



Estado do Rio Grande do Sul
MUNICÍPIO DE ARATIBA

Rua Luiz Loeser, nº 287 – Centro – Fone: (54) 3376-1114 - CNPJ nº 87.613.469/0001-84
CEP: 99770-000 - ARATIBA – RS

PROCESSO Nº 083/2018

PREGÃO PRESENCIAL Nº 020/2018

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA FORNECIMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE CARTÕES ALIMENTAÇÃO (MODALIDADE CARTÃO MAGNÉTICO)

SESSÃO DE PREGÃO. EMPATE REAL DAS PROPOSTAS. SORTEIO ENTRE AS LICITANTES. RECURSO INTERPOSTO POR EMPRESA DE PEQUENO PORTE. PRETENSÃO À APLICAÇÃO DO TRATAMENTO PRIVILEGIADO.

DECISÃO INCIDENTAL

1. Dos fatos. Trata-se de processo nº 083/2018 instaurado pelo procedimento licitatório nº 020/2018, modalidade pregão presencial, para a contratação de fornecimento e administração de cartões alimentação aos servidores do Município. No certame participaram as seguintes empresas: *Banrisul Serviços Ltda.*; *Expertise Soluções Financeiras Ltda.* (única empresa credenciada como EPP); *Green Card S/A Refeições Comércio e Serviços*; e *Policard Systems e Serviços S/A.*

Conforme Ata da Sessão – fls. 280/281 do processo em referência, todas as licitantes apresentaram as propostas com valor igual a (0) zero para a contratação da prestação de serviços objeto do edital, configurando situação de *empate real*. Considerando que, mesmo observados os preceitos contidos nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, que trata do tratamento privilegiado às MEs e EPPs, restaria inviável o oferecimento de nova proposta pela participante *Expertise Soluções Financeiras Ltda.*, uma vez que o edital veda expressamente propostas negativas, o Sr. Pregoeiro procedeu ao sorteio, nos termos expressamente previstos no item 11.8, subitem 11.8.1. do edital, conforme dispõe o art. 45, §2º, da Lei Federal nº 8.666/1993.

Do sorteio, sagrou-se vencedora a empresa *Banrisul Serviços Ltda.*



Estado do Rio Grande do Sul
MUNICÍPIO DE ARATIBA

Rua Luiz Loeser, nº 287 – Centro – Fone: (54) 3376-1114 - CNPJ nº 87.613.469/0001-84
CEP: 99770-000 - ARATIBA – RS

2. Das Razões Recursais. Em síntese, pugna a empresa recorrente *Expertise Soluções Financeiras Ltda.* a aplicação da Lei Complementar nº 123/2006, visando garantir a preferência de contratação como EPP. Afirma que no caso de haver empate, na forma do art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006, a EPP ou a ME terá preferência na contratação. Acosta precedentes do Tribunal de Contas do Estado e do Tribunal de Justiça do Estado, os quais apresentam julgados em favor da Empresa, no reconhecimento do benefício conferido à mesma (peça recursal com documentos – fls. 294/327 dos autos).

3. Das Contrarrazões Recursais. A licitante *Banrisul Serviços Ltda.* apresenta contrarrazões sustentando que a previsão constante da Lei Complementar nº 123/2006 ocorre na situação de *empate ficto*, situação que assegura à ME ou EPP a faculdade de formulação de lance de desempate. Considerando que a vertente situação é de um *empate real*, no qual as quatro empresas licitantes apresentaram taxa de administração igual a 0% (zero por cento), diz que deve ser aplicado o disposto no art. 45, §2º, da Lei Federal nº 8.666/1993, que prevê a realização de sorteio público em caso de empate (peça de fls. 327/329vº).

Ê o breve relato.

POR AVOCACÃO, PASSO A DECIDIR:

A Lei Complementar nº 123/2006, em seus arts. 44 e 45, trata do *empate ficto*, ou seja, a norma faculta a preferência às MEs e EPPs, quando a menor proposta não for formulada por empresa enquadrada nessa condição, e as propostas por elas ofertadas ficarem até 10% da melhor proposta. Diante dessa hipótese, as MEs e EPPs podem formular nova proposta, posto que configurado está o *empate ficto*.

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. (grifado)



Estado do Rio Grande do Sul
MUNICÍPIO DE ARATIBA

Rua Luiz Loeser, nº 287 – Centro – Fone: (54) 3376-1114 - CNPJ nº 87.613.469/0001-84
CEP: 99770-000 - ARATIBA – RS

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. (grifado)

Na situação em comento, todas as propostas das licitantes habilitadas foram igual a 0 (zero), sendo que o edital (de acordo com a Portaria MTB nº 1287, de 27/12/2017) veda propostas afetas às taxas de serviço negativas.

Assim, inviável nova oferta, porque não seria menor.

A solução dada pelo Sr. Pregoeiro pelo *sorteio* encontra amparo na previsão da legislação, ou seja, do art. 45, §2º, da Lei Federal nº 8.666/1993, constante de forma expressa do ato convocatório (subitem 11.8.1). Não se pode falar em restrição aos benefícios da Lei Complementar nº 123, não podendo a Administração descumprir com as normas previstas no edital.

Apesar de não ignorar a Administração Municipal a posição majoritária de julgados que envolvem a presente matéria (inclusive a favor da empresa recorrente), se posiciona o ente licitante em prol de outros princípios (não menos importantes) que envolvem a questão, muito bem posicionados no Voto proferido pela Desembargadora Relatora Maria Cláudia Mércio Cachapuz, em sede da Apelação Cível **70044403616**, em julgamento proferido pela Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, em 27/04/2017, abaixo transcrito (em parte):



Estado do Rio Grande do Sul
MUNICÍPIO DE ARATIBA

Rua Luiz Loeser, nº 287 – Centro – Fone: (54) 3376-1114 - CNPJ nº 87.613.469/0001-84

CEP: 99770-000 - ARATIBA – RS

(...)A questão controversa, portanto, reside na extensão do privilégio reconhecido na legislação referente às microempresas, de forma a compreender-se, ou não, de que as empresas micro e de pequeno porte devam preferir às demais, com exclusão destas do sorteio.

Segundo a lição de Marçal Justen Filho¹, “a licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica”. De tal constatação extraem-se dois princípios relevantes ao caso que devem ser conjugados: a isonomia² e a “vantajosidade”³.

A harmonia entre tais princípios, na hipótese, decorrerá da justa ponderação a ser observada a partir de uma perspectiva de igualdade. O que não afasta, por certo, a preferência prevista na legislação às micro e pequenas empresas, mas demanda uma interpretação suficiente em face do impacto a um direito geral de liberdade – no caso, de livre concorrência – em relação a todos os participantes do certame. Nos termos da Constituição Federal:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

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.

Especificamente em relação ao tema em debate, o tratamento diferenciado restou previsto nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006, nos seguintes termos:

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.



Estado do Rio Grande do Sul
MUNICÍPIO DE ARATIBA

Rua Luiz Loeser, nº 287 – Centro – Fone: (54) 3376-1114 - CNPJ nº 87.613.469/0001-84
CEP: 99770-000 - ARATIBA – RS

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 de 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.

Assim, é previsto na legislação especial que, no caso de empate – real ou ficto, por equiparação normativa - as microempresas e as empresas de pequeno porte terão a oportunidade de oferecerem novas ofertas. Por outro lado, ao contrário do que alega a impetrante, a citada lei não institui que uma microempresa ou uma empresa de pequeno porte deva ser declarada vencedora em caso de empate real com outra que assim não esteja enquadrada. A preferência exige um movimento de coordenação da situação de desafio à isonomia pressuposta a uma vantagem real, ainda que mínima, à Administração Pública.

Quando não há a possibilidade de novo lance – porque realizados todos no valor mínimo -, a exceção ao princípio da igualdade deve ser interpretada de forma mais restrita, justamente porque a eliminação do certame – o que se daria pelo afastamento das demais concorrentes do sorteio público – resultaria em ofensa grave não apenas à igualdade de concorrência, mas, fundamentalmente, a uma liberdade de concorrência no espaço público, o que resultaria em ofensa à liberdade econômica e mesmo de trabalho. Tal, por consequência, é situação restritiva que onera de forma mais grave e desproporcional a situação de concorrência pública, não proporcionando um equilíbrio de concorrência pública pela diferença, e sim afastando, de parte dos concorrentes, a liberdade de concorrerem de forma genérica.

Ademais, a exclusão de empresas com maior capacidade econômica não se mostra vantajosa à Administração Pública, que muitas vezes necessita alterar os contratos unilateralmente ou impor sanções, o que sempre recomenda uma maior capacidade do contratado. **Logo, a interpretação das regras da Lei Complementar 123/2006 defendida pela parte impetrante, para além das considerações acerca de direitos gerais de igualdade e liberdade, de forma específica, ofende a princípios de isonomia e de vantajosidade que norteiam os processos licitatórios, sem que haja justificção suficiente para tanto.** Cumpre, portanto, que a segurança seja denegada.

Ante o exposto, o voto é no sentido de dar provimento ao apelo, para denegar a segurança postulada. Sucumbência invertida.” (gizado)



Estado do Rio Grande do Sul
MUNICÍPIO DE ARATIBA

Rua Luiz Loeser, nº 287 – Centro – Fone: (54) 3376-1114 - CNPJ nº 87.613.469/0001-84
CEP: 99770-000 - ARATIBA – RS

Pelo exposto, DECIDO pelo IMPROVIMENTO do recurso manejado pela empresa *EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA*, mantendo a adjudicação dos serviços para a empresa *BANRISUL SERVIÇOS LTDA*.

Aratiba, RS, 14 de maio de 2018.

GUILHERME EUGÊNIO GRANZOTTO,
Prefeito.

Cumpra-se. Intime-se. Autue-se.