

**ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA E EQUIPE DE APOIO  
DA CÂMARA MUNICIPAL DE EMBU-GUAÇU/SP**

**Pregão Eletrônico nº 002/2023  
Processo Administrativo nº 007/2023**

**BPF PRIME BANK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 02.030.078/0001-84, com sede na Avenida Pedro Botesi, nº 2171 – Sala 110, Jardim Scomparim, município de Mogi Mirim/SP, CEP 13.806-635, neste ato representada por seu Sócio e Administrador, MARCO ANTÔNIO GOMES, inscrito no CPF/MF sob o nº 250.570.778-21), por sua advogada signatária *in fine*, consoante instrumento de mandato incluso; vem, respeitosamente, a presença deste Nobre Julgador, apresentar **CONTRARRAZÕES AO RECURSO**, interposto pela empresa **M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA.**, já devidamente qualificada; o que faz pelas razões fáticas e jurídicas a seguir delineadas:

**I. SINTESE FÁTICA:**

A Recorrida, juntamente com a Recorrente, participou do Pregão Eletrônico nº 002/2023, realizado no dia 12/04/2023, às 10h00min.

Iniciado o certame, constatou-se o **empate real** entre as propostas, eis que **todas as Licitantes apresentaram taxa igual a zero**; assim, o sistema realizou primeiramente o sorteio somente com as Licitantes MEs/EPPs.

Inconformada, a Recorrente M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA manifestou intenção e interpôs recurso sob o fundamento de que “*trata-se de um empate REAL e não FICTO, sendo assim deveria ocorrer o sorteio entre todos os participantes.*” – **todavia suas razões não merecem ser acolhidas**, conforme será demonstrado nesta Contrarrazões tempestivamente encartada.

## II. DA DEFESA DE MÉRITO:

**II. I DO EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS | LEGALIDADE DO CRITÉRIO DE DESEMPATE ADOTADO | CRITÉRIO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO VIGENTE | ENTENDIMENTO JURISPRUDÊNCIAL MAJORITÁRIO:** Primeiramente, oportuno se faz ressaltar que os artigos 43, inciso V e 44, da Lei nº 8.666/93, **impõem sobre a estrita observância das disposições legais.**

Nessa vertente, a **Constituição Federal (artigo 170, IX), a Lei nº 8.666/93 (artigos 3º, § 14 e 5º-A) e a Lei nº 123/06 (artigo 44 c/c artigo 45, III) estabelecem o tratamento protetivo às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.**

Senão vejamos:

### 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 SEGUINTE PRINCÍPIOS:

**IX - TRATAMENTO FAVORECIDO PARA AS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE CONSTITUÍDAS SOB AS LEIS BRASILEIRAS E QUE TENHAM SUA SEDE E ADMINISTRAÇÃO NO PAÍS.** (REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 6, DE 1995)”

### LEI Nº 8.666/93:

“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 PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DOS QUE LHES SÃO CORRELATOS.**

[...]

§ 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.** (INCLUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 147, DE 2014)

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.** (INCLUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 147, DE 2014)”

LEI Nº 123/06:

“ART. 44. NAS LICITAÇÕES **SERÁ ASSEGURADA, COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE, PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.**

[...]

III - **NO CASO DE EQUIVALÊNCIA DOS VALORES APRESENTADOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

QUE SE ENCONTREM NOS INTERVALOS ESTABELECIDOS NOS §§  
10 E 20 DO ART. 44 DESTA LEI COMPLEMENTAR, **SERÁ**  
**REALIZADO SORTEIO ENTRE ELAS** [...].”

(Destacamos)

Assim, **incontroverso é que o sistema aplicou os critérios de desempate em estrita observância ao quanto estabelecido no ato convocatório e na legislação regulamentadora; não havendo que se falar em qualquer irregularidade** – consoante cabalmente comprovado nas documentações disponibilizadas no sistema eletrônico utilizado para a realização de todo o certame.

**II. II DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL RECENTE SOBRE O TEMA | EMPATE REAL | CRITÉRIO DE DESEMPATE: Em casos análogos, inclusive, é nesse sentido o entendimento jurisprudencial do Egrégio Tribunal de Justiça. Vejamos:**

“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). (TJ-RS - REEX: 70076196989 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 30/05/2018, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia **06/06/2018**)”

**Ainda quando da análise do inteiro teor do r. acórdão supra ementado (Doc. Anexo), o E. Tribunal de Justiça entendeu que, independentemente da impossibilidade de desempate entre as propostas ante a proibição de taxa negativa (EMPATE REAL), a preferência de contratação de EPP/ME deve prevalecer.** Vejamos:

#### RELATÓRIO

**DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA (RELATOR)**

De início, para melhor compreensão da lide, reporto-me ao relatório da sentença, vazado nestes termos, “*verbis*”:

*“EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA impetrou mandado de segurança em face do ato praticado pela COMISSÃO DE LICITAÇÃO E BANRISUL CARTÕES S/A, todas já qualificadas nos autos.*

*Alegou, em síntese, que participou de licitação na modalidade concorrência nº 001/2016 que tinha por objeto a contratação de empresa para prestação de serviço de fornecimento de vale alimentação para os servidores da Administração Municipal. Referiu que todas as empresas concorrentes apresentaram propostas iguais e que como critério de desempate foi adotado o sorteio, ocasião em que a empresa Banrisul saiu vencedora. Disse que a administração agiu ilegalmente, pois no empate das propostas a impetrante deveria restar vencedora por ser uma empresa de pequeno*

porte e que detém preferência prevista na LC 123/2006. Em sede liminar, requereu a suspensão do certame, e a concessão da segurança para anulação do certame. juntou documentos.

A liminar foi deferida, fls. 77/79.

A autoridade impetrada manifestou-se, às fls. 90/99, argumentando os motivos da denegação da segurança, diante da ausência de direito líquido e certo. Juntou documentos.

O Município impetrado interpôs agravo de instrumento da decisão liminar (fls. 511/532), ao qual foi negado provimento (fl. 544).

O Ministério Público opinou pela denegação da segurança. (fls. 546/548)

O Banrisul manifestou-se às fls. 549/553.”

**Sobreveio sentença de mérito, com este dispositivo, “verbis”:**

Diante do exposto, **CONCEDO A SEGURANÇA** pleiteada para declarar a nulidade do julgamento das propostas da Concorrência 001/2016 do Município de Protásio Alves, devendo a licitação ser refeita a partir daquela fase, nos termos da fundamentação acima.

Custas pelo impetrante, suspensa a exigibilidade ante o deferimento da AJG. Sem honorários, conforme o art. 25 da Lei 12.016/2009.

Sentença sujeita ao reexame necessário, conforme art. 14, §1º da Lei 12.016/2009.

Em razões de apelo (fls. 587/606), o **MUNICÍPIO DE PROTÁSIO ALVES** sustenta que instaurou certame licitatório através do Edital nº 001/2006 – Concorrência, tipo menor preço, objetivando a seleção de proposta mais vantajosa para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação. Pondera que as empresas concorrentes Banrisul Cartões, Cooper Card e Expertise Soluções, ora recorrida, **apresentaram exatamente a mesma proposta, todas elas com taxa de administração igual a zero.** **Afirma que, em se tratando de situação em que ocorreu empate real, que contempla conceito jurídico diverso do empate ficto, mostra-se impossível conceder o benefício estabelecido nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar Nº 123/2006, porque a norma editalícia vedou, de forma expressa, a possibilidade de propostas negativas.** Argumenta que a comissão de

[...]

## **VOTOS**

**DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA (RELATOR)**

Conheço do recurso, pois presentes seus requisitos de admissibilidade.

Antecipo que **estou votando por desprover o apelo, pois não comporta reparos a douda sentença que concedeu a segurança,** de lavra da ilustre Magistrada Fernanda Rezende Spenner, cujos termos reproduzo adiante, a fim de evitar indesejável exercício de tautologia, “in litteris”:

[...]

**Cartões**

Como adiantado na decisão liminar, as microempresas e empresas de pequeno porte possuem tratamento especial junto à ordem constitucional do ordenamento jurídico brasileiro.

Figurando, 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.** (grifei).

A legislação infraconstitucional, em concretização à determinação constitucional, estabeleceu regras de tratamento preferencial a tais empresas pela Lei Complementar nº 123/2006.

A controvérsia diz respeito à aplicabilidade do critério de desempate previsto no art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 na hipótese de empate real de propostas, sem que seja possível conferir à microempresa ou à empresa de pequeno porte a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior, vez que as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo.

Referido artigo está assim redigido:

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.

No caso dos autos, não foi observada a regra de preferência das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte para a definição do critério de desempate entre as licitantes.

De fato, a impetrante enquadra-se como Empresa de Pequeno Porte, consoante documento de fl. 72. Também, possível verificar que o critério de desempate utilizado pela autoridade coatora foi o sorteio, embasada na previsão legal do art. 45, §2º, da Lei 8666/93.

[...]

Partindo dessa premissa, como já referenciado na decisão inicial, entendo que a previsão legal preferencial às microempresas possui aplicação imperativa e cogente, e deve ser observada independente de previsão específica no edital de licitação.

A hipótese normativa disciplinada pelo citado art. 44 é denominada pela doutrina como empate ficto, a significar que a ME/EPP que apresentar proposta com valor superior em até 10% que outra empresa licitante, considera-se em situação de empate.

No caso dos autos, o que se verificou foi um empate real/próprio, visto que a impetrante (EPP) apresentou a mesma proposta da empresa tida como vencedora (Banrisul). Neste ponto, friso que não há lógica sistêmica para se estabelecer a aplicação do direito de preferência tão somente nos casos de empate ficto. Com mais razão o tratamento favorecido deve ser observado no empate próprio, quando somente uma das empresas participantes e em condição de empate sustenta o caráter de ME/EPP, como ocorreu no presente caso.

Na verdade, a legislação especial confere não apenas uma, mas diversas prerrogativas às microempresas e empresas de pequeno porte em certames públicos. Dentre elas, temos a que se refere à presunção de empate conforme previsão do art. 44, parágrafos 1º e 2º. No entanto, ao lado dessa, estabelece critério de desempate específico, previsto no caput do art. 44 da LC 123/06, cuja redação é taxativa: "Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte". E é desta prerrogativa que o presente caso trata.

Ao explicar referida regra, José dos Santos Carvalho Filho ensina que: "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 L.C. 123/06, 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, então, que recorrer ao critério geral previsto na Lei 8.666/93" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23.ed. Rio de Janeiro, p.344-345)

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.

Destarte, no caso presente não se está buscando afrontar o previsto no art. 45 da LC 123/06, admitindo-se a existência de taxa de administração negativa (o que é expressamente vedado pelo Edital do certame), mas está se primando pela aplicabilidade do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 e do princípio constitucional que assegura o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (art. 170, IX, CF/88).

Esse é o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

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), 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)

Cartões

Referido entendimento foi reafirmado quando da decisão do Agravo de Instrumento interposto contra a decisão liminar proferida nestes autos, como se confere na ementa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CRITÉRIO DE DESEMPATE. EMPATE REAL DE PROPOSTAS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO PROTETIVO. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno não se limita aos casos de empate presumido, nos quais possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado, com mais razão, na hipótese de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo. Incidência do art. 44 da LC nº 123/06, cuja redação é taxativa: "Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte." Caso em que somente uma das empresas participantes, e em condição de empate real, sustenta o caráter de ME/EPP. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70071214779, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 01/12/2016)

Assim, merece ser concedida a segurança."

Com efeito, os elementos de convicção coligidos ao "mandamus" revelam que o ato levado a efeito pela Autoridade coatora violou direito líquido e certo da impetrante, por inobservância ao disposto no art. 44 da LC nº 123/2006.

Veja-se que a Ata de Entendimento da Comissão de Licitações consignou o seguinte, "litteris" (fl. 39):

"(...) com a finalidade de julgar os recursos da Licitação 001/2016, na modalidade de CONCORRÊNCIA de critério de avaliação por itens. O parecer da Comissão foi o seguinte:

A empresa PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO LTDA se manifesta no sentido de que seja efetuado o sorteio para declarar a proposta vencedora. A empresa EXPERTISE SOLUÇÕES

FINANCEIRAS LTDA se manifesta no sentido da preferência por se enquadrar como Empresa de Pequeno Porte e teria preferência na contratação conforme previsto na Lei Complementar 123. A empresa BANRISUL SERVIÇOS LTDA se manifesta no sentido de que seja efetuado o sorteio entre as empresas para declarar a proposta vencedora.

(...)

Assim, entende a Comissão de Julgamento das Licitações que o previsto no edital em seu item 7.4 – Em caso de empate entre duas ou mais propostas, após obedecido o disposto no Parágrafo 2º, do Artigo 3º da Lei Federal Nº 8.666/93 será utilizado o sorteio, em ato público com a convocação prévia de todos os licitantes." (destaquei)

Ora, a impetrante é empresa de pequeno porte, segundo informações registradas no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (fl. 318).

Assim, tendo ocorrido empate real quanto ao preço ofertado pelas empresas concorrentes na fase de julgamento das propostas apresentadas no processo licitatório em questão, verificou-se inobservância do direito de preferência garantido pela Lei Complementar nº 123/06, conferido pelo seu art. 44 às micro e pequenas empresas, nas situações em que constatado o empate entre as propostas.

A Lei Complementar nº 123/2006 assegura o direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte como critério de desempate nas licitações, assim dispondo:

**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.

O Decreto nº 6.204/2007, que regulamenta esse diploma legal, estabelece:

**Art. 5º Nas licitações do tipo menor preço, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.**

(...)

**§ 3º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta válida não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.**

(...)

**§ 6º No caso do pregão, após o encerramento dos lances, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos por item em situação de empate, sob pena de preclusão.**

**Os critérios de tratamento diferenciado previstos nos arts. 43, 44 e 45 são aplicáveis "ex vi legis" ao processo licitatório, na fase de julgamento das propostas, independentemente de previsão editalícia.**

MAS  
Nº 70076196989 (Nº CNJ: 0383813-46.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

Desse modo, caso a microempresa ou empresa de pequeno porte (ME/EPP) concorrente no certame licitatório apresente proposta final de valor igual ao de outra licitante que não seja uma ME ou EPP (empate real), a lei lhe assegura preferência na contratação.

Assim concluiu o voto condutor do Acórdão proferido por este Colegiado ao julgar o Agravo de Instrumento Nº 70071214779, que confirmou a liminar deferida no feito, de lavra do eminente Desembargador jubilado JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO, relator, do qual reproduzo este excerto, "in litteris":

*"Como bem observou a magistrada a quo, não há lógica sistêmica para se estabelecer a aplicação do direito de preferência tão somente nos casos de empate presumido. Com mais razão o tratamento favorecido deveria ser observado no empate real, quando somente uma das empresas participantes, e em condição de empate, sustenta o caráter de ME/EPP, como ocorreu no presente caso.*

**Da análise dos dispositivos legais transcritos, parece nitido que a LC nº 123/06 conferiu duas prerrogativas às microempresas e empresas de pequeno porte em certames públicos.**

A primeira diz respeito ao critério de desempate previsto no caput do art. 44 da LC 123/06, cuja redação é taxativa: "Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte".

A segunda diz respeito à presunção de empate, a que alude o art. 44, §§ 1º e 2º, ficção jurídica que confere às microempresas e empresas de pequeno a faculdade de ofertar novo lance quando suas propostas sejam até 10% superiores à proposta de melhor classificação (art. 44, §1º) ou, no caso do pregão, se o intervalo for até de 5% (art. 44, §2º).

[...]

**APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. LC 123/06. PRERROGATIVA ESTENDIDA À EPP E ME. DIREITO DA IMPETRANTE DE APRESENTAR NOVA PROPOSTA. PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. IMPROCEDENCIA. (...)**

**2. Prerrogativa das empresas de pequeno porte e microempresas previstas na LC nº 123/06 aplicável às licitações, independentemente de que constem ou não do Edital de Convocação. Tratamento diferenciado que deve ser observado.** Inobservância de qualquer ofensa ao princípio da isonomia. *Matéria pacificada. PROVIDO O APELO DA IMPETRANTE. DESPROVIDOS OS DEMAIS. (Apelação Cível Nº 70047031562, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 24/04/2013)*

[...]

Desse entendimento não discrepa a jurisprudência deste Tribunal, como se colhe, exemplificativamente:

**APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DE PREFERÊNCIA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NOS CASOS DE EMPATE.**

**A Lei Complementar Federal n. 123/2006 prevê a preferência às microempresas e empresas de pequeno porte nos casos de empate, de tal forma que estando elas empatadas com outras concorrentes e não sendo possível lança inferior, o sorteio se dará entre elas. RECURSO DESPROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70044403616, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Claudia Cachapuz, Redator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 27/04/2017)**

**APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. LC 123/06. PRERROGATIVA ESTENDIDA À EPP E ME. DIREITO DA IMPETRANTE DE APRESENTAR NOVA PROPOSTA. PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. IMPROCEDENCIA. (...)**

**2. Prerrogativa das empresas de pequeno porte e microempresas previstas na LC nº 123/06 aplicável às licitações, independentemente de que constem ou não do Edital de Convocação. Tratamento diferenciado que deve ser observado.** Inobservância de qualquer ofensa ao princípio da isonomia. *Matéria pacificada. PROVIDO O APELO DA IMPETRANTE. DESPROVIDOS OS DEMAIS. (Apelação Cível Nº 70047031562, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 24/04/2013)*

[...]

*Por seu turno, e nem poderia ser de modo diverso, conferindo densidade ao preceito constitucional, Lei Complementar nº 123/2006 adota o privilégio constitucional para a hipótese de “empate” entre as propostas ofertadas pelos licitantes, conforme previsto no art. 44.*

*(...)*

*Como se percebe com rara facilidade, a lei trata de empate, ainda que “ficto”, igualando as propostas, desde que a diferença não supere 10%, consagrando atendimento prioritário às MEs e EPPs licitantes.*

*Como se vê dos autos, o doc. da fl. 72 confirma tal condição por parte da impetrante, o que torna ilegal o ato da autoridade apontada como coatora ao ignorar o preceito legal e adotar o sorteio, com fundamento no art. 45, §2º, da Lei 8666/93.*

*Evidente, pois, que refoge à lógica pensar-se em que o privilégio constitucionalmente assegurado à impetrante seja aplicável nos casos de “empate ficto (montante até 10% maior), e não se adote quando ocorrer “empate real”.*

*Vale observar, na esteira do esposado na sentença, que as pequenas empresas e as empresas de pequeno porte gozam de um sistema de privilégios ordenado pela própria Constituição Federal dentre os quais revela-se até a presunção de empate conforme previsão do art. 44, parágrafos 1º e 2º, ainda que ficto.*

*Ora, se mesmo na hipótese de se tratar de empate ficto, a impetrante dispõe de tratamento privilegiado, quanto mais tutelar tal direito se o empate for real, sob pena de que, em se adotando a regra geral do art. 45, § 2º da Lei 8.666/93, em detrimento da norma específica do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06, restará violada a própria previsão constitucional já mencionada.*

*Portanto, tem-se por correta a concessão da ordem, o que deve afastar o provimento ao presente recurso.*

*Ao final, deve a sentença, também, ser confirmada em reexame necessário.”*

**Dispositivo:**

Do exposto, voto por **negar provimento ao apelo e confirmar integralmente a sentença em reexame necessário.**

Corroborando, colaciona-se outros entendimentos jurisprudenciais sobre o tema:

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

**O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno não se limita aos casos de empate presumido, nos quais possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado, com mais... razão, na hipótese de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaram o valor mínimo.** Incidência do art. 44 da LC nº 123/06, cuja redação é taxativa: **Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.** (ut ementa do Acórdão do AI nº 70071214779, julgado pela 21ª Câmara Cível deste Tribunal). No caso concreto, embora a impetrante sustente a ilegalidade do critério de desempate adotado pela Comissão de Licitação, com suporte em cláusula do edital do certame, argumentando ter sido inobservado o disposto no art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, não há como, de plano, ter como configurada nulidade a esse respeito. **Sem prejuízo do critério expressamente indicado em cláusula do edital do certame licitatório, cumpre ter**

em conta que, a teor do que preceituam os arts. 170, IX, da CF/88 e 44 da LC nº 123/2006, o tratamento privilegiado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, a priori, não se restringe às hipóteses de empate presumido ou ficto entre as licitantes, comportando aplicação às situações em que se constata empate real, como ocorre in casu . Assim, nada autoriza a concessão da liminar pleiteada no mandamus , ausente a demonstração,... de plano, do requisito da probabilidade do direito exigido nos arts. 300 do CPC/2015 e 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/2009. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. ( Agravo de Instrumento Nº 70077466415, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 29/11/2018). (TJ-RS - AI: 70077466415 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 29/11/2018, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/12/2018)” (Destacamos)

Conforme vislumbra-se do entendimento jurisprudencial sobre o tema, o **critério de desempate disposto na Lei nº 123/06 igualmente se aplica no caso de empate real; de modo a assegurar a preferência de contratação da EPP/ME, cuja proposta se encontra em igualdade de condições com àquelas apresentadas pelas demais Licitantes.**

Assim, tendo em vista que *in casu* **todas as Licitantes apresentaram propostas semelhantes, qual seja: Taxa Zero**; portanto, **restando indubitável a existência de “equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte”**, não há que se falar em irregularidade do sorteio realizado tão somente entre as EPPs e as MEs!

Desse modo, quanto às alegações de que a previsão legal em comento se aplica somente aos casos de empate ficto, estas não guardam qualquer razão, pois a jurisprudência é clara ao afirmar que **o artigo 44, inciso III, da Lei nº 123/06 deve ser aplicado também em casos de empate real**, em respeito à preferência de contratação da EPPs/MEs quando do critério de desempate.

Frise: **como não há a possibilidade de as EPPs/MEs apresentarem proposta inferior para desigualar (empate real), eis que o valor de suas propostas já se encontra no valor mínimo possível (vedação de utilização de taxa negativa), diante da imposição legal quanto a preferência de contratação de EPP/ME, incontrovertidamente deve ser realizado o sorteio previsto no artigo 44, inciso III da Lei nº 123/06 – como corretamente observado e respeitado pela Sra. Pregoeira.** Do contrário, a preferência legalmente imposta seria anulada!

Com toda vênica, dos fundamentos retro expostos verifica-se que **a aplicação da Lei nº 123/2006, em nada afeta a vedação da apresentação de taxa negativa**; isso porque, tendo em vista o empate **real** entre as Licitantes, que por sua vez não podem melhor suas propostas (eis que vedada a taxa negativa), o sistema acertadamente realizou o sorteio entre as microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o artigo 44, inciso III, da referida Lei.

**Equivoca-se a Recorrente ao entender que a norma se aplica somente em casos de empate ficto – o que não é verdade, conforme robustamente demonstrado e comprovado pelo torrencial entendimento jurisprudencial, que rechaça este argumento, e confirma prevalência da Lei nº 123/06 também em casos de empate real** – como ocorre *in casu*.

Ainda a fim de corroborar o exposto, colaciona-se a seguir recente sentença proferida no Mandado de Segurança interposto pela Recorrida sob o nº 1000359-87.2023.8.26.0369:

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 apregoado 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. 61), 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 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."*

Outrossim, da análise da Lei nº 123/06, verifica-se que **sua criação fora justamente para promover o incentivo às micro e pequenas empresas**, sendo esta uma **alternativa efetiva de desenvolvimento econômico e social, principalmente no que tange as contratações pelo Poder Público; porquanto, desrespeitá-la seria um evidente retrocesso!**

Frise-se, **quando da criação da Lei nº 123/06, o legislador pátrio buscou atender a previsão da própria Constituição Federal, a qual assegura o tratamento diferenciado e favorecido às Micro e Empresas de Pequeno Porte.**

Por outro lado, **a contratação da Recorrida não traz qualquer prejuízo à Administração, uma vez que sua proposta fora idêntica a proposta das demais empresas!**

Ante o exposto, são completamente descabidas as alegações da Recorrente, bem como o fim que se almeja, eis que repita-se, **a Sra. Pregoeira conduziu habilmente a realização do certame, em observância estrita aos ditames legais e jurisprudências pátrias, não havendo qualquer irregularidade que desabone o processo licitatório.**

II. III Outrossim, consoante termos editalícios, a Recorrida apresentou os documentos exigidos para comprovar seu enquadramento como EPP. Senão vejamos:

Cadastro de CNPJ	CNPJ 07.03.pdf
Ato Constitutivo (Estatuto ou Contrato Social)	Contrato BPF Prime Bank 20 alteracao (1).pdf
Atestado de Capacidade Técnica	atestado umuarama, serra, novais.pdf
Declaração de enquadramento no regime de tributação de ME/EPP	Anexos de EG.pdf
Prova de Inscrição Municipal	ficha cadastral municipal - ccm 38944 - assinada.pdf

Sobre o tema, a Recorrente não trouxe em suas razões recursais quaisquer fundamentos e/ou provas que pudessem ao menos minimamente embasar sua impugnação ao enquadramento da Recorrida como EPP; apenas utilizando-se do presente Recurso para postergar e tumultuar o processo licitatório.

### III. DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

III. I Nessa toada, com toda vênia, é dever do Município zelar pela impessoalidade, eficiência, igualdade, razoabilidade e competitividade; **além de buscar as melhores condições de compras de insumos, sempre escolhendo a proposta mais vantajosa e em observância aos termos do Edital – o que deve ser mantido no presente certame.**

Frise-se, devem ser observados ao presente processo os PRINCÍPIOS BÁSICOS DA **LEGALIDADE**, IGUALDADE, **RAZOABILIDADE** e COMPETITIVIDADE, garantidos pela Constituição Federal e disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e previstos no artigo 11, da Lei nº 14.133/21, **para tanto, devendo ser negado provimento ao recurso em testilha.**

“ART. 3º A LICITAÇÃO DESTINA-SE A GARANTIR A **OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA E A SELECIONAR A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO 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 LHE SÃO CORRELATOS.**

ART. 11. O PROCESSO LICITATÓRIO TEM POR OBJETIVOS:

I - **ASSEGURAR A SELEÇÃO DA PROPOSTA APTA A GERAR O RESULTADO DE CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INCLUSIVE NO QUE SE REFERE AO CICLO DE VIDA DO OBJETO;]**”

(Destacamos)

**III. II** Quanto ao princípio da eficiência podemos dizer que o ordenamento jurídico censura a atuação amadorística do agente público, que, no exercício de sua função, **deve imprimir incansável esforço pela consecução do melhor resultado possível e o máximo proveito com o mínimo de recursos humanos e financeiros.**

Corroborando o Princípio retro exposto, o Princípio da Supremacia do Interesse Público garante que, no confronto entre o interesse do particular e o interesse público, **prevalecerá o segundo, no qual se concentra o interesse da coletividade.**

Deste modo, necessário se faz que o Administrador, quando da aplicação da Lei de Licitação, **não só busque a aplicação pura e direta do dispositivo legal, mas também conjugá-lo com todos os princípios norteadores em busca da **solução que melhor prestigie o interesse público e os fins buscados pelos procedimentos licitatórios.****

Para tanto, deve haver um sopesamento entre os princípios, uma análise crítica, **aplicando ao caso concreto a decisão que melhor se adegue aos objetivos da licitação, sem malferir os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público.**

#### **IV. DOS PEDIDOS:**

*EX POSITIS*, no que tange aos pontos abordados nas presentes contrarrazões, Requer **seja negado provimento ao Recurso em tela, mantendo-se o julgamento do certamente e a ordem de classificação das Licitantes.**



Termos em que,  
pede deferimento.

Mogi Mirim/SP, 23 de abril de 2023.

**THAINÁ DA CUNHA ANDRADE**  
**OAB/SP 424.843**

