



VEROCARD

o verdadeiro benefício

ILUSTRÍSSIMO (A) SENHOR (A) PREGOEIRO (A) DA CÂMARA MUNICIPAL DE SOROCABA – ESTADO DE SÃO PAULO.

REF.: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 011/2023

VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA, empresa com sede na Avenida Presidente Vargas nº 2043, conjunto 174, 17º andar, Jardim Santa Angela, Cep. 14430-525, na cidade e comarca de Ribeirão Preto-SP, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 06.344.497/0043-41, vem, com o devido respeito e acato, ante Vossa Senhoria, nos termos da legislação aplicável à espécie, inconformada com as decisões levadas a efeito nos autos da licitação em apreço relativamente aos itens 1 e 2, interpor o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO, COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO**, fazendo-o pelos fundamentos de fato e de direito a seguir articulados:

I. DA TEMPESTIVIDADE

Considerando os termos do inciso XVII do art. 4º da Lei 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 3 (três) dias da decisão impugnada.

Conforme consignado na Ata da sessão do pregão, a empresa recorrente manifestou de forma fundamentada a intenção de recurso em face da ilegalidade da decisão que levou deixou de observar o direito de preferência para as micro e pequenas empresas participantes do certame, o que deve ser revisto pelos seguintes motivos.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

II. DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS:

Como é sabido, os pressupostos do recurso administrativo são divididos entre subjetivos (legitimidade e interesse) e objetivos (existência de ato administrativo de cunho decisório, tempestividade, fundamentação e pedido de nova decisão). Presentes estes pressupostos, deve a administração apreciar o mérito constante do apelo que lhe é submetido.

No caso em apreço, cumpre registrar que, em relação aos pressupostos acima ventilados, a VEROCHIQUE é participante do processo licitatório conduzido por esta municipalidade na modalidade **Pregão Eletrônico nº 011/2023**, e manifesta-se por meio deste recurso, tempestiva (prazo derradeiro finda em 26/06/2023).

Desta forma, o presente recurso deve ser recebido em seus regulares efeitos, conforme preconiza o § 2º, do art. 109, da Lei Geral de Licitações.

III. NO MÉRITO:

3.1. DA NECESSÁRIA REVOGAÇÃO DO SORTEIO QUE PERMITIU A PARTICIPAÇÃO DE TODAS AS EMPRESAS EMPATADAS. NECESSIDADE DE ASSEGURAR O DIREITO DE PREFERÊNCIA DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. IMPERATIVO LEGAL QUE SE SOBREPÕE AO EDITAL E DEVE SER OBSERVADO SOB PENA DE ANULAÇÃO JUDICIAL DO CERTAME.

Em que pese o extremo zelo do Órgão Licitante ao elaborar o presente instrumento convocatório, o(a) Ilustre Pregoeiro(a) equivocou-se no momento de aplicar os critérios de desempate ao levar todas as empresas empatadas ao sorteio, contrariando o ordenamento jurídico pátrio, pois nem o edital e muito menos a plataforma de gestão do certame, podem se sobrepor à lei nº 123/06 e a própria Constituição da República, que asseguram de forma firme e inequívoca o direito de preferência para contratação de micro e pequenas empresas nos certames licitatórios promovidos pelo Poder Público em todos os níveis.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Isso porque, ante as propostas finais no mínimo legal admitido no edital, sobressai-se a obrigação legal de preferência para a contratação das micro e pequenas empresas participantes do certame, isso independentemente da oferta de nova proposta.

De acordo com a lei nº 123/06, não pode haver óbice à concessão do tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte, especialmente conforme estabelecido nos artigos 44 e 45 da referida Lei Complementar nº 123/2006!!! A preferência para a contratação é preceito constitucional (art. 146, III, "d", art. 179, entre outros, da CF), o qual restou regulado pela citada Lei Complementar.

Portanto, a realização do sorteio entre todas as empresas desvirtua a política pública constitucional de apoio e incentivo a essas entidades e ofendem a Constituição e a Lei Complementar nº 123/2006, instrumento jurídico superior (eis que obedece comando constitucional) que regulamentou as condições do tratamento privilegiado às ME's/EPP's.

Ademais, nenhuma norma inferior **jamais poderá se opor ou se sobrepor à ditames estipulados em lei complementar, no caso, a LC nº 123/2006**, uma vez que se encontra em degrau normativo superior.

Logo, o que ocorreu no **juízo do certame**, ao se **desprezar o direito de preferência à contratação** e o consequente sorteio entre todas as participantes, repete-se, apresenta-se como **descumprimento de dever legal**.

Com efeito, a decisão de levar todas as empresas empatadas ao sorteio **configura gravíssimo desrespeito à lei**, eis que **a preferência de contratação é preceito constitucional, não estando sujeito ao arbítrio do julgador do certame licitatório a sua observância ou não**.

Pois bem, é certo que a ninguém é lícito alegar desconhecimento da lei para não a cumprir, especialmente quem possui atribuição de condutor de contratações públicas.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Portanto, **é direito líquido e certo da Recorrente ter sua condição de pequena empresa respeitada**, pois está **inafastavelmente apta a usufruir da preferência legal** estatuída pela **LC nº 123/2006**.

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

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

Porém, o critério de desempate assegurando direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte tem expressa previsão constitucional (CF, art. 170, IX) e legal (art. 44, Lei Complementar 123), devendo prevalecer o interesse do ente público em detrimento do particular, evitando assim o desnecessário comprometimento do erário.

Com efeito, as microempresas e empresas de pequeno porte possuem tratamento especial junto à ordem constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Nestes termos, o referido tratamento diferenciado encontra-se encartado 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:



VEROCARD

o verdadeiro benefício

(...)

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

A legislação infraconstitucional, em concretização à determinação constitucional, estabeleceu regras de tratamento preferencial a tais empresas pela Lei Complementar nº 123/2006. Dispõe o artigo 44 da referida lei:

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

Nesse mesmo sentido, destacam-se os recentíssimos julgados proferidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entre outros, os quais se adequam perfeitamente ao caso em apreço, praticamente pacificando entendimento favorável a concessão do direito de preferência para as micro e pequenas empresas, vejamos:

"Agravado de Instrumento – Mandado de Segurança – Recurso contra decisão que indeferiu pleito pela concessão de tutela de urgência para suspensão do procedimento licitatório – Empresa impetrante-agravante que visa seu deferimento nesta Superior Instância argumentando ter havido inobservância das regras do Edital no que toca à oportunidade de realização de lances, batendo-se pelo reconhecimento de sua seleção como melhor oferta, afastando-se a classificação de outra empresa – Desprovimento de rigor. 1. Não assiste razão à empresa impetrante-agravante em seu pleito pela reforma da r. decisão que indeferiu o pedido liminar - Elementos reveladores da ausência dos requisitos legais para o deferimento da liminar, mormente a verossimilhança das alegações – Empresa agravada que restou selecionada em atenção ao critério de



VEROCARD

o verdadeiro benefício

desempate expressamente previsto no Edital e na LC nº 2123/2006 porque microempresa que goza de privilégio legal – Critério de desempate que somente se opera quando encerrada a fase de lances, tal como atestado no procedimento licitatório – Inexistência de mácula – Precedentes da Corte. 2. Por fim, as demais questões opostas pelas partes que dizem respeito ao mérito e não podem ser objeto de análise no agravo sob pena de supressão de Instância e deverão ser detidamente apreciadas por ocasião do julgamento final da ação originária. Decisão mantida - Recurso desprovido." (TJSP; Agravo de Instrumento 2214241-92.2022.8.26.0000; Relator (a): Sidney Romano dos Reis; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/11/2022; Data de Registro: 17/11/2022)

Mandado de segurança. Liminar concedida para suspensão de procedimento licitatório. Insurgência descabida. **Inobservância do critério de desempate de licitantes microempresas e empresas de pequeno porte (LC n o123/06, arts. 44 e 45)**. Presença de fumus boni juris et periculum in mora. Recurso desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº: 2143339-80.2023.8.26.0000).

AGRAVO DE INSTRUMENTO MANDADO DE SEGURANÇA Município de São José do Rio Preto Licitação Pregão Eletrônico Contratação de empresa para serviços de administração, gerenciamento e fornecimento de auxílio-alimentação aos servidores públicos municipais ativos e inativos, por cartão magnético Critério de desempate Preferência às microempresas e empresas de pequeno porte. Não é possível, com convicção, compreender-se que as regras previstas pela Lei n.º 8.666/1993 e pela Lei Complementar n.º 123/2006 não possam também ser estendidas à preferência para ME/EPP, em caso de empate real e não somente nos casos de empate ficto de propostas. Nem é tão cristalina a



VEROCARD

o verdadeiro benefício

diferença apontada pela recorrente entre os dois tipos de empate Exegese dos artigos 3.º da Lei n.º 14.442/2022 e 44 da Lei Complementar n.º 123/2006 Indeferimento do pedido liminar do writ, consistente na suspensão do procedimento licitatório Ausentes os requisitos previstos pelo artigo 7.º, inciso III, da Lei n.º 12.016/2009 Confirmação da decisão agravada Recurso não provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2056289-16.2023.8.26.0000).

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; Agravo de Instrumento 2300081-70.2022.8.26.0000; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7.ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirandópolis 2.ª Vara; Data do Julgamento: 20/03/2023; Data de Registro: 20/03/2023).

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



VEROCARD

o verdadeiro benefício

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). Data de Julgamento: 30-05-2018 Publicação: 06-06-2018 – **destacado**

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO FAVORECIDO. ART. 44, LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. INCIDÊNCIA. O tratamento favorecido conferido às empresas de pequeno porte, com assento constitucional (art. 170, IX, CF/88),



VEROCARD

o verdadeiro benefício

materializa-se, entre outras vantagens, na preferência de contratação, **não podendo ser ignorado, notadamente quando a apelada é a única licitante com tal qualificação**, não fosse o atendimento as regras constantes do edital, inclusive no que diz com a comprovação de seu enquadramento e invocação à prerrogativa do art. 44, LC nº 123/06, de óbvia incidência no caso dos autos. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70051984789, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 30/01/2013 – **destacado**

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR - PREGÃO PRESENCIAL Nº 03/2015 - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA GERENCIAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE CARTÃO DE VALE-ALIMENTAÇÃO - LIMINAR CONCEDIDA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA LICITAÇÃO E QUALQUER ATO DELA DECORRENTE - **APARENTE VIOLAÇÃO À LEI COMPLEMENTAR 123/2006 - DIREITO DE PREFERÊNCIA DA MICROEMPRESA - PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR - INTELIGÊNCIA DO ART. 7º, INCISO III, DA LEI Nº 12.016/90 - DECISÃO SINGULAR MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS - RECURSO NÃO PROVIDO.** (TJPR - 4ª Câmara Cível - AI - Santa Izabel do Ivaí - Rel.: DESEMBARGADORA REGINA HELENA AFONSO DE OLIVEIRA PORTES - J. 10.03.2016-AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1416396-7, NÚMERO UNIFICADO: 0032317-11.2015.8.16.0000).

De outro norte, importante registrar que nem a legislação infraconstitucional e muito menos a Constituição limitam o direito de preferência na contratação das pequenas empresas apenas em situações de empate ficto.

Nesse sentido, trazemos à tona o julgado abaixo, que se almoda perfeitamente ao caso ora em apreço, pois conforme recente decisão proferida pela E. Corte de Contas do



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Estado de São a seguir transcrita, em representação impetrada contra o edital da Câmara de Novo Horizonte, firmou-se o entendimento que mesmo no caso de empate real, havendo micro e pequenas empresas no certame, o sorteio deverá ser **exclusivamente**, realizado somente entre elas, vejamos:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira **CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



MÉRITO

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 19/04/2023

EXAME PRÉVIO DE EDITAL

SEÇÃO MUNICIPAL

Processo: TC-007050.989.23-5

Representante: Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda.

Advogados: Rafael Prudente Carvalho Silva, OAB/SP nº 288.403 e Thiago Ramos Pereira, OAB/SP nº 274.747.

Representada: Câmara Municipal de Novo Horizonte.

Responsável: Antônio Dejair da Silva (Presidente).

Advogada: Adriana Mariana da Silva Xavier, OAB/SP nº 303.681.

Assunto: Representação contra o Edital do Pregão Presencial nº 01/2023, da Câmara Municipal de Novo Horizonte, objetivando contratação de empresa para fornecimento de Vale-Alimentação.

(...)

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhora Procuradora do Ministério Público de Contas,

Em exame Representação formulada pela empresa Megavale Administradora de Cartões e Serviços Ltda. contra o Edital do Pregão Presencial nº 01/2023, da Câmara Municipal de Novo Horizonte, objetivando contratação de empresa para fornecimento de Vale-Alimentação.



Em resumo, a representante aponta as seguintes impropriedades no edital:

a) Não aplicação do critério de desempate previsto na Lei Complementar nº 123/06, contrariando a legislação de regência que confere preferência às micro e pequenas empresas na hipótese de empate de propostas em certames licitatórios, conforme resposta oferecida pela Administração a pedido de esclarecimentos por via administrativa;

(...)

Com relação ao direito de preferência das micro e pequenas empresas na hipótese de empate de propostas, se mostra relevante aquilatar a situação verificada no instrumento em questão, sobretudo em relação ao objeto colocado em disputa.

Pois bem, a experiência recente nos tem demonstrado que, em licitações envolvendo a contratação de vale alimentação, é praticamente certo o empate de propostas, com todas as proponentes oferecendo uma taxa de administração igual a 0%, uma vez que está vedada a apresentação de percentual negativo, consoante a previsão editalícia acima referida, sistemática que respeita as regras impostas pelo inciso I do artigo 3º da Lei nº 14.442/2022 e pelo artigo 1756 do Decreto Federal nº 10.854/2021, aplicável às contratações da espécie.

Apesar de se tratar de um potencial empate real, e não um empate ficto, não há como desconsiderar a aplicabilidade do disposto no artigo 44 da Lei Complementar nº 123/20067.

Embora as razões de defesa sustentem uma discricionariedade da Administração em conferir preferência à micro e pequenas empresas, desde que estabelecida uma condição de vantajosidade à Administração, considerando a possibilidade certa de que todas as proponentes empatem numa situação real, não há como se afastar a aplicabilidade da Lei



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Complementar nº 123/2006, para se estabelecer o direito de preferência dessas sociedades.

Em outras palavras, no caso em questão, onde existe a grande probabilidade de que todas interessadas apresentem taxa de administração igual a 0%, o empate real se equipara ao empate ficto, previsto na referida norma.

Aliás, a jurisprudência deste Tribunal já se debruçou sobre questão análoga, entendendo que deve prevalecer o direito de preferência da Lei Complementar nº 123/2006 e com o tratamento favorecido fixado no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal, como evidenciado na Sessão Plenária de 15/02/2023, nos autos dos TC-001304.989.23-9 e TC-001305.989.23-8, em voto de relatoria do e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, cujo excerto é de oportuna transcrição:

Inexiste motivo para dissentir das conclusões expostas na instrução dos autos.

De rigor a observância 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.

Também assiste razão à defesa da municipalidade ao defender a incidência do artigo § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 na hipótese de empate das ofertas comerciais entre empresas de maior porte, não às regras da Lei nº 123/06.

Permanecendo a igualdade, haverá a sucessiva aplicação do artigo 45, § 2º, da citada Lei de Licitações, consoante, aliás, expressamente nele disciplinado.

Nesse sentido, também foi a decisão proferido no Processo TC- 1648.989.23-4, de relatoria da eminente Conselheira Silvia Monteiro, julgado por este Plenário na Sessão de 01/03/2023.



*Assim, se houver uma licitante nas condições albergadas pela Lei Complementar 123/2006, deve ser outorgado a ela do direito de preferência. **Contudo, havendo duas proponentes nessa mesma condição de ME ou EPP, haverá sorteio entre elas.***

(...)

Em razão do exposto, meu voto, na esteira do pronunciamento das assessorias desta Casa e do Ministério Público de Contas, é no sentido da procedência parcial da Representação, para o fim de se determinar à Câmara Municipal de Novo Horizonte a correção dos seguintes aspectos do ato convocatório:

a) Altere as disposições do subitem 8 e seguintes do item VII (Do Procedimento e Julgamento), bem como outros que lhe sejam correlatos, a fim de garantir o direito de preferência de micro e pequenas empresas, estabelecido na Lei Complementar nº 123/2006, também no caso de empate real de propostas;

(...)

Portanto, a decisão que levou todas as empresas empatadas ao sorteio violou o direito líquido e certo da recorrente e das demais micro e pequenas empresas participantes do certame, dando azo a uma possível anulação do sorteio e demais atos subsequentes, justamente por deixar de cumprir ao disposto no art. 44 da LC nº 123/2006.

Nesta vertente, afastar a aplicação da regra especial (art.44 da LC 123/06) em favor da regra geral (art. 45, §2º da Lei 8.666/93) é negar vigência à própria ordem constitucional.

Assim, tendo ocorrido empate quanto ao preço ofertado pelas empresas concorrentes na fase de julgamento das propostas apresentadas no processo licitatório em questão,



VEROCARD

o verdadeiro benefício

verificou-se inobservância do direito de preferência garantido pela Lei Complementar nº 123/06, conferido pelo seu art. 44 às microempresas e empresas de pequeno porte, nas situações em que constatado o empate entre as propostas.

No mesmo passo, veja-se que a Lei nº 8.666/93, assim previu os critérios de desempate:

Art. 3º A **licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada** em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos § 2º **Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:**

(...)

§ 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.**

Por outro lado, há que se destacar as expressões constantes dos textos legais, "**será assegurada preferência**", no que se refere ao art. 3º da Lei de Licitações, e, ainda, "**deverá ser assegurado**", grafada no *caput* do artigo 44, da LC n.º. 123/2006, os quais não deixam margem de dúvida que **o critério de desempate em tela se constitui em direito subjetivo, que não pode ser subtraído ao livre arbítrio dos entes licitantes.** Aliás, fica igualmente claro que a **Administração Pública é o sujeito passivo** desse



VEROCARD

o verdadeiro benefício

direito ao critério preferencial de desempate, que tem como **sujeito ativo as ME's e EPP's**.

Nesta toada, apresenta-se correto afirmar que **as ME's e EPP's são possuidoras do direito a terem assegurado o critério de desempate nos moldes estabelecidos nos artigos 3º da Lei de Licitações, assim como do artigo 44, da LC n.º. 123/2006**, como meio de preferência na contratação com o Poder Público. Esta **garantia genérica tem aplicabilidade incondicional, não podendo ser negada pela Administração Pública condutora do certame**, nem mesmo quando omitida no termo editalício. **Trata-se de direito subjetivo das MEs e EPPs que subjuga a administração licitante, bem como se impõe frente às empresas normais.**

As expressões legalmente transcritas "**será assegurada preferência**" e "**deverá ser assegurado**", indica uma **incondicional obrigação da Administração Pública em prever e respeitar tais critérios** nos instrumentos convocatórios de suas licitações. Esta norma traduz-se também em regra que estabelece uma **vinculação cogente para a Administração Pública e seus agentes executores**, como o é esta **Pregoeira Oficial**, que, por conseguinte, **deixam de dispor de discricionariedade para decidir** se a estabelece ou não no instrumento convocatório do certame e, como é o caso, **se aplica ou não para efetivar um desempate!**

Dito isso, outro deslinde não pode ter o presente caso a não ser a revisão do ato administrativo impugnado, para que seja revogado/anulado o ato que declarou as empresas SODEXO e EXPAND CARDS como vencedoras dos itens 1 e 2 respectivamente.

3.3. DA ILEGAL PRETERIÇÃO DA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE PREVISTOS NA LEI 8666/93.



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Como previsto, ante a impossibilidade de ofertas de taxas negativas, todas as empresas apresentaram propostas iguais, diante disso, deveria o pregoeiro ter buscado o desempate, inicialmente, avaliando os itens previstos na Lei de Licitações, § 2º, do artigo 3º.

Entretanto, inadvertidamente, o ilustre Pregoeiro, preterindo a fase prevista no §2º, do artigo 3º, promoveu o desempate mediante sorteio entre todas as empresas, o que vem a confirmar a inversão de etapas, pois antes do sorteio a lei prevê expressamente a necessidade de avaliação de outros critérios.

Não há dúvidas que o processo licitatório deve obedecer aos princípios expressamente declarados no art. 3º da Lei de Licitações 8.666/93, em especial, e fundamental para o assunto ora abordado, o princípio da isonomia, “trivialmente” conhecido como princípio da igualdade, tal como nos expressa o texto constitucional ao afirmar que “todos são iguais perante a lei”.

Desse modo a conclusão é que o processo licitatório deve perseguir e preservar o tratamento isonômico, possibilitando que todos os participantes tenham condições iguais para competir no certame.

É importante ponderar que o edital faz lei entre as partes obrigando o particular licitante e a Administração Pública aos termos do que é publicado, porém, nem o edital elaborado pelo próprio ente licitante foi cumprido, a rigor do previsto no item 5.7.1., prevendo objetivamente que primeiro deveria ser respeitado o disposto no § 2º do artigo 3º, da Lei nº 8666/93, a conferir:

5.7.1 - No caso das melhores propostas selecionadas permanecerem empatadas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, vedado qualquer outro processo. (§ 2º, art. 45 da Lei n.º 8.666/93)



VEROCARD

o verdadeiro benefício

Nesse sentido, vejamos então o que a Lei Geral de Licitações no artigo 3º, § 2º, conforme segue:

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

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

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

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

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) (grifo nosso)

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório. Trata-se de uma segurança para



VEROCARD

o verdadeiro benefício

o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Desse modo, não resta uma dúvida sequer a respeito da impossibilidade deste certame ter continuidade sem a realização de ato previsto pelo edital e sancionado pelo Poder Judiciário, sob pena de anulação de todo o procedimento licitatório.

Portanto, não resta dúvida de que os atos praticados na sessão do referido pregão estão eivados de vício de legalidade por contrariarem os comandos legais da Lei Geral de Licitações Públicas e devem ser reformulados não apenas quanto a forma de declarar o licitante vencedor, mas quanto ao respeito ao direito de preferência previsto em lei.

Por fim, deixamos consignado que nem o Pregoeiro pode contrariar o previsto em lei e no próprio edital, por isso primeiro deveria ter sido feita a análise dos critérios previsto no § 2º do artigo 3º, da Lei 866/93, devendo em qualquer caso, devido ao princípio da legalidade para a administração pública, prevalecer o previsto em lei.

IV.) DOS PEDIDOS:

Por todo o exposto, serve o presente Recurso Administrativo, para **requerer a Vossa Senhoria**, ante a forte argumentação exposta, se digne:

a)- a acolher o presente **recurso** interposto, visto que apresentado tempestivamente e em obediência ao que dispõe a Lei e o Edital, dando regular e legal processamento a este, nos prazos legais;



b)- em razão dos fatos ora narrados, julgar **procedente** o presente **Recurso Administrativo ao PREGÃO ELETRÔNICO Nº 011/2023:**

b.1) **respeitando e considerando a condição legal de empresa de pequeno porte da ora Recorrente;**

b.2) **anulando o sorteio efetivado entre todas as empresas**, para inicialmente cumprir o disposto no §2º do artigo 3º da lei 8666/93, conforme previsto no item 5.7.1. do edital e na própria lei de regência;

b.3.) **posteriormente**, se após fazer as verificações previstas no §2º do artigo 3º da lei 8666/93, ainda assim persistir o empate, que seja realizado **o sorteio**, mas **somente entre as micro e pequenas empresas participantes do certame e aptas para tanto.**

c)- Acaso seja mantida a decisão recorrida – o que se admite apenas por cautela – que seja remetido o processo, instruído com o presente recurso à autoridade hierárquica superior, conforme estabelece o Art. 109, §4º, do Estatuto das Licitações, aplicado subsidiariamente ao presente caso, havendo de ser acolhido e provido, em todos os seus termos o presente **RECURSO**, reformando-se as decisões “*a quo*”, como requerido;

d)- De qualquer sorte, que o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO** seja recebido no seu **EFEITO SUSPENSIVO**, consoante previsto no parágrafo 2º, do Art. 109, da Lei de Regência, que dá guarida ao presente pedido;

d) Seja provido o presente recurso, e, atendidos os seus pedidos, para imposição e prevalência da lei, da doutrina e dos princípios da moralidade administrativa, a publicidade, a ampla defesa e a legalidade, afastando-se, em consequência disso, o abjeto cerceio dessa mesma defesa, o que é nefasto para



VEROCARD
o verdadeiro benefício

ambas as partes, na atual democracia em que vivemos!

Nestes termos, pede provimento.

De Ribeirão Preto p/ Sorocaba, 26 de junho de 2023.

VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.