distintas e não tem caráter vinculante, mas contribuem para o entendimento da causa posta em discussão.

Os documentos de fls.112/116 corresponde à decisão proferida no processo nº5018507-15.2022.8.21.0026/RS, que tramita na 2ª Vara Cível da Comarca de Santa Cruz do Sul-RS, que deferiu liminar para suspender a homologação de licitação. Embora a questão da citada ação seja similar à tratada nestes autos, referido documento envolve partes distintas e também não tem caráter vinculante, mas contribui para o entendimento da causa posta em discussão.

Os documentos de fls.117/120, 121/123, 124/127 e 128/130, que correspondem a sentenças e decisões proferidas nos processos nº1000202-13.2023.8.26.0047, nº1004719-68.2022.8.26.0347, nº1002223-17.2022.8.26.0040 e nº1000359-87.2023.8.26.0369, envolvem partes distintas e não tem caráter vinculante, mas também contribuem para o entendimento da causa posta em discussão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjsp.jus.br
Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

O documento de fls.131/138 corresponde à decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nos processos TC-001304.989.23-9 e TC-001305.989.23-8, datado de 15/02/2023, que reconheceu a necessidade de observância dos benefícios constitucionais e legais instituídos às micro e pequenas empresas e de manutenção do dispositivo do edital que assegura a seleção dessas empresas para desempate em caso de igualdade de propostas dos licitantes.

Os documentos de fls.193/224 e 241/301 correspondem à cópia parcial do procedimento administrativo.

Os documentos de fls.225/231 comprovam o cumprimento da liminar e a suspensão do procedimento licitatório.

Os documentos de fls.232/233 correspondem ao termo de homologação do resultado do procedimento licitatório nº011/2022 e respectiva publicação no Diário Oficial do Município.

Os documentos de fls.234/240 correspondem ao contrato nº008/2023, firmado pelas impetradas, e respectivo extrato de contrato.

O documento de fls.302/306 corresponde ao parecer do Ministério Público referente ao processo nº1002223-17.2022.8.26.0040, que tramitou na 2ª Vara da Comarca de Américo Brasiliense, que, embora contribua no entendimento das questões discutidas nestes autos, não tem efeito vinculante.

Passo, agora, às conclusões.

Prescreve o Art.179 da Constituição Federal: “*Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
 Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
 Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjstj.jus.br
 Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

Os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº123/2006 preceituam que: “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”.

Em que pese todo o esforço argumentativo das partes impetradas para a diferenciação de “empate real” e “empate ficto” no intuito de defender a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
 Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
 Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjst.jus.br
 Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

regularidade do Ato Administrativo questionado (homologação do resultado), tal diferenciação se mostra inaplicável no caso concreto, tendo em vista que: **(a)** todas as empresas que participaram do certame apresentaram propostas idênticas e não haveria possibilidade de oferta de lances por não ser admitida a possibilidade de apresentação de propostas com taxa de administração negativa, conforme se observa do disposto no Art.3º, inciso I, da Lei nº14.442/2022 (“*Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber: I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado...*”) e do parecer do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo referente aos processos TC-001304.989.23-9 e TC-001305.989.23.8 (fls.131/138 e 265/268); **(b)** o Art.44 (citado acima) é expresso ao definir empate como as situações em que as propostas apresentadas sejam iguais (empate real) ou até 10% superiores (empate ficto, sendo o percentual reduzido para 5% quando o procedimento licitatório for na modalidade de pregão) à proposta mais bem classificada.

Ou seja: as microempresas e empresas de pequeno porte têm direito constitucionalmente garantido ao tratamento diferenciado e à preferência na contratação em licitações nas hipóteses em que houve empate entre as propostas vencedores, seja o empate real ou ficto.

Frise-se que o benefício deve ser assegurado ainda que o resultado final do procedimento licitatório tenha que ser obtido por sorteio, não havendo ofensa ao Art.3º da Lei nº8.666/93 a observância do direito de preferência garantido às microempresas e empresas de pequeno porte na Constituição Federal e na Lei Complementar nº123/2006.

Nesse contexto, não comportam acolhimento as alegações das partes impetradas de que inexistente direito de preferência de microempresa ou empresa de pequeno porte por inexistência de “empate ficto”, de que deve prevalecer a ordem do sorteio e de que a impetrante falta com a verdade, tendo em vista que participaram do certame empresas que gozam do direito de preferência garantidos na Constituição Federal e na Lei



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
 Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
 Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjsp.jus.br
 Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

Complementar nº123/2006, razão pela qual o pregoeiro deveria ter realizado o sorteio entre as empresas com direito de preferência e, em seguida, às demais empresas caso as microempresas e/ou empresas de pequeno porte participantes do procedimento manifestassem desinteresse na contratação.

Também não comporta acolhimento a alegação da empresa impetrada de que reconhecer o direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte importaria interpretação diversa da legislação a configurar inovação sem previsão legal, tendo em vista que o Art.44 da Lei Complementar nº123/2006 é expresso ao definir empate nas licitações como aquelas situações em que as propostas apresentadas sejam iguais ou até 10% (ou 5%, conforme a modalidade de licitação) superiores à melhor proposta.

Lembre-se o seguinte julgado: *“Preliminar. Perda superveniente do objeto. Inocorrência. Autora que formulou pedido para anulação de licitação. Eventual reconhecimento de vício que alcançará também atos administrativos posteriores. Arguição preliminar desacolhida, portanto. Apelação. Pregão. Pretensão de anulação do processo licitatório. Inadmissibilidade. Vedação ao oferecimento de proposta com taxa de administração negativa que está em conformidade ao artigo 3º, I, da Lei 14.442/2022. Preferência a microempresas e empresas de pequeno porte em hipótese de empate. Inteligência dos artigos 179 da Constituição Federal e 44 da Lei Complementar 123/2006. Logo, recurso improvido”* (TJSP; Rel. Des. ENCINAS MANFRÉ; j.20/04/2023; Apelação Cível nº1008404-40.2022.8.26.0038).

Ainda: *“Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
 Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
 Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjsp.jus.br
 Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

desprovido” (TJSP; Rel. Des. FERNÃO BORBA FRANCO; j.22/02/2023; Apelação Cível nº1008607-64.2022.8.26.0664).

No mesmo sentido: *“LICITAÇÃO. PREGÃO. Pretensão de invalidação da homologação e adjudicação da empresa vencedora, por suprir o exercício de seu direito de preferência. Licitante que sagrou-se vencedora, após desclassificação da primeira colocada, porém não sendo dada oportunidade à impetrante, EPP, de apresentar nova proposta de preço. Inteligência dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06. A Administração se sujeita ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Direito líquido e certo configurado. Sentença mantida. Reexame necessário e recursos improvidos*” (TJSP; Rel. Des. CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI; j.15/08/2018; Apelação Cível nº1003941-67.2017.8.26.0220).

Por fim: *“Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Decisão recorrida que indeferiu a tutela de urgência. Irresignação da impetrante. Não acolhimento. Ato impugnado que decorre de previsão legal e que, portanto, deve prevalecer sobre o edital. Decisão mantida. Recurso desprovido*” (TJSP; Rel. Des. FERNÃO BORBA FRANCO; j.20/03/2023; Agravo de Instrumento nº2300081-70.2022.8.26.0000).

Logo, devem ser anulados os atos administrativos do procedimento licitatório de Pregão Presencial nº011/2022 (Processo nº064/2022) a partir do sorteio para desempate e apuração da empresa vencedora do certame (inclusive o ato que declarou a empresa impetrada Le Card como vencedora do certame e o respectivo contrato), procedendo-se a novo sorteio, tendo em vista a necessidade de observar o direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte garantido pela Lei Complementar nº123/2006 e pela Constituição Federal.

Ante o exposto, CONCEDO a segurança, e o faço para: **(a)** confirmar a liminar de fls.139/142, com a ressalva do item "c" abaixo; **(b)** anular os atos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CATANDUVA
 Parque das Américas, 55-Centro, Catanduva - SP - CEP: 15800-032
 Telefone: (17) 3311-4379 - e-mail: catanduvalcv@tjsp.jus.br
 Horário de Atendimento ao Público: 13h00min às 17h00min

administrativos do procedimento licitatório de Pregão Presencial nº011/2022 (Processo nº064/2022) a partir do sorteio (sorteio, proclamação e homologação do resultado, contrato etc.), procedendo-se a novo sorteio observando o direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte garantido pela Lei Complementar nº123/2006 e pela Constituição Federal; **(c)** antecipar os efeitos da tutela neste ato, determinando que o Município, no prazo de 15 dias a contar da intimação desta sentença pelo portal, retome o procedimento licitatório a partir dos atos ora anulados.

Fica consignado que, em caso de descumprimento, aplicar-se-ão as penalidades cabíveis, inclusive aquelas da Lei de improbidade administrativa, tudo nos termos do artigo 26 da [Lei 12.016/09](#), se o caso: “*Art. 26. Constitui crime de desobediência, nos termos do [art. 330 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#), o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da [Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950](#), quando cabíveis*”.

Determino a remessa dos autos à Instância Superior, com fundamento do §1º do artigo 14 da Lei 12.016/09: “*Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição*”.

Sem condenação em honorários, nos termos do artigo 25 da lei 12.016/09. Custas na forma da lei, não havendo custas remanescentes a serem recolhidas. P.I.C. Após as cautelas de praxe, arquivem-se.

Catanduva, 15 de maio de 2023.

Juiz de Direito: Dr. **Lucas Figueiredo Alves da Silva**

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MONTE APRAZÍVEL
FORO DE MONTE APRAZÍVEL
1ª VARA
RUA MONTEIRO LOBATO, Nº 269, Monte Aprazível - SP - CEP
15150-000
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1000453-35.2023.8.26.0369**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **PREFEITURA MUNICIPAL DE POLONI e outro**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Kerla Karen Ramalho de Castilho Magrini**

Vistos.

Trata-se de *Mandado de Segurança Com Pedido Liminar* impetrado por **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** em face de suposto ato coator praticado pela **COMISSÃO DE LICITAÇÃO DE PREGÃO DO MUNICÍPIO DE POLONI (representada pelo PREGOEIRO MUNICIPAL DE POLONI – SR. MATEUS RODRIGUES ULIAN – conforme fls. 136)**, relatando, em síntese, que participou do Pregão Eletrônico nº 03/2023, realizado em 01/03/2023, oportunidade em que sagrou-se vencedora a empresa Verocheque. Afirma que foi questionado junto ao pregoeiro sobre a aplicação do benefício da Lei nº 123/06, haja vista que tal não foi observada, sendo realizado sorteio entre todas as licitantes. Relata que o prazo para recurso foi aberto, todavia, o pregoeiro negou o pedido de apresentação de recurso pela ora impetrante, o que considera arbitrário e sem fundamento jurídico.

Afirma que por ser empresa de pequeno porte possui preferência na contratação, de modo que teve prejudicado direito líquido e certo, diante da não aplicação da Lei nº 123/06. Narra que na sessão pública do certame, ocorreu sorteio entre todas as licitantes presentes, em desrespeito ao artigo 44 e 45, de referida Lei, devendo ser anulado o sorteio realizado. Relata que todas as empresas licitantes ingressaram com taxa zero no certame, ocorrendo empate. Narra que, sendo vedada a oferta de taxa negativa e constatado o empate, as empresas de pequeno porte fizeram constar o direito legalmente previsto pela Lei nº 123/06, que impõe a preferência na contratação entre as licitantes EPPs e MEs, todavia, o Sr. Pregoeiro deixou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MONTE APRAZÍVEL
FORO DE MONTE APRAZÍVEL
1ª VARA
RUA MONTEIRO LOBATO, Nº 269, Monte Aprazível - SP - CEP
15150-000
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

de observar tal estipulação e declarou como vencedora a empresa Verocheque Refeições Ltda, licitante que não se enquadra como EPP/ME.

Pede a concessão de liminar para suspender o procedimento licitatório, obrigando a autoridade coatora a não praticar nenhum ato até que o mérito do presente seja julgado, inclusive impedindo a assinatura de contrato, ou invalidando-o, caso tenha sido realizado. Ao final, pede a concessão da segurança para anular todos os atos da licitação, principalmente, do momento do sorteio em diante, tendo em vista que não respeitado o direito de preferência entre as empresas ME e EPP, a fim de que possa ser realizado novo sorteio apenas entre as beneficiárias da Lei nº 123/06. Juntou documentos (fls. 18/120).

Concessão da liminar às fls. 127/130, suspendendo-se o processo licitatório impugnado.

Foram prestadas informações às fls. 136/152.

O(a) d. Representante do Ministério Público ofertou parecer final pela concessão da segurança (fls. 196/198).

É o relatório.

FUNDAMENTO e DECIDO.

A ordem deve ser **concedida**.

Trata-se de ação mandamental por meio da qual a parte requerente busca a anulação do julgamento havido no curso do Pregão Eletrônico nº 03/2023 por inobservância à Lei nº 123/06 e afronta ao critério de desempate.

Segundo dispõe o inciso LXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MONTE APRAZÍVEL
FORO DE MONTE APRAZÍVEL
1ª VARA
RUA MONTEIRO LOBATO, Nº 269, Monte Aprazível - SP - CEP
15150-000
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.”.

Da obra de Hely Lopes Meirelles, obtemos a definição de direito líquido e certo:

"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais." (Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", 12ª edição, Editora Revista dos Tribunais, pp. 12/13).

No caso em tela, o direito possui liquidez e certeza. Assim concluo porque a parte autora comprovou, à saciedade, os fatos constitutivos do direito por ela apregoados na inicial. Senão, vejamos.

O artigo 179 da Constituição Federal e os artigos 43 e 44 da Lei Complementar nº 123/06 estabelecem que a Administração Pública tem a obrigação de observar, como critério de desempate, a natureza jurídica das empresas participantes, permitindo o exercício do direito de preferência por MEs e EPPs.

A controvérsia existente nos autos refere-se à aplicabilidade do critério de desempate previsto no artigo 44 da Lei Complementar nº 123/06 na hipótese de empate real de propostas em decorrência da proibição de oferta de taxas negativas (item 12.6 – fls. 68), que decorre especificamente do artigo 3º da Lei 14.442/2022, segundo o qual *"o empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MONTE APRAZÍVEL
FORO DE MONTE APRAZÍVEL
1ª VARA
RUA MONTEIRO LOBATO, Nº 269, Monte Aprazível - SP - CEP
15150-000
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

valor contratado".

É cediço que a hipótese normativa disciplinada pelo mencionado artigo 44 da Lei Complementar nº 123/06 é denominada pela doutrina como empate ficto, de forma que, caso a ME/EPP apresente proposta com valor superior de até 5% em relação ao melhor preço (§ 2º), considera-se em situação de empate. Contudo, no caso em apreço, o que se verificou foi um empate real/próprio, porquanto todas empresas participantes ofertaram taxa igual a zero.

Em que pese as alegações do(a) impetrado(a) no sentido de que, em observância à vedação do deságio, o artigo 44 da Lei Complementar nº 123/06 seria inaplicável, tem-se que, com ainda mais razão, idêntico critério também deve ser aplicado nas hipóteses de empate real/próprio, até mesmo porque a legislação especial confere diversas prerrogativas às microempresas e empresas de pequeno porte em certames públicos.

Destaque-se a redação contida no *caput* do artigo supra mencionado: *"nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte."*

Neste sentido:

"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 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MONTE APRAZÍVEL
FORO DE MONTE APRAZÍVEL
1ª VARA
RUA MONTEIRO LOBATO, Nº 269, Monte Aprazível - SP - CEP
15150-000
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

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." (destaquei) (TJRS; Apelação nº 70076196989 [nº CNJ 0383813-46.2017.8.21.7000]; Relator(a) Miguel Ângelo da Silva; Vigésima Segunda Câmara Cível; Comarca de Origem: Nova Prata; Data do Julgamento: 30/05/2018; Data da Publicação: 06/06/2018).

Não se ignora que o edital estabelece que *"A Microempresa ou empresa de pequeno porte nesse caso em específico não receberá o benefício para o critério de desempate no sorteio, devendo ser sorteado todas os tipos de empresa de forma iguais."* (item 8.3 – fls. 64), todavia, tal previsão afronta diretamente os dispositivos infraconstitucionais e constitucional acima citados.

Por fim, cumpre registrar que não se trata da admissão da existência de taxa de administração negativa, o que é expressamente vedado pela legislação, mas, sim, da aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/06 e da proteção constitucional que assegura o tratamento jurídico diferenciado às empresas de pequeno porte e microempresas, especialmente no que tange à sua contratação pela Administração Pública.

Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE** o presente mandado de segurança para, confirmando a liminar deferida às fls. 127/130, **CONCEDER A ORDEM** pleiteada, a fim de **DECLARAR** a nulidade do julgamento das propostas ofertadas no Pregão Eletrônico nº 03/2023 do Município de Poloni/SP, devendo o referido certame ser refeito a partir da fase de julgamento, com observância ao direito de preferência de contratação em favor de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da fundamentação supra.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE MONTE APRAZÍVEL
FORO DE MONTE APRAZÍVEL
1ª VARA
RUA MONTEIRO LOBATO, Nº 269, Monte Aprazível - SP - CEP
15150-000
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Oficie-se à autoridade coatora, de imediato, com cópia desta sentença.

Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do artigo 25, da Lei 12.016/09, e da Súmula 512 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Oportunamente, arquivem-se os autos com as cautelas usuais.

Publique-se e intimem-se.

Monte Aprazível, 09 de maio de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1000089-59.2023.8.26.0047**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Paulo André Bueno de Camargo**

Vistos.

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA impetrou **MANDADO DE SEGURANÇA** contra ato da **COMISSÃO MUNICIPAL DE PREGÃO da FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS/SP-FEMA** e **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA**. A impetrante alega que foi realizado Pregão Presencial sob nº. 037/2022, Processo Licitatório nº. 054/2022, edital de licitação nº. 049/2022, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento, emissão e distribuição, na forma de cartão, eletrônico/magnético, para o vale alimentação dos servidores da FEMA, tendo como vencedora a empresa **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA**. Inconformada, a impetrante ofertou recurso administrativo em face do descumprimento do edital por força dos artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/2006, em razão das empresas ME e EPP terem direito de preferência no sorteio, o qual foi indeferido pela comissão da licitação. Requer a anulação de todas as fases da licitação ocorridas a partir do sorteio, de forma que seja realizado novo sorteio apenas entre as empresas beneficiadas pela preferência da Lei Complementar nº 123/2006. Juntou documentos (fls. 19/133).

Decisão deferindo a liminar e suspendendo a realização da contratação da empresa vencedora do certame até o julgamento da impetração (fls. 140/141).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

A litisconsorte passiva necessária, VEROCHECKE REFEIÇÕES LTDA, apresentou resposta (fls. 160/182), aduzindo, preliminarmente, a ausência de direito líquido e certo, em razão da necessidade de dilação probatória. No mérito, alega que, uma vez que o edital não admitia taxa negativa, todas as propostas ofertadas com lances de 0% foram classificadas, ficando todas elas empatadas ainda na fase de proposta, portanto, não houve o início da fase de lances, já que não seria possível que as empresas ofertassem preços menores. Alega não ser correto escolher a vencedora somente entre as ME/EPP participantes, pois o certo é promover um sorteio entre todas as empresas proponentes. Salaria que é importante compreender que a Lei Complementar 123/06 positivou, em nível infraconstitucional, o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte previsto nos artigos 170, IX, e 179 da CF/88. No entanto, tal favorecimento não pode ultrapassar os limites insculpidos na LC 123/06, que determina que, em caso de empate, 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. E, nos termos do seu parágrafo, na hipótese de não contratação nos moldes previstos no *caput* deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame. Juntou documentos (fls. 183/217).

Informações da **FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS/SP-FEMA** (fls. 225/226), alegando que, nos termos da Lei Complementar 123/06, não se aplica tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte quando isso não se mostrar vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Juntou documentos (fls. 227/969).

O Ministério Público apresentou parecer pela concessão da segurança (fls. 191/194).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Rejeita-se a preliminar de ausência de direito líquido e certo, por necessidade de dilação probatória, uma vez que se verifica que é suficiente a prova documental produzida com a petição inicial para a análise do mérito da impetração.

No mérito, a segurança deve ser **CONCEDIDA**.

Estabelece o artigo 1º da Lei 12.016/2009:

"Art. 1º: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem às funções que exerça."

É sabido que no mandado de segurança não se admite dilação probatória, servindo para proteção de direito líquido e certo, que é aquele sobre o qual não pairam dúvidas e esteja devidamente comprovado por documentos.

Em outras palavras, *"o direito líquido e certo a que alude o art. 5º, inciso LXIX, da CF deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória"*(STJ – RMS 28.336-SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 6.4.2009).

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, *"direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais"* (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 37ª ed., Ed. Malheiros, pág. 38).

A impetrante pretende a anulação do sorteio realizado no processo licitatório



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

por não terem sido respeitados os arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, que estabelecem a preferência das microempresas e empresas de pequeno porte como critério de desempate nas licitações.

Sabe-se que as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) possuem tratamento especial junto ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Tal tratamento figura, inclusive, como um dos princípios da ordem econômica, a saber:

"Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".

"Art. 179 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei" (destaque nosso).

Atendendo a estas normas programáticas constitucionais, foi promulgada a Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que, em seus art. 44 e 45, preceitua:

"Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

§ 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

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." (destaque nosso)

A regra de desempate prevista nestes artigos é reforçada pela norma prevista no § 14, do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, segundo o qual "*As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei*" (grifo meu).

No caso, não se ignora que o edital estabelece que "*no caso de empate entre duas ou mais propostas, será realizado sorteio para determinação do proponente vencedor, conforme previsão da Lei 8.666/93.*" (item 7.5 – fls. 59). Todavia, tal previsão afronta diretamente os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais acima mencionados.

Ora, a realização de sorteio entre todas as licitantes, sejam elas Empresas de Pequeno Porte ou não, evidentemente constitui violação ao mandamento constitucional previsto nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal, além de contrariar os preceitos veiculados na Lei Complementar n.º 123/2006, que materializam a política constitucional de apoio e incentivo às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Considerando-se a impossibilidade de apresentação de taxa de administração negativa (item 7.3 do edital), todas as empresas participantes do certame apresentaram taxa de administração de 0% (zero por cento), ocorrendo, assim, empate real entre as propostas (haja vista que não poderia ser apresentada proposta de valor mais baixo). Desse modo, o desempate deveria se dar a favor das Empresas de Pequeno Porte e Microempresas, mediante sorteio entre elas, que estavam concorrendo no pregão, já que tal interpretação sistemática é a única, na hipótese da impossibilidade de taxa de administração negativa e, portanto, reabertura da possibilidade de reapresentar proposta em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

percentual ou valor mais baixo que o original, que garantiria o direito constitucional de tratamento favorecido e diferenciado dessas empresas de pequeno porte e microempresas.

Caso o edital e o ordenamento jurídico admitisse proposta, no caso, de taxa negativa, assistiria razão à empresa impetrada ao afirmar que deveria ser permitido à empresa impetrante oferecer proposta mais vantajosa e, não o fazendo, ocorrer o sorteio entre todas as empresas, EPP e ME ou não, pois o direito de tratamento favorecido e diferenciado já teria sido observado. Contudo, não sendo permitido o oferecimento desta proposta por preço/percentual de taxa de administração inferior, deve-se garantir, numa interpretação sistemática das normas constitucionais e legais, em especial dos arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal, e o art. 44, *caput*, da Lei Complementar nº123/2006, por sorteio somente entre as EPPs e MEs para que essa preferência de contratação das EPPs e MEs seja efetiva, e não somente nominal.

Nesse sentido, cito precedentes do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. **Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido.**" (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara Cível; Datado Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023 - Destaque nosso).

"Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Licitação. Pregão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Decisão recorrida que indeferiu a tutela de urgência. Irresignação da impetrante. Não acolhimento. Ato impugnado que decorre de previsão legal e que, portanto, deve prevalecer sobre o edital. Decisão mantida. Recurso desprovido” (TJSP; Agravo de Instrumento 2300081-70.2022.8.26.0000; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirandópolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 20/03/2023; Data de Registro: 20/03/2023 - Destaque nosso).

Por fim, consigno que a estreita via do mandado de segurança não comporta discutir se deve ou não ocorrer o reenquadramento da empresa impetrante por possuir receita bruta superior às disposições legais, já que essa matéria deve ser discutida na via própria, prevalecendo nesta impetração o atual *status* da empresa impetrante até eventual alteração pelo órgão ou autoridade administrativa competente.

Posto isso, **CONCEDO A SEGURANÇA** pleiteada por **MEGAVALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** contra ato da **COMISSÃO MUNICIPAL DE PREGÃO da FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS/SP-FEMA** para o fim de **ANULAR** todos os atos da licitação que ocorreram a partir do sorteio impugnado, tendo em vista que não foi respeitado o direito de preferência das MEs e EPPs e para **DETERMINAR** que novo sorteio seja realizado apenas entre as microempresas e empresas de pequeno porte que empataram com a melhor proposta.

Custas na forma da lei.

Sem condenação em honorários, incabíveis na espécie.

Sentença sujeita ao reexame necessário. Decorrido o prazo para eventuais recursos voluntários, remetam-se os autos para reexame necessário ao Tribunal de Justiça de São Paulo, Seção de Direito Público, com nossas homenagens.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ASSIS
FORO DE ASSIS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA FADLO JABUR, Nº 95, Assis - SP - CEP 19800-045
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

P.R.I.C.

Assis, 20 de abril de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Indaiatuba

FORO DE INDAIATUBA

4ª VARA CÍVEL

RUA ADEMAR DE BARROS, 774, INDAIATUBA - SP - CEP 13330-130

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1002139-37.2023.8.26.0248**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **Up Brasil - Administração e Serviços Ltda e outro**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Glauco Costa Leite

Vistos.

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Sr. Pregoeiro **DIMITRI SOUZA CARDOSO e EQUIPE DE APOIO da CÂMARA MUNICIPAL DE INDAIATUBA, requerendo a inclusão de UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA**, para o fim anular o Pregão Presencial nº. 001/2023, Processo Administrativo nº 03/2023, do sorteio em diante. Alega que no dia 16 de fevereiro de 2023 às 08h30, ocorreu sessão pública do certame, para contratar gestão de vale alimentação dos servidores municipais. Narra que ocorreu o credenciamento e a análise de documentos para critério de desempate dos licitantes, visto que todas apresentaram taxa 0%. Na referida sessão o pregoeiro adotou como critério de desempate os requisitos previstos no art. 3º da Lei 8.666/93. Entretanto, deixou de verificar que a impetrante era a única empresa EPP, e como tal possuía preferência na contratação. A despeito disso, por sorteio, a empresa UP BRASIL foi declarada vencedora. Requeru liminar para o fim de suspender a licitação até o julgamento final do presente mandamus.

Instada a fazer prova de sua classificação fiscal e da vencedora, a impetrante apresentou emenda. Trouxe copia de sua ficha cadastral da JUCESP e da vencedora e bem como os próprios balanços patrimoniais (p. 162/163).

A Autoridade coatora compareceu espontaneamente e prestou informações. Diz que quando protocolizada a inicial o procedimento licitatório impugnado já havia se encerrado, eis que: (a) o Termo de Homologação foi publicado na Imprensa Oficial do Município na Edição 2566, de segunda-feira, 17/02/2023; (b) o contrato foi assinado em 27/02/2023; e, por sua vez, (c) a execução contratual iniciou-se em 28/02/2023. Então não há urgência a ensejar concessão de liminar. Assevera que nos moldes do art 45 e seguintes da LC 123/2006 o direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte deve ser assegurado logo após o encerramento da fase de lances, momento no qual a ME/EPP mais bem classificada dentro do intervalo de até 5% superior ao melhor preço poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame. Argumenta que a LC 123/2006, portanto, não permite que o objeto seja adjudicado a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Indaiatuba

FORO DE INDAIATUBA

4ª VARA CÍVEL

RUA ADEMAR DE BARROS, 774, INDAIATUBA - SP - CEP 13330-130

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

ME/EPP por preço superior ou pelo mesmo preço da proposta até então considerada vencedora. Diz que no caso, então, não poderia a impetrante pretender ser declarada vencedora só porque era a única EPP do certame, sem cobrir a melhor proposta. Argumenta que dada a vedação legal de "taxa negativa" para contratação de administração de vale alimentação a oferta mínima aceitável é "taxa zero" e que se todos licitantes oferecem taxa zero e que *"se adotar o entendimento sustentado pela impetrante, todas as demais licitantes participantes que não sejam ME/EPP seriam sumariamente alijadas do certame, de modo que a licitação se transformaria em mero simulacro"*. Arremata dizendo que se todos os licitantes alcançam o patamar mínimo, ou taxa zero, como no caso dos autos, a situação seria de empate real, impossível de ser solucionado pela aplicação do art. 45 da LC 123/06, pois a ME/EPP, por impossibilidade jurídica, não conseguiria cobrir a proposta, pois incorreria em inexecuibilidade (p. 177/195)

A medida liminar foi indeferida (p.212/215).

A UP BRASIL se manifestou (p.225/239). Em preliminar argumentou que a autora carecia de interesse em razão da teoria do fato consumado pela homologação e adjudicação do objeto do certame. No mérito defende que o direito de preferência da Lei Complementar nº 123/06, tem aplicação para situações de empate ficto, ou seja, quando as propostas apresentadas por microempresa ou empresa de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superior à proposta mais bem classificada de modo que não se aplicaria no caso dos autos em que ocorre empate real.

A Câmara Municipal contestou e insistiu na legalidade do certame. Narra que após a publicação do edital nº 01/2023, foi formulado o pedido de esclarecimento nº 05 questionando justamente se, diante da impossibilidade de aceitação de taxa negativa e no provável cenário onde todos os participantes apresentassem proposta de taxa zero, seria considerada margem de preferência à ME/EPP, a resposta da administração foi protocolizada em 06/02/2023, indicando critérios sem qualquer impugnação. Ainda, subsidiariamente nega a existência de direito líquido e certo porque a impetrante encontra-se classificada na sétima colocação no certame além de não ter comprovado que a vencedora por sorteio não atende a ME/EPP, nem as outras cinco empresas que a antecedem na colocação, bem assim sua própria qualidade de ME/EPP, a tanto não bastando balanço (p. 260/273).

A autora se manifestou (p. 281/287) reiterou seu pedido de anulação do sorteio realizado e anulação do ato homologatório e adjudicatório do certame.

O Ministério Público opinou (p.291/295) pelo reconhecimento da carência de ação ante a patente ausência de interesse processual porque "o mandado de segurança foi impetrado em 28 de fevereiro de 2023, após a adjudicação e assinatura do contrato (fls. 201 e 202/209)"

É o relatório.

Fundamento e Decido.

Inicialmente observo que a via eleita revela-se adequada ao fim pretendido, principalmente porque o direito que se diz violado caracteriza-se como líquido e certo, característica esta que se liga, em verdade, à prova que dele se faz.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Indaiatuba

FORO DE INDAIATUBA

4ª VARA CÍVEL

RUA ADEMAR DE BARROS, 774, INDAIATUBA - SP - CEP 13330-130

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Tomamos a expressão no sentido da já bem difundida lição de Hely Lopes Meirelles:

“(…)Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais (...) (Mandado de Segurança, 26º ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 36/37).

Ainda, não socorre os impetrados a tese de inadequação da via eleita por necessidade de instrução probatória.

Eventual concessão da ordem e anulação integral ou parcial do certame não implica em vitória do impetrante na licitação.

Afasto a preliminar de ausência de interesse.

O fato de o objeto da licitação já ter sido adjudicado não obsta questionamento por essa via acerca da legalidade do certame, ainda que o participante do certame não tenha impugnado o ato do ente licitante imediatamente na instância administrativa. Assim, permanece o interesse em ver anulado o ato.

Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE CONSERVAÇÃO, LIMPEZA E MANUTENÇÃO. MUNICÍPIO DE MANAUS-AM. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE EM RAZÃO DA NÃO APRESENTAÇÃO DA DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO DO EXERCÍCIO FINANCEIRO. PERDA DO INTERESSE DE AGIR EM RAZÃO DO CUMPRIMENTO DO SERVIÇO LICITADO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial do STJ, "a superveniente adjudicação não importa na perda de objeto do mandado de segurança, pois se o certame está eivado de nulidades, estas também contaminam a adjudicação e posterior celebração do contrato" (AgRg na SS 2.370/PE, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 23.9.2011).

No mesmo sentido: AgRg no AREsp 141.597/MA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/10/2012; REsp 1.128.271/AM, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25.11.2009; e REsp 1.059.501/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2009. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1223353 AM 2010/0198192-6, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 12/03/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/03/2013).

A segurança deve ser concedida.

Com efeito, a Lei Complementar nº 123/2006 prevê o direito de preferência nas licitações às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Ocorre, porém, que nos termos da referida lei, não há mera "preferência", de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Indaiatuba

FORO DE INDAIATUBA

4ª VARA CÍVEL

RUA ADEMAR DE BARROS, 774, INDAIATUBA - SP - CEP 13330-130

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

modo que após a tomada de preços deve ser oportunizada às ME e EPP cujas propostas não sejam inferiores a 5% do melhor preço, cobrir a proposta vencedora. Senão vejamos:

“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) superior e 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 à da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora .

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. (g.n.)”

Colhe-se da ata de sessão pública p. 48/52 que ocorrendo empate nos lances, seguiu-se para o sorteio.

Entretanto, no caso específico dos autos, também há de se considerar o objeto da licitação, qual seja, fornecimento de vale refeição.

E a Lei Federal nº 14.442/2022 estabelece em seu art. 3º que o empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação não poderá exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado. Eis o teor do texto legal:

*Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá **exigir ou receber**:*

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Indaiatuba

FORO DE INDAIATUBA

4ª VARA CÍVEL

RUA ADEMAR DE BARROS, 774, INDAIATUBA - SP - CEP 13330-130

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados; ou

III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do empregado, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação. (grifei)

Então, pela própria definição do objeto, a concorrência de preço fica prejudicada.

As licitantes não podem oferecer proposta com taxa negativa, ou seja com taxa de administração, e, realmente, como defende a impetrada, não nos parece exequível que a administradora do meio de pagamento ofereça "taxa positiva", o que importaria dizer, que a gestora/licitante "pagasse ao empregador" para operar a folha de pagamento do vale alimentação, já não fosse pela viabilidade financeira pelo próprio intuito do referido dispositivo legal.

Como já explicitado, o artigo transcrito (art. 44 da LC 123/06) prescreve o direito de preferência nos casos chamados "empate ficto" em que é possível à licitante ME/EPP oferecer novo lance, e nisto consiste sua preferência.

No caso específico do "vale alimentação" se está diante de "empate real", em que não haveria meios de a impetrante ME/ EPP apresentar proposta de modo a cobrir a oferta dos demais licitantes, de taxa zero.

Esta exatamente a controvérsia que se coloca: saber se no caso de "empate real" o direito de preferência das ME/EPP fica simplesmente inviável, o que justificaria sua supressão.

Foi o que ocorreu no caso eis para o caso de "empate real" assim resolveu o edital (p.63):

"Havendo eventual empate entre propostas, o critério de desempate será aquele previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, aos serviços:

6.18.1. Prestados por empresas brasileiras;

6.18.2. Prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

6.18.3. 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.

6.19. Persistindo o empate entre propostas, será aplicado o sorteio como critério de desempate."

Embora não exatamente nos mesmos moldes do "empate ficto", porque inviável cobrir proposta, tem-se reconhecido que é possível, e devido, conferir preferência à ME/EPP, conforme colhe-se dos julgados que seguem:

Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Indaiatuba

FORO DE INDAIATUBA

4ª VARA CÍVEL

RUA ADEMAR DE BARROS,774, INDAIATUBA - SP - CEP 13330-130

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido.(TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023)

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." (destaquei)(TJRS; Apelação nº 70076196989 [nº CNJ 0383813-46.2017.8.21.7000]; Relator(a) Miguel Ângelo da Silva; Vigésima Segunda Câmara Cível;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Indaiatuba

FORO DE INDAIATUBA

4ª VARA CÍVEL

RUA ADEMAR DE BARROS, 774, INDAIATUBA - SP - CEP 13330-130

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Comarca de Origem: Nova Prata; Data do Julgamento: 30/05/2018;
Data da Publicação: 06/06/2018.

Preliminar. Perda superveniente do objeto. Inocorrência. Autora que formulou pedido para anulação de licitação. Eventual reconhecimento de vício que alcançará também atos administrativos posteriores. Arguição preliminar desacolhida, portanto. Apelação. Pregão. Pretensão de anulação do processo licitatório. Inadmissibilidade. Vedação ao oferecimento de proposta com taxa de administração negativa que está em conformidade ao artigo 3º, I, da Lei 14.442/2022. Preferência a microempresas e empresas de pequeno porte em hipótese de empate. Inteligência dos artigos 179 da Constituição Federal e 44 da Lei Complementar 123/2006. Logo, recurso improvido (TJSP; Apelação Cível 1008404-40.2022.8.26.0038; Relator (a): Encinas Manfré; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Araras - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/04/2023; Data de Registro: 20/04/2023)

Assim, em nosso sentir, era o caso de se proceder o sorteio somente entre as EPPs e MEs para que a preferência legal de contratação das EPPs e MEs seja respeitada. E neste sentido é que se concede a ordem.

Os critérios de aptidão para usufruir do tratamento diferenciado para ME/EPP continuam sendo aqueles já previstos no item 3.6.4 do edital (p.58)

Ante ao exposto, nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil, **CONCEDO A SEGURANÇA**, para o fim de ANULAR todos os atos da licitação que ocorreram após do sorteio impugnado e para **DETERMINAR, no prazo de 30 dias após o trânsito em julgado**, que novo sorteio seja realizado apenas entre as microempresas e empresas de pequeno porte que empataram com a melhor proposta.

Até então para preservar o interesse público o serviço continua sendo prestado pela vencedora.

Sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da lei 12.016/09.

Decorrido o prazo para o oferecimento de recursos voluntários, encaminhem-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo para o reexame necessário, nos termos do artigo 14, § 1º da Lei do Mandado de Segurança.

A presente sentença serve de ofício/mandado à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada, por cópia, nos termos do artigo 13 da Lei 12.016/2009.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

P.I.C.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Indaiatuba

FORO DE INDAIATUBA

4ª VARA CÍVEL

RUA ADEMAR DE BARROS,774, INDAIATUBA - SP - CEP 13330-130

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às17h00min

Indaiatuba, 23 de abril de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE NOVO HORIZONTE

FORO DE NOVO HORIZONTE

2ª VARA

Rua São Sebastião, 779 - Novo Horizonte-SP - CEP 14960-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

DECISÃO

Processo Digital nº: **1000654-43.2023.8.26.0396**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Documento de Origem: **Tipo de Documento dos Dados da Delegacia << Informação indisponível >> - Número Doc. e Dist. Pol. dos Dados da Delegacia << Informação indisponível >>**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **Verocheque Refeições Ltda e outro**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **MARCOS VINICIUS KRAUSE BIERHALZ**

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por **Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda.** em desfavor do ato do pregoeiro **Antônio Brito Mantovani** e do **Município de Novo Horizonte/SP**. Alega, em síntese, o ente federado impetrado deflagrou processo licitatório para a contratação de serviços de emissão, utilização e administração de cartão de alimentação e que todos os licitantes apresentaram proposta com taxa de 0%, o que impossibilitou a fase de lances. Aduz que ante o empate, foi realizado sorteio, em inobservância às prerrogativas das empresas de pequeno porte previstas na LC 123/06. Requer, liminarmente, a suspensão do procedimento licitatório.

É o breve relato. Fundamento e decido.

Fundamento e decido.

À toda evidência, a concessão da tutela antecipada de urgência, nos termos do art. 300 do CPC, depende do fornecimento, pela parte, de elementos que evidenciem a probabilidade do seu direito, assim como o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, sem olvidar da reversibilidade do provimento. Noutras linhas, é imperiosa a demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

No caso, tais requisitos estão presentes.

Com efeito, o tratamento favorecido das empresas de pequeno porte encontra respaldo constitucional (art. 170, IX, da CF), ao passo que o art. 44 da LC 123/06 prevê expressa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE NOVO HORIZONTE
FORO DE NOVO HORIZONTE
2ª VARA
 Rua São Sebastião, 779 - Novo Horizonte-SP - CEP 14960-000
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

preferência de contratação em caso de empate em processo licitatório.

Ocorre que, no caso em testilha, em vista do empate de todas as licitantes, houve sorteio entre elas, e não somente entre as microempresas e empresas de pequeno porte, as quais, diante do empate inafastável, teria, ao menos em tese, preferência.

Nesse ponto, deve se destacar que a preferência multicitada deve ser utilizada antes do critério de desempate geral, o que se coaduna com comando constitucional de tratamento diferenciado, mas que não foi observado no processo em questão. Veja-se, a propósito, a lição de José dos Santos Carvalho Filho, que de maneira cristalina afirma a incidência do direito de preferência das empresas de pequeno porte antes de eventual sorteio:

Outra inovação da lei é o critério de desempate. O Critério geral de desempate é o sorteio em ato público, como estabelece o art. 45, § 2º, do Estatuto das Licitações. Na LC nº 123, porém, o critério recai na preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Tratando-se de critério legal, dispensável se torna sua previsão no edital. A preferência decorre de empate entre uma dessas empresas e outra (ou outras) que não tenha a mesma qualificação jurídica. Por outro lado, se o empate se der entre duas dessas empresas, o critério não pode ser adotado, tendo-se, que recorrer ao critério geral previsto na Lei nº 8.666/1993.¹

Logo, em sede de cognição sumária, presente a probabilidade do direito.

Lado outro, o perigo da demora é inerente ao objeto e decorre do risco de contratação pública eivada de nulidade, com desperdício de recursos públicos em futuras indenizações e prejuízo aos servidores, que por mais tempo vão ficar sem o serviço contratado.

Ainda, anote-se que a medida é reversível.

Assim sendo, **DEFIRO** a liminar para **SUSPENDER** o processo licitatório em questão.

Notifiquem-se para prestar as informações no prazo de 10 (dez) dias, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei 12.016/2009, dando-se ciência à Fazenda municipal, nos termos do inciso II, do referido dispositivo.

Após, com ou sem as informações, ao Ministério Público, e conclusos para sentença

P. I. C.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed., pp. 332/333.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE NOVO HORIZONTE
FORO DE NOVO HORIZONTE
2ª VARA
Rua São Sebastião, 779 - Novo Horizonte-SP - CEP 14960-000
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Novo Horizonte, 17 de abril de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Descalvado

FORO DE DESCALVADO

1ª VARA

PRAÇA DR. LUCIANO ESTEVES, S/Nº, DESCALVADO - SP - CEP
13690-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1000042-37.2023.8.26.0160**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **Câmara Municipal de Descalvado e outro**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Rodrigo Carlos Alves de Melo

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por **Megavale Administradora de Cartões e Serviços LTDA** contra ato de **Argeu Donizetti Reschini, Presidente da Câmara do Município de Descalvado** em benefício de **Verocheque Refeições LTDA**. Relatou que a Câmara do Município local realizou tomada de preço nº 03/2022, autorizada no processo administrativo nº 45/2022, para o fim de contratar pessoa jurídica especializada em administração de pagamentos de valores de auxílio-alimentação por meio de cartão magnético. Relatou que tomou parte da licitação na qualidade de empresa de pequeno porte e declarou que está dispensada da contratação de PCD, a despeito de manter contrato com PCD. Relatou que a requerida Verocheque Refeições LTDA foi declarada vencedora em 03/01/2023, ato contra o qual apresentou recurso, posteriormente rejeitado pela autoridade coatora. Relatou que o ato é contrário ao edital e ao critério de desempate previsto nos artigos 44 e 45 da lei complementar nº 123/06, porém foi mantido pelo coator sob os argumentos de que a preferência legal não seria automática e de que a preferência dependeria de proposta de preço efetivamente inferior, o que não teria ocorrido no caso, permanecendo o empate absoluto entre as licitantes diante da apresentação de taxa de administração de 0% por ambas. Relatou que foi decidido pela inaplicabilidade do empate ficto diante de empate absoluto, procedendo ao sorteio entre as licitantes empatadas, sem aplicação do critério do art. 3º, §2º, V, da lei 8.666/93, com fundamento no fato de que as licitantes estavam desobrigadas à reserva de vagas para PCD. Relatou que apenas microempresa e empresa de pequeno porte poderiam participar do sorteio e que a vencedora não ostenta um ou outra qualidade. Relatou que é contratante de PCD. Relatou que o ato coator vulnerou os itens 6.9, 6.9.1, 6.9.4 do edital e que o direito de preferência de microempresas e empresas de pequeno porte prevalece seja o impacto ficto ou real e que a distinção feriu direito líquido e certo. Relatou que o sorteio deve ser anulado e realizado outro, porém somente entre microempresas e empresas de pequeno porte. Postulou liminar para suspensão da licitação. Postulou, ao final, anular o sorteio e os atos subsequentes, com determinação de realização de novo sorteio.

Liminar concedida às fls. 148/149 para suspender a licitação.

Informações prestadas às fls. 158/169. A autoridade impetrada confirmou a realização da licitação e que somente a impetrante e a correquerida foram habilitadas, sendo que uma terceira licitante foi inabilitada por falta de documentos. Relatou que, na fase de julgamento, impetrante e correquerida apresentaram propostas de 0% a título de taxa de administração, como exigido no edital, razão pela qual foi aplicado o critério de desempate previsto no art. 3º, §2º da lei 8.666/93. Relatou que ambas se declararam desobrigadas à contratação de PCD, embora a impetrante tivesse comprovado a contratação de um único PCD. Relatou que a ausência de obrigação de contratação de PCD fez a Comissão afastar a aplicação do critério do art. 3º, §2º, V, da lei 8.666/93. Relatou que também era incabível a aplicação dos artigos 44 e 45 da lei



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Descalvado

FORO DE DESCALVADO

1ª VARA

PRAÇA DR. LUCIANO ESTEVES, S/Nº, DESCALVADO - SP - CEP
13690-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

complementar 123/2006 porque o benefício legal não é automático, incondicionado e absoluto, somente pela qualidade jurídico-tributária da empresa, dependendo de efetiva proposta mais vantajosa, o que não ocorreu diante do empate real. Relatou que, diante do empate real, procedeu ao desempate por meio de sorteio, conforme nota técnica do Instituto Gamma de Assessoria a Órgãos Públicos.

Em contestação, às fls. 177/202, **Verocheque Refeições LTDA** relatou que é necessária a extinção por ausência de direito líquido e certo e prova pré-constituída, bem como pela inadequação da via eleita. Relatou que a conduta da impetrante se dá para tumultuar o certame licitatório e que os fatos demandam dilação probatória. Relatou que o sorteio para o caso de empate está previsto no item 6.8 do edital. Relatou que não é correto promover o sorteio apenas entre microempresas e empresas de pequeno porte, devendo ser levadas todas as empatadas ao sorteio. Relatou que o benefício dos artigos 44 e 45 da lei complementar 123/06 não é automático e que a preferência está relacionada à possibilidade de novos lances, o que não poderia ter ocorrido no caso concreto porque a taxa de administração não pode ser inferior a zero por disposição legal. Relatou que somente com efetiva proposta mais vantajosa é que o objeto poderia ser adjudicado à impetrante. Relatou que a exclusividade de contratação de microempresa e empresa de pequeno porte é para licitações de valor máximo de R\$80.000,00. Relatou que não está obrigada a contratar PCD porque não tem mais de cem empregados e que referido critério somente pode ser utilizado para o desempate em caso da existência de obrigação respectiva. Relatou que a impetrante ostenta receita bruta superior ao limite legal e não está enquadrada como empresa de pequeno porte.

Manifestação da impetrante às fls. 256/264 e 288/294.

Manifestação da impetrada às fls. 275/283.

Parecer do Ministério Público às fls. 314/315 pela anulação do ato atacado.

É o breve relatório.

Fundamento e decido.

Trata-se de mandado de segurança, remédio constitucional que se presta para proteção de direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pelo ato ilegal ou eivado de abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX, CF).

A impetração deve ser realizada na pessoa da autoridade coatora e o prazo para fazê-lo é decadencial, de 120 dias, contados da ciência do ato, nos termos do art. 23 da lei 12.016/2009. No caso de omissão da autoridade, o prazo se renova continuamente, o que impede a decadência.

No caso dos autos, a impetração se deu dentro do prazo legal (18/01/2023), considerado que o ato atacado foi praticado em 03/01/2023 (fls. 96/99).

Em prosseguimento, cabe verificar se o ato atacado é ilegal ou contém abuso de autoridade e se houve vulneração de direito líquido e certo porquanto suficientes os documentos trazidos aos autos, sendo desnecessária dilação probatória, reputada adequada a via eleita para solução jurídica da pretensão.

As controvérsias são sobre a possibilidade jurídica de distinção entre empate ficto e empate real para fins de aplicação do direito de preferência de empresa de pequeno porte estatuído na lei complementar federal nº 123/2006 e sobre o critério ou o procedimento para o desempate constatado no certame.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Descalvado

FORO DE DESCALVADO

1ª VARA

PRAÇA DR. LUCIANO ESTEVES, S/Nº, DESCALVADO - SP - CEP
13690-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

A impetrante exibiu: edital e anexos (fls. 62/95), deliberação sobre o vencedor (fls. 96/99), recurso administrativo e decisão (fls. 100/110 e 111/122), orientação técnica (fls. 123/128), demonstrações econômicas (fls. 265/270) e atestados (fls. 295/307).

Esse é o panorama dos autos.

O *caput* do art. 44 da lei 123/2006 positivou a preferência para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte pelo Poder Público no âmbito licitatório.

O instituto veio para cumprimento do disposto no art. 170, IX, c.c. art. 179 da CF/88 e para realização dos objetivos indicados na lei geral de licitações, vide art. 3º, §14 c.c. art. 5-A da lei 8.666/93.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” Constituição Federal.

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” Constituição Federal.

“Art. 3º Omissis

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.” Lei 8.666/93.

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.” Lei complementar 123/2006.

Essa preferência de contratação é reservada para o caso de empate, situação que não se confunde com o inadequadamente denominado “empate ficto”, positivado no art. 44, §§1º e 2º, da lei complementar nº 123/2006, ou com o procedimento para solução do “empate ficto”, positivado no art. 45 da lei referida.

Explica-se.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Descalvado

FORO DE DESCALVADO

1ª VARA

PRAÇA DR. LUCIANO ESTEVES, S/Nº, DESCALVADO - SP - CEP
13690-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

O “empate ficto” foi criado com objetivo de permitir ao licitante de menor porte econômico (microempresas e empresas de pequeno porte) uma segunda oportunidade para oferecer, dentro do procedimento da licitação, proposta mais vantajosa para a administração pública em comparação com a proposta mais bem classificada e oferecida pelo licitante de maior porte econômico.

Em outras palavras, o “empate ficto” constitui-se juridicamente em *incidente procedimental* que permite às microempresas e às empresas de pequeno porte a readequação da proposta original para reajustá-la economicamente, garantindo-lhes posição material de vantagem na disputa suficiente para lhes oportunizar a real e concreta possibilidade de vencer o certame, a despeito do grande poder econômico do adversário.

Confirma sua natureza jurídica de incidente o fato de que sua operacionalização se dá como fase do procedimento licitatório, a saber: somente após o julgamento das propostas (momento em que elas deixam de ser sigilosas) e após a divulgação do conteúdo econômico da proposta que, produzida pelo licitante de maior porte econômico, foi considerada a mais bem classificada.

Após o julgamento e classificação das propostas, o responsável pela licitação verificará qual é a vencedora, se a vencedora é pessoa de maior porte econômico e, caso existam, quais microempresas ou empresas de pequeno porte se situam na zona do “empate ficto”. Então, esse responsável irá lhes dar ciência do conteúdo econômico da melhor proposta e irá lhes permitir o reajuste da própria proposta, o que, em termos comuns, é conhecido por “cobrir a oferta”.

Desse modo, para operacionalizar o incidente de “empate ficto” e permitir o exercício do direito de readequação econômica da proposta por parte de microempresa ou empresa de pequeno porte, deve-se verificar cumulativamente:

1) a existência de licitantes com qualificações jurídico-tributárias mistas, aqui compreendida a existência simultânea de licitantes qualificadas como microempresa ou empresa de pequeno porte e as demais que assim não se qualifiquem; e

2) a existência de uma situação denominada de “*empate ficto*” no conteúdo econômico da proposta dos licitantes qualificados como microempresa ou empresa de pequeno porte em comparação com o conteúdo econômico da proposta de licitante de maior porte econômico mais bem classificada.

Ausente um ou outro, não se realiza o incidente.

Em sede de incidente de “empate ficto”, somente poderá ser adjudicado o objeto da licitação à empresa de pequeno porte ou ao microempresário se ele efetivamente realizar o oferecimento de proposta ainda mais vantajosa.

Essa exigência não se repete no simples empate.

Com efeito, a solução do empate não requer modificação do conteúdo econômico da proposta, mas a mera eleição de uma das propostas por meio da aplicação de um critério de desempate.

Logo, “empate ficto” e empate não são situações jurídicas equivalentes nem contrapostas, motivos pelos quais merecem diferentes tratamentos jurídicos, como efetivamente fez a legislação.

O art. 45 da lei complementar referida apenas se presta a esmiuçar em detalhes



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Descalvado

FORO DE DESCALVADO

1ª VARA

PRAÇA DR. LUCIANO ESTEVES, S/Nº, DESCALVADO - SP - CEP
13690-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

como se dá o procedimento adotado no incidente de solução do “empate ficto”.

Cabe registrar, por fim, que não é por outra razão que o *caput* do art. 44 da lei complementar 123/2006 é expresso em estabelecer a qualificação jurídico-tributária como “critério de desempate”, enquanto seus parágrafos desenharam o conceito do que é entendido por “empate”, aqui adjetivado de “ficto”.

A conclusão demanda a atenta leitura dos textos legais e o seu cotejo aos mencionados objetivos descritos no art. 3º, §14 c.c. art. 5-A da lei 8.666/93 e aos princípios regentes constantes dos art. 170, XI, c.c. art. 179 da CF/88, procedimento interpretativo que permite visualizar as situações como independentes e diversas, inconfundíveis, portanto.

“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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Descalvado

FORO DE DESCALVADO

1ª VARA

PRAÇA DR. LUCIANO ESTEVES, S/Nº, DESCALVADO - SP - CEP
13690-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

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."

Logo, no âmbito de licitação com pessoas jurídicas de qualificações mistas, o critério de solução a ser verificado em primeiro lugar, para o caso de empate, com propostas de idêntico teor econômico, é aquele que prestigia a contratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, nos termos do art. 44, *caput*, da lei complementar 123/2006.

A despeito da confusão de conceitos e da incompreensão das diferenças dos institutos, houve adequada previsão no edital (item 6.9).

Logo, para esta situação de empate, não deve ser realizado sorteio e não se aplicam os critérios descritos no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93.

Lado outro, inexistente microempresa ou empresa de pequeno porte, ou se o empate se der somente entre microempresa ou empresa de pequeno porte, adotam-se os critérios descritos no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93, sem modificação do conteúdo econômico das propostas, ou, caso a solução não venha por meio deles, faz-se o sorteio, o que também está previsto em edital (itens 6.8 e 6.10).

"6.8. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no parágrafo segundo do artigo terceiro, da lei federal n.º 8.666/93, a classificação se fará por sorteio, em ato público, para o qual todos os Licitantes serão convocados."

"6.9. Se houver empate, será assegurado, também, o exercício do direito de preferência as licitantes enquadradas como ME (Microempresa) ou EPP (Empresa de Pequeno Porte), conforme art. 44, Lei Complementar n.º 123 de 14 de dezembro de 2.006, nos seguintes termos:"

"6.10. Em caso de empate de preços, entre duas ou mais propostas apresentadas por licitantes não enquadradas como ME (Microempresas) ou EPP (Empresas de Pequeno Porte), e depois de obedecido ao disposto no §2º, do art. 3º, da Lei Federal n.º 8.666/93, a classificação far-se-á por sorteio, em ato público, para o qual os licitantes serão convocados, nos moldes do §2º, do art. 45, da aludida lei."

Para esta situação, uma das propostas é eleita vencedora somente pela aplicação do critério de desempate ou pela realização do sorteio, cabendo aqui o registro de que o parâmetro para desempate previsto no art. 3º, §2º, inciso V, da lei 8.666/93 somente poderia ser invocado para escolha do licitante efetivamente obrigado à reserva de posições para pessoas com deficiência.

Não bastaria a mera contratação de pessoa com deficiência.

Sem prejuízo, no âmbito de licitação com pessoas jurídicas de qualificações mistas, a existência de situação de "empate ficto", nos termos conceituados no art. 44, §§1º e 2º, da lei complementar 123/2006, determina a operacionalização/instauração do incidente de retificação/readequação do conteúdo econômico das propostas que se encontrem nessa condição,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Descalvado

FORO DE DESCALVADO

1ª VARA

PRAÇA DR. LUCIANO ESTEVES, S/Nº, DESCALVADO - SP - CEP
13690-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

conforme previsto no art. 45 da referida lei e nos itens 6.9.1 e seguintes do edital (vide fls. 69 e 70).

Inexistente microempresa ou empresa de pequeno porte, não é possível o incidente de “empate ficto”.

Por fim, cabe o registro que não há antinomia entre os critérios de desempate apontados no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93 e o critério previsto no art. 44, *caput*, da lei complementar 123/2006. Este último precede os primeiros se houver empate entre licitantes de qualificações jurídico-tributárias diversas, conclusão que é extraída dos termos do art. 3º, §14, c.c. art. 5-A da lei 8.666/93, tudo com esteio no art. 170, IX, c.c. art. 179 da CF/88.

É nesse sentido recente decisão adotada pelo TJ/SP em caso envolvendo as mesmas partes desse feito, porém em sede de licitação realizada com o mesmo objeto no Município de Votuporanga.

Confira-se:

"Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023)"

A conclusão é de que a realização do sorteio se deu divorciada das disposições legais e editalícias, ferindo direito líquido e certo da impetrante, empresa de pequeno porte, no aspecto da adequada aplicação dos critérios de desempate. Logo, o ato de fls. 96/99 fica anulado e, por consequência, todos os demais que dele decorreram.

Registro, por fim, que a requerida não exibiu mínimo indício, por meio de prova idônea e pré-constituída, que revele incompatibilidade do porte econômico da impetrante, sendo incabível dilação probatória nessa via.

Ante o exposto, **CONCEDO** a segurança para reconhecer a nulidade do ato atacado, materializado no documento de de fls. 96/99, para determinar a invalidação de todos os demais que dele decorrem. **JULGO EXTINTO** o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I do CPC.

A liminar concedida fica confirmada.

Custas na forma da lei.

Incabíveis os honorários advocatícios na espécie (art. 25, L. 12.016/09).

Em caso de recurso, ouça-se a parte contrária e remetam-se os autos à Instância Superior.

Com o trânsito em julgado, sem recurso das partes, remetam-se os autos ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de Descalvado

FORO DE DESCALVADO

1ª VARA

PRAÇA DR. LUCIANO ESTEVES, S/Nº, DESCALVADO - SP - CEP
13690-000

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Tribunal para revisão, nos termos do art. 14, §1º, da lei 12.016/09, com as nossas homenagens.

Publique-se. Intimem-se.

Descalvado, 12 de abril de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

Autos nº 1002766-40.2023.8.26.0604

MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Meritíssimo(a) Juiz(íza),

Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda contra ato praticado pela pregoeira municipal no bojo do procedimento licitatório nº 98/2022, pregão presencial, que não teria reconhecido em favor da impetrante os benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/2006.

Alega, em apertada síntese, que é empresa de pequeno porte e que o objeto do certame lhe deveria ter sido adjudicado em razão do empate verificado entre os licitantes na fase das propostas.

Em razão disso, busca provimento liminar para suspender os trâmites do procedimento licitatório, evitando-se a adjudicação do objeto licitado à empresa vencedora até o término do presente *writ*.

Juntou documentos.

Eis o relatório do necessário.

Amparado na Lei nº 12.016/2009, busca o impetrante provimento liminar para suspender os trâmites do procedimento licitatório até o julgamento definitivo deste *writ*.

A medida liminar é provimento de urgência admitido pela própria Lei do Mandado de Segurança “quando houver fundamento

relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida” (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009).

Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade de ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 35ª ed., Malheiros, 2013, p. 93).

No presente caso, em análise perfunctória, típica desta etapa processual, acerca dos argumentos apresentados e documentos carreados aos autos, entendo presentes os requisitos legais exigidos para a concessão da ordem liminar.

Vale dizer que há documentos que comprovam a qualidade de empresa de pequeno porte da impetrante e que a autoridade dita coatora não aplicou, em tese, a regra prevista no art. 44 e seguintes da Lei Complementar nº 123/2006, ou seja, a regra que confere preferência de contratação para microempresas e/ou empresas de pequeno porte no caso de empate.

Por tais motivos, reputo prudente a concessão de ordem liminar para suspender os trâmites do procedimento licitatório, pregão presencial nº 098/2022, a fim de que a autoridade coatora apresente as informações necessárias.

Sumaré, data certificada digitalmente.

Pérsio Ricardo Perrella Scarabel
PROMOTOR DE JUSTIÇA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE AMÉRICO BRASILIENSE

FORO DE AMÉRICO BRASILIENSE

2ª VARA

Rua Dom Pedro II, 65, ., Centro - CEP 14820-000, Fone: (16) 3392-1110,
Americo Brasiliense-SP - E-mail: americo2@tjstj.us.br

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

DECISÃO

Processo Digital nº: **1002223-17.2022.8.26.0040**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **Verocheque Refeições Ltda e outro**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Ana Paula Comini Sinatura Asturiano**

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, contra ato praticado pela Comissão Municipal de Pregão da Prefeitura Municipal de Motuca-SP, desta Comarca, em litisconsórcio com a pessoa jurídica VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.

Em apertada síntese, alega o impetrante que em relação ao procedimento licitatório do Município impetrado, na modalidade Pregão Presencial n.º 25/2022, Processo Licitatório n.º 46/2022, ocorreu o descumprimento do item IX, procedimento e julgamento – item 9.9, ante a inobservância dos artigos 42 a 45 da Lei Complementar 123/2006, tendo em vista que as empresas ME e EPP possuem direito de preferência no sorteio, o que não foi observado.

Ademais, alega que foi interposto recurso administrativo, o qual veio a ser inadmitido, sob a alegação de intempestividade. Combateu a referida decisão diante da ausência de fundamentação. Juntou os documentos necessários a embasar os seus argumentos (fls. 27/129).

O Ministério Público, em fls. 133/134, opinou pela concessão da segurança pretendida.

É o relatório. Fundamento e decido.

O pedido liminar deve ser deferido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE AMÉRICO BRASILIENSE

FORO DE AMÉRICO BRASILIENSE

2ª VARA

Rua Dom Pedro II, 65, ., Centro - CEP 14820-000, Fone: (16) 3392-1110,
Americo Brasiliense-SP - E-mail: americo2@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Num juízo de cognição sumária, verifica-se dos argumentos apresentados pelo impetrante, do conteúdo do edital do pregão, e da documentação anexada, indícios de ilegalidade no referido certame, que atingem os princípios norteadores das licitações públicas, sendo saudável a suspensão imediata e provisória do ato ora impugnado.

Os relatos do impetrante e a documentação coligida demonstram a presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da segurança ora pleiteada. Vislumbra-se que o direito de preferência no sorteio às empresas ME e EPP não teria sido respeitado, contrariando a determinação legal que rege o certame. Além disso, a intempestividade recursal não ficou inequivocamente demonstrada, o que sugere um exame mais aprofundado da matéria. De outro lado, a urgência da pretensão evidencia-se pelo risco de homologação da licitação viciada e uma contratação ilegal pelo ente público envolvido. Assim, a situação narrada autoriza a concessão da tutela de urgência para suspensão da realização ou da homologação do certame.

Desta forma, **concedo liminarmente a segurança** com o fim de suspender o Pregão Presencial sob nº 25/2022, Processo Licitatório nº 46/2022, da Prefeitura Municipal de Motuca-SP, até ulterior decisão deste juízo. De acordo com os arts. 7.º e 12, da Lei nº 12.016/09, notifiquem-se a autoridade coatora bem como a empresa litisconsorte passivo, juntamente com o conteúdo da inicial, fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações. Dê ciência do feito à pessoa jurídica interessada, para que, querendo, ingresse no feito, conforme art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/09. Fica deferido desde logo, caso pleiteie, o ingresso da pessoa jurídica de direito público interessada, devendo o cartório, de imediato, anotar no sistema e distribuição, sem a necessidade de fazer conclusão para tal ato.

Após, o prazo para prestar informações (10 dias), abra-se vista ao representante do Ministério Público.

Notifique-se o Município de Motuca-SP, pelo Portal Eletrônico. Notifique-se a litisconsorte passiva por Mandado.

Serve o presente como MANDADO e OFÍCIO (este poderá ser encaminhado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE AMÉRICO BRASILIENSE

FORO DE AMÉRICO BRASILIENSE

2ª VARA

Rua Dom Pedro II, 65, ., Centro - CEP 14820-000, Fone: (16) 3392-1110,
Americo Brasiliense-SP - E-mail: americo2@tjssp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

diretamente pelo Impetrante aos Impetrados, comprovando-se nos autos).

Dê-se ciência ao Ministério Público.

Intime-se.

Americo Brasiliense, 11 de janeiro de 2023.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE AMÉRICO BRASILIENSE
FORO DE AMÉRICO BRASILIENSE
2ª VARA
RUA DOM PEDRO II, 65, Americo Brasiliense-SP - CEP 14820-000
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

MANDADO – FOLHA DE ROSTO- Processo Digital

Processo Digital nº: **1002223-17.2022.8.26.0040**
 Classe – Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **MUNICIPIO DE MOTUCA e outro**
 Valor da Causa: **R\$ 1.000,00**
 Nº do Mandado: **040.2023/000055-6**

Tramitação prioritária
 Diligência do juízo

Mandado expedido em relação ao (a):

Impetrado: VEROCHQUE REFEIÇÕES LTDA, CNPJ 06344497000141, com endereço à Presidente Vargas, 2001, Conj. 174, Jardim Santa Angela, CEP 14020-525, Ribeirão Preto - SP

Nome do(a) Juiz(a) de Direito: Ana Paula Comini Sinatura Asturiano

ADVERTÊNCIA: 1. PROCESSO DIGITAL: A íntegra do processo (petição inicial, documentos e decisões) poderá ser visualizada na internet, sendo considerada vista pessoal (art. 9º, § 1º, da Lei Federal nº 11.419/2006) que desobriga a anexação. Para visualização, acesse o site www.tjsp.jus.br, informe o número do processo e a senha **Senha de acesso da pessoa selecionada**. Petições, procurações, defesas etc, devem ser trazidos ao Juízo por peticionamento eletrônico. **2. PROCESSO FÍSICO:** A senha do processo possibilita a visualização das peças produzidas na Unidade Judicial.

Americo Brasiliense, 11 de janeiro de 2023.

04020230000556