

**AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CONSÓRCIO
INTERMUNICIPAL DE SAÚDE DA REDE DE URGÊNCIA CENTRO SUL –
CISRU - MG**

**PROCESSO LICITATÓRIO Nº 039/2023
PREGÃO PRESENCIAL Nº 04/2023
EDITAL Nº 014/2023**

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

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da r. decisão, proferida pelo pregoeiro no Edital do Pregão Eletrônico nº 009/2023, que não analisou os critérios de desempate da Lei 8666/93 das empresas participantes.

Desta feita, requer seja o presente recurso admitido e remetido para julgamento, com as anexas razões.

Nestes termos,
pede deferimento.

Vitória/ES, 15 de junho de 2023.

Flávia Rodrigues do Nascimento
Advogado - OAB/ES 37.594

I. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O presente recurso é tempestivo na medida em que a intenção de interposição foi manifestada no dia 13/06/2023, quando foi aberto o prazo de 03 (três) dias úteis para registro das razões recursais, razão pela qual se encontra preenchido o requisito de admissibilidade e conhecimento da peça de irresignação.

II. DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1 – DA APLICAÇÃO INDEVIDA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA EM CASO DE EMPATE REAL – IMPOSSIBILIDADE DE NOVOS LANCES

No dia 13/06/2023, ocorreu a Sessão Pública, referente ao pregão presencial nº 04/2023, promovida por este Órgão, cujo objeto é *“contratação de empresa especializada para prestação de serviços de gerenciamento e fornecimento de benefício auxílio alimentação e/ou refeição, na forma de créditos em cartão eletrônico com chip de segurança para os empregados públicos do Consórcio Intermunicipal de Saúde da Rede de Urgência Centro Sul – CISRU - Centro Sul.”*.

Aberta à Sessão e iniciada à etapa de credenciamento, constatou-se a presença de 09 (nove) empresas dentre elas, duas consideradas ME/EPP.

Ato contínuo, procedeu-se a abertura dos envelopes contendo as propostas onde restou consignado que todas apresentavam o mesmo valor correspondente a taxa de administração: 0,00% (zero por cento).

Outrossim, o caso concreto apresenta peculiaridades, haja vista que para seleção da melhor proposta foi adotado como critério de julgamento seria o menor preço, considerando a menor taxa de administração, sendo vedado a oferta de percentuais negativos.

Ante a imposição acima, a etapa de lances torna-se prejudicada, porquanto não seria possível que os concorrentes reduzissem o valor inicial proposto visto que aquele valor já era o menor possível admitido pelo órgão.

Ocorre que fora aplicado de forma equivocada os preceitos de desempate previstos nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, na medida em que em houve empate entre as propostas, não seguido de lance, e o pregoeiro valeu-se dos benefícios conferidos por esses dispositivos legais para determinar o vencedor do certame

Assim, analisou os critérios de desempate previstos no art. 3º, §2º da Lei 8.666/93 apenas das empresas ME/EPP, sendo a empresa MEGA VALE declarada vencedora por cumprir todos os requisitos. Posteriormente, foram sorteadas as demais empresas.

Inicialmente é preciso distinguir as formas de empate previstas em lei, sobretudo, na Lei Complementar nº 123/06, visto que a problemática do caso concreto reside na interpretação equivocada desta.

A Lei 8.666/93 traz em seu art. 3º, §2º a forma como deve ser realizado o desempate nos casos em que as licitantes apresentem igualdade de condições, e, não sendo o procedimento previsto neste dispositivo legal suficiente para determinar o vencedor do certame, o desfecho ocorrerá por meio de sorteio conforme preconizado pelo art. 45, §3º deste mesmo diploma legal. *Verbis*:

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

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

II - Produzidos no País;

III - Produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - Produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

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

[...]

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

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

Corroborado com o exposto acima, tem-se que a condição de igualdade entre os licitantes era evidente na medida em que todos ingressaram com a menor taxa de administração admitida no percentual de 0,00%, e uma vez que foi vedado a oferta de taxa negativa, este percentual se manteria preservado durante todo processo licitatório.

Conforme consignado em ata, nenhuma empresa apresentou oferta de lances mantendo o mesmo preço ofertado inicialmente ao final da etapa de lances. Devendo assim ser aplicado os critérios de desempate do art. 3º, §2º da Lei 8.666/93, para **TODOS OS LICITANTES**, não apenas para as empresas ME/EPP, como foi no caso, restando assim, eivado de nulidade.

Contudo, não foi essa medida adotada pelo Sr. Pregoeiro.

O que ocorreu após a verificação da situação de igualdade, trouxe para o certame hipótese de aplicação do direito de preferência as ME/EPP **sem que houvesse fato gerador para tanto**, notadamente pelo fato de a definição de empate prevista no art. 44, § 1º, e desempate, na forma do art. 45, inciso I, ocorre com o exercício do direito das microempresas ou empresas de pequeno porte de apresentarem **uma nova proposta com melhor oferta em relação à da vencedora do certame ou àquela que ensejou o empate**.

É exatamente a literalidade do art. 44 e 45 da LC 123/06, transfixada no instrumento convocatório. 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) 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*.

Nesse sentido, não houve fato gerador para que aplicação do direito de preferência para ME/EPP.

Corroborado com tal entendimento, foi **proferida decisão nos autos do Processo nº 1001089-27.2023.8.26.0619**, mandado de segurança impetrado pela empresa Verocheque onde foi **denegada a segurança**, adotando os seguintes fundamentos, aos quais, respeitosamente, são transcritos abaixo:

“A definição de empate está prevista no art. 44, § 1º, supra reproduzido, sendo que o desempate, na forma do art. 45, inciso I, ocorre com o exercício do direito das microempresas ou empresas de pequeno porte de apresentarem uma nova proposta com melhor oferta em relação à da vencedora do certame ou àquela que ensejou o empate.

Tal procedimento beneficia tanto a EPP/ME que possui condições de melhorar os preços ofertados e garantir a contratação, quanto a Administração que receberia condições mais favoráveis para o serviço, devendo a regra ser interpretada sob a perspectiva da supremacia do interesse público.

Portanto, a vitória no certame por parte da EPP/ME não é uma consequência automática, como sugere o impetrante, mas dependeria da apresentação de uma proposta mais vantajosa para fins de desempate.

Considerando que o edital proíbe a apresentação de propostas com valores superiores ou inferiores à taxa de administração de 0%, cuja finalidade é de desonerar o usuário do serviço, não se constatando nesta fase a abusividade pelos motivos invocados, entendendo ausentes, os elementos previstos no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, para fins de suspensão ou anulação do suposto ato coator.

Ao adotar-se entendimento diverso, com preferência automática às empresas EPP e ME, bastaria a participação de tais pessoas jurídicas naquelas condições para que se eliminasse a possibilidade de disputa e vitória das demais empresas, restringindo-se ou eliminando indevidamente o caráter competitivo do certame”. (Grifos nossos)

Apresenta-se ainda a **relevante parecer jurídico exarado nos autos do mandado de segurança nº 1002401-75.2023.8.26.0445**, trazendo importantes considerações e elucidações acerca da distinção entre empate real e empate ficto, sendo que, apenas neste último, conferir-se-á o tratamento diferenciado as ME/EPP. Vejamos:

“1. Pelo que se vê da inicial, aliada aos documentos que a instruem, acerca dos trâmites havidos no Pregão Eletrônico nº 01/2023, Processo Administrativo nº 24/2023, em curso na Câmara Municipal de Pindamonhangaba, e sem ingressarmos, propriamente, no mérito do mandamus, é de se ver que, de fato,

houve **empate real** entre os licitantes (e não empate ficto, que é hipótese diversa), conforme se confere do teor das fls. 142.

E, diante do empate real materializado naquele certame, entendeu por bem o Senhor Pregoeiro proceder a simples sorteio entre todos os licitantes, disso resultando vencedora a empresa **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.**

Interposto recurso administrativo pela impetrante, foi ele indeferido, isso com escoro no parecer jurídico nº 148/2023 (fls. 146/148), de onde se extrai o seguinte, in verbis:

“(…) O recurso da empresa Megavale merece ser analisado com atenção neste parecer, pois alega que por ser a única ME/EPP, teria que ter sido declarada vencedora da licitação, devido os benefícios dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006:

Em que pese as razões de recurso, não coadunamos com esse entendimento e reafirmamos a decisão do Pregoeiro, de improcedência do recurso.

A Lei nº 14.442/2022 não permite o aceite de taxa negativa pela Administração Pública:

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;

(…)

Todos os licitantes, inclusive a recorrente, apresentaram taxa zero e seguiu-se para o desempate por sorteio entre todas as licitantes, conforme previsto no edital.

Na modalidade pregão, as ME/EPP's tem direito de desempate quando o intervalo percentual é de 5% superior ao melhor preço (art. 44, § 2º da Lei nº 123/2006).

Neste caso, a ME/EPP poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado (art. 45, I).

Note-se que em nenhum momento a lei complementar estabelece preferência pela simples razão da empresa ser ME/EPP. **A ME/EPP tem preferência em apresentar nova proposta, não tem preferência de vencer a licitação.**

Importante observar, que **no presente caso não havia possibilidade da ME/EPP desempatar, pois não é possível lance de taxa negativa porque a Lei nº 14.442/2022 não permite taxa negativa. Sendo assim, não há como se aplicar a LC nº 123/2006.**

Desta forma, em nosso entendimento o sorteio entre todas as licitantes encontra-se correto, prestigiando o princípio licitatório da disputa e da ampla competitividade, pois eventual entendimento diverso, beneficiaria somente as empresas ME/EPP, e somente elas se consagrariam vencedoras em licitações dessa natureza.

Diante do exposto, verifica-se a regular tramitação do feito, certificando que o Pregão Eletrônico, ora analisado, foi realizado de acordo com os ditames legais”.

Por derradeiro, a fim de dar mais supedâneo a tese defendida, apresenta-se ampla argumentação trazida em sede de parecer jurídico, pelo Ilmo. Pós-Doutor **ALEXANDRE MAZZA**, o qual foi cirúrgico em seu posicionamento sobre diferença entre empate real e ficto, e seu procedimento. Veja-se a síntese das considerações apresentadas no parecer em anexo:

*a) O princípio constitucional do tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, previsto no art. 170, IX, da CF/88, dirige-se ao legislador, e não à Administração Pública, sendo **descabida sua aplicação automática a certames licitatórios**, ainda que amparada no edital;*

b) O tratamento favorecido previsto no art. 170, IX, da CF/88 deve ser interpretado sistematicamente conciliando-se com o princípio da livre concorrência (art. 170, IV), de modo que o cotejo entre ambos não autoriza por si só, em caso de empate real, a realização de sorteio somente entre MEs e EPPs;

c) A norma do art. 44, “caput”, da Lei Complementar 123/06, que define como critério de desempate na licitação a preferência de contratação em favor das MEs e EPPs nos termos da lei, deve ser interpretada em conjunto com os arts. 44, §1º, e 45 da mesma lei, aplicando-se tal preferência ao empate ficto, mas, não ao empate real;

d) nas licitações em que haja empate real em zero, com proibição de ofertas negativas, deve ser realizado sorteio entre todas as empresas licitantes, nos termos dos arts. 3º, §§2º e 14, da Lei 8.666/93 ou 60 da Lei 14.133/21, interpretação essa que melhor se coaduna com aos princípios da isonomia (art. 5º, “caput”, da

CF), da legalidade (art. 37, “caput”, da CF) e da livre concorrência (art. 170, IV, da CF);

e) O sorteio restrito a MEs e EPPs viola o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, “caput”, da CF) porque representa uma discriminação que não encontra guarida no ordenamento jurídico, constituindo um direcionamento indevido do resultado do certame;

*f) Impedir a participação das empresas grandes no sorteio para desempate em licitações com empate real agride o princípio constitucional da legalidade (art. 37, “caput” da CF) **face a ausência de norma legal que preveja expressamente tal restrição;***

g) A realização de sorteio somente entre EPPs e EPPs, em caso de empate real, restringe a competitividade do certame, comprometendo a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, uma das finalidades da licitação nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93;

h) Prestigiando o princípio da eficiência administrativa (art. 37, “caput”, da CF), a contratação de empresas grandes oferece muitas vantagens efetivas para a Administração e para o usuário do auxílio-alimentação, tais como: a) rede credenciada maior; b) capital social mais robusto; c) menor chance de insolvência; d) suporte administrativo e quadro de funcionários maiores. (Grifo nosso).

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

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

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

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

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

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

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

Porém, o conceito de empate, para fins de aplicação dessa norma, vem gizado logo no § 1º do mesmo dispositivo: “entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada”.

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

Assim, em razão de todo exposto, não houve fato gerador para aplicação do suposto direito de preferência, que no caso concreto, foi praticado com abusividade, limitando e

restringindo a competitividade do certame, motivo pelo qual deve ser tida por nula a decisão que declarou a empresa Verocheque vencedora, retomando o pregão à fase de análise das propostas onde, verificado a igualdade de condições entre as propostas, deve-se aplicar o disposto no art. 3º, §2º, e posteriormente, o art. 45, §2º da Lei nº 8.666/93.

III. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Desta forma, é a presente para REQUERER seja conhecido e julgado o Recurso Administrativo interposto pela parte recorrente, em razão dos argumentos supra expostos, e no mérito **seja dado PROVIMENTO ao apelo**, a fim de que esta Colenda Comissão exerça o juízo de mérito e de retratação, conforme prescreve o artigo 109, §4º da Lei 8.666/93, para **tornar sem efeito a decisão que declarou vencedora a empresa MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA**, retomando o pregão à fase de análise das propostas onde, verificado a igualdade de condições entre as propostas, deve-se aplicar o disposto no art. 3º, §2º, e posteriormente, o art. 45, §2º da Lei nº 8.666/93, pelas razões de direito expostas na presente peça.

Nesses Termos,
Pede Deferimento.

Vitória/ES, 15 de junho de 2023.

Flávia Rodrigues do Nascimento
Advogado - OAB/ES 37.594