

PARECER JURÍDICO

**Processo Administrativo nº 168/2023
Pregão Eletrônico nº 17/2023**

EMENTA: RECURSO ADMINISTRATIVO EM FACE DA DECISÃO QUE CLASSIFICOU A EMPRESA VR. INOBSERVÂNCIA DA PREFERÊNCIA PARA ME E EPP. NÃO PROVIMENTO AO RECURSO.

A matéria chegou a este departamento para a apreciação jurídica dos **RECURSOS ADMINISTRATIVOS** apresentados pelas licitantes **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** e **ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA** (Despacho 90 e 91).

A Recorrente **MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** aduz que na sessão o Sr. Pregoeiro decidiu por aplicar o desempate previsto no parágrafo 2º do artigo 3 da Lei 8666/1993, sem a aplicação do tratamento diferenciado a ME e EPP previsto na Lei Complementar 123/06.

No mesmo teor foi o recurso apresentado por **ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA**.

Ao analisar os recursos e documentações apresentadas o Sr. Pregoeiro manifestou-se favoravelmente ao provimento dos recursos para realização de novo sorteio (Despacho 93).

É o relatório. Opino.

Os Recursos apresentados são tempestivos, e no mérito não merecem prosperar. Vejamos:

Cediço registrar que a questão foi objeto de consulta a empresa GEPAM, que através do Parecer nº 4.808/2023, esclareceu questionamentos dos interessados. No tocante ao assunto dos recursos foi informado que “*Analisando essa*

projeção, um cenário onde todas as propostas serão iguais à zero, de fato, não há como praticar alguns dos benefícios, em especial o do art. 442, pois o empate será real, e não há como melhorar as propostas já que a taxa negativa esta vedada. Nesse ponto, os benefícios para MEs e EPPs acabam ficando restritos à possibilidade de apresentação tardia de documentos. Inclusive, por ausência de previsão legal que permita conceber tratamento diferente ou privilégio não previsto em Lei, e diante das circunstâncias que afetam o objeto que está sendo licitado. Portanto, está adequado o posicionamento do Departamento.”

Pontua-se que a situação é atípica, e trata-se em verdade de empate real, inexistindo possibilidade de taxa negativa. Destarte, conforme esclarecido eventual privilégio poderia ser aplicado quanto a documentação fiscal.

Insta salientar que embora as Recorrentes apresentem decisões favoráveis ao pleito, o tema não é pacificado. Inclusive o Mandado de Segurança impetrado pela recorrente Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda em face do Pregão Eletrônico realizado pelo Município de Itatiba – Processo Judicial 1000605-56.2023.8.26.0281- teve o pedido liminar **indeferido**, bem como Parecer do Ministério Público do Estado de São Paulo nos seguintes termos:

*“De fato, não está evidenciada violação a direito líquido e certo da impetrante, porquanto o ato administrativo impugnado, no caso vertente, **observou detidamente o edital do certame, a legislação regente da licitação e os princípios que norteiam as contratações públicas.***

*Conforme esclarecido nos autos, **todas as propostas apresentadas no pregão continham o mesmo valor de taxa de administração de 0,00%.***

Diante disso, em razão da vedação expressa no edital de aplicação de taxa negativa, a etapa de lances ficou prejudicada, passando-se diretamente à etapa de análise dos critérios de desempate, previstos no artigo 3º, § 2º, da Lei n. 8.666/93, sendo que não havia no edital previsão do momento em

que os documentos relativos aos critérios de desempate fossem apresentados.

Verificou-se, naquela situação, que todas as empresas participantes atendiam aos critérios de desempate. Assim, procedeu-se ao sorteio entre todas as licitantes, tendo a SODEXO se sagrado vencedora.

Com efeito, conforme esclarecido pela pregoeira nas informações prestadas, **não caberia a preferência às EPP licitantes na situação vertente.**

Isso porque, conforme disposto na LC 123/2006, as empresas na condição de ME e EPP, para exercerem o direito de preferência, devem “apresentar proposta de preço inferior àquela vencedora do certame”.

Ocorre, porém, que na situação em análise não era possível a apresentação de proposta em valor inferior, já que todas as participantes apresentaram proposta de taxa de 0,00% e não era permitida a apresentação de proposta de taxa negativa.

Assim, acertadamente, o desempate foi realizado mediante sorteio, já que todas as empresas atendiam a todos os critérios previstos no artigo 3º, § 2º, da Lei 8.666/93, e **não havia qualquer respaldo legal para que o sorteio se realize apenas entre as EPP participantes.**

É dizer, diante das peculiaridades do pregão em questão, em que houve empate real, e não meramente ficto, **excluir as demais empresas do sorteio feriria os princípios da isonomia e da legalidade.**

Assim, havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma ME ou EPP e a oferta de uma grande empresa, a ME ou EPP não será de plano considerada vencedora.

Cumprida à Administração convocá-la para exercer o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06 e oferecer lance inferior. Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, o que, via de regra, exigirá o sorteio.

Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação e fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP. Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP.

Portanto, na esteira das disposições legais e do entendimento do Tribunal de Contas do estado, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes, não se aplicando as regras da LC123/06, sob pena de afronta à isonomia e competitividade do certame.

E essa foi a conduta adotada pelas autoridades municipais na situação em análise.

Pelo exposto, ausente violação a direito líquido e certo da impetrante, opino para que a ordem seja denegada, julgando-se improcedente o pedido.” (grifo nosso)

Aplicar a preferência questionada pelas Recorrentes no sorteio realizado afrontaria os Princípios da Isonomia e Competitividade da licitação, isto porque a própria Lei Complementar 123/2006 estabelece procedimento específico para utilização do direito de preferência. Vejamos:

O inciso I do artigo 45 dispõe que “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”, no presente caso o referido procedimento resta prejudicado pela impossibilidade de taxa negativa.

Assim, considerando que o certame atendeu todas as regras dispostas no Edital, e ao teor dos diplomas legais, bem como a ausência de

entendimento pacífico na Nobre Corte de Contas, não vislumbramos irregularidades no procedimento adotado pelo Sr. Pregoeiro.

Destarte, embora o Parecer acostado ao Despacho 93 seja favorável ao PROVIMENTO dos recursos, entendemos que a reforma da decisão para realização de novo sorteio exclusivamente para ME e EPP fere os princípios administrativos, razão pela qual é de rigor a manutenção da decisão.

Ante ao exposto, conclui-se pela **impossibilidade jurídica de PROVIMENTO aos recursos**, pugnando-se pela manutenção do resultado do sorteio e pela continuidade do certame.

É o Parecer, à apreciação Superior. Encaminho os autos ao setor competente.

Cajati, 22 de maio de 2023.

THAÍS NOVAES RIBEIRO
Procuradora Municipal
OAB/SP 375.404

2ª Vara Cível da Comarca de Itatiba
Autos nº 1000605-56.2023.8.26.0281
PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Meritíssimo(a) Juiz(a),

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **MEGAVALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** em face de atos de **ADRIANA STOCCO (pregoeira), MICHELE VIVIANE FUMACHI e PRISCILA DOS SANTOS FERRACINI (equipe de apoio)**, bem como **MAURO DELFORNO**, prefeito responsável pelo julgamento do recurso administrativo.

Afirma a impetrante a Prefeitura de Itatiba realizou o Pregão sob nº.152/2022, Processo Administrativo nº. 00004909/2022, para contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento e fornecimento de sistema de auxílio alimentação, conforme sessão pública ocorrida no dia 10 de janeiro de 2023, oportunidade em que ocorreu o credenciamento e a análise de documentos para critério de desempate dos licitantes. Afirma que as empresas participantes apresentaram taxa de 0%, afastando-se a etapa de lances e, diante disso, a pregoeira adotou como critério de desempate a determinação do artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93, entendendo-se, por fim, que todas as empresas participantes haviam cumprido os critérios e, após realização de sorteio, a empresa *Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S/A* foi a vencedora. Sustenta que a pregoeira não respeitou o edital e não observou o critério de desempate previsto na Lei nº 123/06, bem como a norma que garante direito ao trabalho da pessoa com deficiência como critério de desempate. Explica que seu recurso foi julgado improcedente, constando na decisão que o sorteio entre empresas beneficiárias da Lei nº123/06 (ME e EPP) não se aplicaria ao certame que também exigia a oferta de melhor proposta pela empresa sorteada. Alega que, no caso, seria impossível apresentar uma proposta, diante da vedação expressa de taxa negativa. Informa, ainda, que as participantes *IFOOD* e *Sodexo* não cumpriram os critérios de desempate pela ausência de declaração e estavam impedidas de participar do sorteio. No entanto, a pregoeira autorizou a juntada do documento. Argumenta que, além de ser empresa de pequeno porte, critério principal que deveria ser considerado, cumpriu os

critérios de desempate previstos no artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93. Requer a concessão de medida liminar para suspensão do procedimento licitatório obrigando a autoridade coatora a não praticar qualquer ato até o julgamento de mérito da presente ação, impedindo-se a assinatura de contrato ou invalidando-se, caso tenha sido realizado. Ao final, pleiteia a concessão da segurança para anular os atos da licitação a partir da realização do sorteio, determinando-se a realização de novo sorteio com participação apenas das empresas beneficiárias da Lei nº 123/06, ou, subsidiariamente, que seja considerado como critério de desempate a documentação que apresentou, por empregar PCD. Pede a citação da empresa *SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S/A*, na condição de litisconsorte passivo necessário.

Com a inicial, os documentos de fls. 29/134.

Emenda à inicial a fls. 146/147.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 148/149).

Certidão de citação de *SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA* a fls. 172.

Certidão de notificação das autoridades coatoras a fls. 174.

Manifestação de *SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIOS S/A* a fls. 176/196, com documentos de fls. 197/249. Preliminarmente, sustenta ausência de interesse processual da impetrante, pois o resultado do processo licitatório foi homologado e o objeto adjudicado à vencedora *SODEXO* antes mesmo da impetração do mandado de segurança. No mérito, afirma que, no caso vertente, não há direito líquido e certo da impetrante, porquanto o pedido carece de dilação probatória. Argumenta que a análise de mérito da questão posta deve anteceder-se ao fato de a empresa *MEGA VALE* estar devidamente enquadrada na situação de Empresa de Pequeno Porte, visto que as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/16 não são aplicadas "no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte" – leitura do inciso II, do art. 4º, da Lei 14.133/21.23. De igual modo, a obtenção dos benefícios dispostos nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/16 "fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de

enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação” – leitura do inciso I, do art. 4º, da Lei 14.133/21. Sustenta que o pedido demandaria uma análise da situação contábil da empresa diante das especificidades mencionadas. Argumenta que as ME e EPP não devem ser privilegiadas nos processos licitatórios de modo incondicional, ignorando preceitos fundamentais do processo licitatório ao apresentar ofertas que não são mais vantajosas, aniquilando quaisquer chances de que as demais licitantes possam ser contratadas pela Administração Pública em razão de seu mérito. Por fim, ressalta que as normas legais e editalícias foram rigorosamente cumpridas na licitação em comento e estão de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas de São Paulo.

Informações prestadas pelas autoridades coatoras e pelo Município de Itatiba a fls. 250/279, com os documentos de fls. 280/310. Preliminarmente, sustentam que a impetrante não possui interesse processual, porquanto o resultado da licitação foi homologado e o objeto adjudicado anteriormente à impetração do mandado de segurança. Alegam que não há direito líquido e certo da impetrante. Aduzem que no caso em discussão, a impetrante não comprovou, por meio de prova pré-constituída, que houve qualquer violação a direito seu, mesmo porque, sequer juntou as cópias do procedimento administrativo nº 4909/2022, como determinado pela r. decisão de fls. 140/142 (item “III”), sem contar que a análise da pretensão demandaria necessário exame dos documentos constantes do certame licitatório em cotejo com as previsões constantes do edital e a legislação aplicável. Argumenta que a decisão da Sra. Pregoeira, confirmada em grau de recurso administrativo pelo Chefe do Poder Executivo, levou em conta a situação concreta atípica e *sui generis* ocorrida no Pregão (empate real das propostas apresentadas em igual valor – todas com taxa de administração igual a 0,00%), aplicando adequadamente as previsões contidas na Lei Federal nº 8.666/1993, Lei Complementar Federal nº 123/2006, no edital que regulou o certame, em fiel observância aos princípios da legalidade estrita, isonomia, julgamento objetivo, prezando pela igualdade de condições entre os participantes e ampla participação destes. Com efeito, diante da situação de empate real, não seria cabível a priorização das EPP que participavam do certame, porquanto não havia possibilidade de se chegar a uma proposta de taxa mais baixa do que as já apresentadas pelas concorrentes (todas apresentaram proposta de 0,00%). Para que fosse possível a aplicação da norma preferencial prevista na LC 123/2006, a empresa enquadrada como ME e EPP mais bem classificada precisaria “apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame” (artigo 45, I), o que, no caso particular do pregão em apreço, não seria possível porque todas as propostas já se encontravam no patamar mínimo permitido por Lei (taxa de administração de 0,00%) e é vedada a proposta em taxa negativa. Assim, sustenta que não há falar em violação a direito líquido e certo da impetrante, pois não faz jus ao tratamento

preferencial destinado às MEs e EPPs na hipótese verificada no Pregão, devendo ser afastada a pretensão de anulação da decisão administrativa tomada pela autoridade municipal, e denegada a segurança pleiteada.

Manifestação da impetrante a fls. 314/321.

Eis o relatório.

Analisando as alegações e os documentos juntados pela impetrante, é de se concluir que inexistente violação a direito líquido e certo a amparar a pretensão manifestada na inicial.

Com efeito, na exata lição do saudoso HELY LOPES MEIRELLES, "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios legais."^[1]

Vale que se traga à colação, igualmente, o ensinamento do festejado CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, para quem "considera-se líquido e certo o direito independentemente de sua complexidade, quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis de plano; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitada pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo."^[2]

De fato, não está evidenciada violação a direito líquido e certo da impetrante, porquanto o ato administrativo impugnado, no caso vertente, observou detidamente o edital do certame, a legislação regente da licitação e os princípios que norteiam as contratações públicas.

Conforme esclarecido nos autos, todas as propostas apresentadas no pregão continham o mesmo valor de taxa de administração de 0,00%.

Diante disso, em razão da vedação expressa no edital de aplicação de taxa negativa, a etapa de lances ficou prejudicada, passando-se diretamente à etapa de análise dos critérios de desempate, previstos no artigo 3º, § 2º, da Lei n. 8.666/93, sendo que não havia no edital previsão do momento em que os documentos relativos aos critérios de desempate fossem apresentados.

Verificou-se, naquela situação, que todas as empresas participantes atendiam aos critérios de desempate. Assim, procedeu-se ao sorteio entre todas as licitantes, tendo a *SODEXO* se sagrado vencedora.

Com efeito, conforme esclarecido pela pregoeira nas informações prestadas, não caberia a preferência às EPP licitantes na situação vertente.

Isso porque, conforme disposto na LC 123/2006, as empresas na condição de ME e EPP, para exercerem o direito de preferência, devem "apresentar proposta de preço inferior àquela vencedora do certame".

Ocorre, porém, que na situação em análise não era possível a apresentação de proposta em valor inferior, já que todas as participantes apresentaram proposta de taxa de 0,00% e não era permitida a apresentação de proposta de taxa negativa.

Assim, acertadamente, o desempate foi realizado mediante sorteio, já que todas as empresas atendiam a todos os critérios previstos no artigo 3º, § 2º, da Lei 8.666/93, e não havia qualquer respaldo legal para que o sorteio se realize apenas entre as EPP participantes.

É dizer, diante das peculiaridades do pregão em questão, em que houve empate real, e não meramente ficto, excluir as demais empresas do sorteio feriria os princípios da isonomia e da legalidade.

Assim, havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma ME ou EPP e a oferta de uma grande empresa, a ME ou EPP não será de plano considerada vencedora. Cumpre à Administração convocá-la para exercer o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06 e oferecer lance inferior. Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, o que, via de regra, exigirá o sorteio.

Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação

de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP. Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP.

Portanto, na esteira das disposições legais e do entendimento do Tribunal de Contas do estado, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes, não se aplicando as regras da LC123/06, sob pena de afronta à isonomia e competitividade do certame.

E essa foi a conduta adotada pelas autoridades municipais na situação em análise.

Pelo exposto, ausente violação a direito líquido e certo da impetrante, opino para que a ordem seja **denegada**, julgando-se improcedente o pedido.

Itatiba, data do protocolo.

Ana Paula Nidalchichi Ribeiro
Promotora de Justiça

Mariana Duarte Coelho Lima
Analista Jurídica

[1] Mandado de Segurança e Ação Popular, RT, 8a. ed., 1982, p. 10.

[2] Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 7a. ed., 1995, pp. 129/130.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ITATIBA

FORO DE ITATIBA

2ª VARA CÍVEL

Avenida Barão de Itapema, 181, -, Centro - CEP 13250-902, Fone:
(11)2299-1204 r, Itatiba-SP - E-mail: itatiba2cv@tjsp.jus.br

DECISÃO

Processo nº: **1000605-56.2023.8.26.0281**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Licitações**
 Impetrante: **Mega Vale Administradora de Carões e Serviços Ltda**
 Impetrado: **Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.a. e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Orlando Haddad Neto**

Vistos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA em face do ato da SECRETARIA DE EDUCAÇÃO, SECRETARIA DE FINANÇAS E SECRETARIA DE SAÚDE da PREFEITURA MUNICIPAL DE ITATIBA.

Esclarece que a Prefeitura de Itatiba realizou o Pregão sob nº. 152/2022, Processo Administrativo nº. 00004909/2022, para contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento e fornecimento de sistema de auxílio alimentação, conforme sessão pública ocorrida no dia 10 de janeiro de 2023, oportunidade em que ocorreu o credenciamento e a análise de documentos para critério de desempate dos licitantes.

Afirma que as empresas participantes apresentaram taxa de 0%, afastando-se a etapa de lances e, diante disso, a pregoeira adotou como critério de desempate a determinação do artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93, entendendo-se, por fim, que todas as empresas participantes haviam cumprido os critérios e, após realização de sorteio, a empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S/A foi a vencedora.

Sustenta que a pregoeira não respeitou o edital e não observou o critério de desempate previsto na Lei nº 123/06, bem como a norma que garante direito ao trabalho da pessoa com deficiência como critério de desempate. Explica que seu recurso foi julgado improcedente, constando na decisão que o sorteio entre empresas beneficiárias da Lei nº 123/06 (ME e EPP) não se aplicaria ao certame que também exigia a oferta de melhor proposta pela empresa sorteada. Alega que, no caso, seria impossível apresentar uma proposta, diante da vedação expressa de taxa negativa.

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

COMARCA DE ITATIBA

FORO DE ITATIBA

2ª VARA CÍVEL

Avenida Barão de Itapema, 181, -, Centro - CEP 13250-902, Fone:
(11)2299-1204 r, Itatiba-SP - E-mail: itatiba2cv@tjsp.jus.br

Informa, ainda, que as participantes IFOOD e Sodexo não cumpriram os critérios de desempate pela ausência de declaração e estavam impedidas de participar do sorteio, no entanto, a pregoeira autorizou a juntada do documento. Argumenta que, além de ser empresa de pequeno porte, critério principal que deveria ser considerado, cumpriu os critérios de desempate previstos no artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93.

Requer a concessão de medida liminar para suspensão do procedimento licitatório obrigando a autoridade coatora a não praticar qualquer ato até o julgamento de mérito da presente ação, impedindo-se a assinatura de contrato ou invalidando-se, caso tenha sido realizado. Ao final, pleiteia a concessão da segurança para anular os atos da licitação a partir da realização do sorteio, determinando-se a realização de novo sorteio com participação apenas das empresas beneficiárias da Lei nº 123/06, ou, subsidiariamente, que seja considerado como critério de desempate a documentação que apresentou, por empregar PCD. Pede a citação da empresa SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S/A, na condição de litisconsorte passivo necessário. Junta documentos (fls. 24/139).

A inicial foi emendada para indicar como autoridades coatora a pregoeira ADRIANA STOCCO e a comissão de apoio MICHELE VIVIANE FUMACHI e PRISCILA DOS SANTOS FERRACINI, bem como o Prefeito MAURO DELFORNO. Afirma a impetrante que não possui acesso aos autos administrativos, os quais deverão ser juntados aos autos pelos impetrados.

É o relatório. Decido.

I) Recebo a petição de fls. 146/147 como aditamento da inicial. Anote-se, alterando o polo passivo junto ao sistema informatizado para constar ADRIANA STOCCO (pregoeira), MICHELE VIVIANE FUMACHI e PRISCILA DOS SANTOS FERRACINI (equipe de apoio), bem como MAURO DELFORNO, prefeito responsável pelo julgamento do recurso administrativo.

II) A liminar pleiteada deve ser indeferida.

Na hipótese, não juntou a impetrante cópia integral do processo administrativo nº. 00004909/2022, não sendo possível aferir se houve irregularidade na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ITATIBA

FORO DE ITATIBA

2ª VARA CÍVEL

Avenida Barão de Itapema, 181, -, Centro - CEP 13250-902, Fone:
(11)2299-1204 r, Itatiba-SP - E-mail: itatiba2cv@tjsp.jus.br

condução do certame ou desrespeito às normas do edital, de modo a determinar a suspensão do procedimento licitatório, caso ainda não tenha encerrado.

Registra-se que a superveniente adjudicação à empresa vencedora não acarreta perda do objeto do mandado de segurança, uma vez que, ocorrendo nulidade no certame licitatório, o contrato administrativo fica contaminado pelo vício. Entretanto, se encerrado o procedimento licitatório com a homologação e a adjudicação do objeto ao vencedor antes da impetração da ação mandamental, tem-se a carência de ação por ausência de interesse processual no manejo da medida, culminando com a extinção do processo sem resolução de mérito.

Nesse cenário, inexistindo elementos suficientes que possibilitem uma análise segura da situação, aguarde-se a vinda de informações dos impetrantes bem como a manifestação da empresa vencedora.

III) NOTIFIQUEM-SE as autoridades impetradas, por mandado, para prestarem informações, no prazo de dez dias (artigo 7º, inciso I, da Lei nº 12.016/09).

Nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei 12.016/09, cientifique-se a Procuradoria do Município, pelo portal eletrônico, enviando-lhe cópia da inicial para, caso queira, ingresse no feito.

IV) CITE-SE a empresa vencedora SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMÉRCIO S.A, na condição de litisconsorte passiva necessária, para, no prazo de quinze dias, apresentar manifestação.

V) Após, dê-se vista ao representante do Ministério Público.

VI) Intimem-se.

Itatiba, 16 de fevereiro de 2023.

ORLANDO HADDAD NETO

Juiz de Direito

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

2ª Vara Cível da Comarca de Itatiba
Autos nº 1000605-56.2023.8.26.0281
PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Meritíssimo(a) Juiz(a),

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **MEGAVALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA** em face de atos de **ADRIANA STOCCO (pregoeira), MICHELE VIVIANE FUMACHI e PRISCILA DOS SANTOS FERRACINI (equipe de apoio)**, bem como **MAURO DELFORNO**, prefeito responsável pelo julgamento do recurso administrativo.

Afirma a impetrante a Prefeitura de Itatiba realizou o Pregão sob nº.152/2022, Processo Administrativo nº. 00004909/2022, para contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento e fornecimento de sistema de auxílio alimentação, conforme sessão pública ocorrida no dia 10 de janeiro de 2023, oportunidade em que ocorreu o credenciamento e a análise de documentos para critério de desempate dos licitantes. Afirma que as empresas participantes apresentaram taxa de 0%, afastando-se a etapa de lances e, diante disso, a pregoeira adotou como critério de desempate a determinação do artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93, entendendo-se, por fim, que todas as empresas participantes haviam cumprido os critérios e, após realização de sorteio, a empresa *Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S/A* foi a vencedora. Sustenta que a pregoeira não respeitou o edital e não observou o critério de desempate previsto na Lei nº 123/06, bem como a norma que garante direito ao trabalho da pessoa com deficiência como critério de desempate. Explica que seu recurso foi julgado improcedente, constando na decisão que o sorteio entre empresas beneficiárias da Lei nº123/06 (ME e EPP) não se aplicaria ao certame que também exigia a oferta de melhor proposta pela empresa sorteada. Alega que, no caso, seria impossível apresentar uma proposta, diante da vedação expressa de taxa negativa. Informa, ainda, que as participantes *IFOOD* e *Sodexo* não cumpriram os critérios de desempate pela ausência de declaração e estavam impedidas de participar do sorteio. No entanto, a pregoeira autorizou a juntada do documento. Argumenta que, além de ser empresa de pequeno porte, critério principal que deveria ser considerado, cumpriu os

critérios de desempate previstos no artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93. Requer a concessão de medida liminar para suspensão do procedimento licitatório obrigando a autoridade coatora a não praticar qualquer ato até o julgamento de mérito da presente ação, impedindo-se a assinatura de contrato ou invalidando-se, caso tenha sido realizado. Ao final, pleiteia a concessão da segurança para anular os atos da licitação a partir da realização do sorteio, determinando-se a realização de novo sorteio com participação apenas das empresas beneficiárias da Lei nº 123/06, ou, subsidiariamente, que seja considerado como critério de desempate a documentação que apresentou, por empregar PCD. Pede a citação da empresa *SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO S/A*, na condição de litisconsorte passivo necessário.

Com a inicial, os documentos de fls. 29/134.

Emenda à inicial a fls. 146/147.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 148/149).

Certidão de citação de *SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA* a fls. 172.

Certidão de notificação das autoridades coatoras a fls. 174.

Manifestação de *SODEXO PASS DO BRASIL SERVIÇOS E COMÉRCIOS S/A* a fls. 176/196, com documentos de fls. 197/249. Preliminarmente, sustenta ausência de interesse processual da impetrante, pois o resultado do processo licitatório foi homologado e o objeto adjudicado à vencedora *SODEXO* antes mesmo da impetração do mandado de segurança. No mérito, afirma que, no caso vertente, não há direito líquido e certo da impetrante, porquanto o pedido carece de dilação probatória. Argumenta que a análise de mérito da questão posta deve anteceder-se ao fato de a empresa *MEGA VALE* estar devidamente enquadrada na situação de Empresa de Pequeno Porte, visto que as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/16 não são aplicadas "no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte" – leitura do inciso II, do art. 4º, da Lei 14.133/21.23. De igual modo, a obtenção dos benefícios dispostos nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/16 "fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de

enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação” – leitura do inciso I, do art. 4º, da Lei 14.133/21. Sustenta que o pedido demandaria uma análise da situação contábil da empresa diante das especificidades mencionadas. Argumenta que as ME e EPP não devem ser privilegiadas nos processos licitatórios de modo incondicional, ignorando preceitos fundamentais do processo licitatório ao apresentar ofertas que não são mais vantajosas, aniquilando quaisquer chances de que as demais licitantes possam ser contratadas pela Administração Pública em razão de seu mérito. Por fim, ressalta que as normas legais e editalícias foram rigorosamente cumpridas na licitação em comento e estão de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas de São Paulo.

Informações prestadas pelas autoridades coatoras e pelo Município de Itatiba a fls. 250/279, com os documentos de fls. 280/310. Preliminarmente, sustentam que a impetrante não possui interesse processual, porquanto o resultado da licitação foi homologado e o objeto adjudicado anteriormente à impetração do mandado de segurança. Alegam que não há direito líquido e certo da impetrante. Aduzem que no caso em discussão, a impetrante não comprovou, por meio de prova pré-constituída, que houve qualquer violação a direito seu, mesmo porque, sequer juntou as cópias do procedimento administrativo nº 4909/2022, como determinado pela r. decisão de fls. 140/142 (item “III”), sem contar que a análise da pretensão demandaria necessário exame dos documentos constantes do certame licitatório em cotejo com as previsões constantes do edital e a legislação aplicável. Argumenta que a decisão da Sra. Pregoeira, confirmada em grau de recurso administrativo pelo Chefe do Poder Executivo, levou em conta a situação concreta atípica e *sui generis* ocorrida no Pregão (empate real das propostas apresentadas em igual valor – todas com taxa de administração igual a 0,00%), aplicando adequadamente as previsões contidas na Lei Federal nº 8.666/1993, Lei Complementar Federal nº 123/2006, no edital que regulou o certame, em fiel observância aos princípios da legalidade estrita, isonomia, julgamento objetivo, prezando pela igualdade de condições entre os participantes e ampla participação destes. Com efeito, diante da situação de empate real, não seria cabível a priorização das EPP que participavam do certame, porquanto não havia possibilidade de se chegar a uma proposta de taxa mais baixa do que as já apresentadas pelas concorrentes (todas apresentaram proposta de 0,00%). Para que fosse possível a aplicação da norma preferencial prevista na LC 123/2006, a empresa enquadrada como ME e EPP mais bem classificada precisaria “apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame” (artigo 45, I), o que, no caso particular do pregão em apreço, não seria possível porque todas as propostas já se encontravam no patamar mínimo permitido por Lei (taxa de administração de 0,00%) e é vedada a proposta em taxa negativa. Assim, sustenta que não há falar em violação a direito líquido e certo da impetrante, pois não faz jus ao tratamento

preferencial destinado às MEs e EPPs na hipótese verificada no Pregão, devendo ser afastada a pretensão de anulação da decisão administrativa tomada pela autoridade municipal, e denegada a segurança pleiteada.

Manifestação da impetrante a fls. 314/321.

Eis o relatório.

Analisando as alegações e os documentos juntados pela impetrante, é de se concluir que inexistente violação a direito líquido e certo a amparar a pretensão manifestada na inicial.

Com efeito, na exata lição do saudoso HELY LOPES MEIRELLES, "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios legais."^[1]

Vale que se traga à colação, igualmente, o ensinamento do festejado CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, para quem "considera-se líquido e certo o direito independentemente de sua complexidade, quando os fatos a que se deva aplicá-lo sejam demonstráveis de plano; é dizer, quando independam de instrução probatória, sendo comprováveis por documentação acostada quando da impetração da segurança ou, então, requisitada pelo juiz a instâncias do impetrante, se o documento necessário estiver em poder de autoridade que recuse fornecê-lo."^[2]

De fato, não está evidenciada violação a direito líquido e certo da impetrante, porquanto o ato administrativo impugnado, no caso vertente, observou detidamente o edital do certame, a legislação regente da licitação e os princípios que norteiam as contratações públicas.

Conforme esclarecido nos autos, todas as propostas apresentadas no pregão continham o mesmo valor de taxa de administração de 0,00%.

Diante disso, em razão da vedação expressa no edital de aplicação de taxa negativa, a etapa de lances ficou prejudicada, passando-se diretamente à etapa de análise dos critérios de desempate, previstos no artigo 3º, § 2º, da Lei n. 8.666/93, sendo que não havia no edital previsão do momento em que os documentos relativos aos critérios de desempate fossem apresentados.

Verificou-se, naquela situação, que todas as empresas participantes atendiam aos critérios de desempate. Assim, procedeu-se ao sorteio entre todas as licitantes, tendo a *SODEXO* se sagrado vencedora.

Com efeito, conforme esclarecido pela pregoeira nas informações prestadas, não caberia a preferência às EPP licitantes na situação vertente.

Isso porque, conforme disposto na LC 123/2006, as empresas na condição de ME e EPP, para exercerem o direito de preferência, devem "apresentar proposta de preço inferior àquela vencedora do certame".

Ocorre, porém, que na situação em análise não era possível a apresentação de proposta em valor inferior, já que todas as participantes apresentaram proposta de taxa de 0,00% e não era permitida a apresentação de proposta de taxa negativa.

Assim, acertadamente, o desempate foi realizado mediante sorteio, já que todas as empresas atendiam a todos os critérios previstos no artigo 3º, § 2º, da Lei 8.666/93, e não havia qualquer respaldo legal para que o sorteio se realize apenas entre as EPP participantes.

É dizer, diante das peculiaridades do pregão em questão, em que houve empate real, e não meramente ficto, excluir as demais empresas do sorteio feriria os princípios da isonomia e da legalidade.

Assim, havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma ME ou EPP e a oferta de uma grande empresa, a ME ou EPP não será de plano considerada vencedora. Cumpre à Administração convocá-la para exercer o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06 e oferecer lance inferior. Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, o que, via de regra, exigirá o sorteio.

Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a contratação

de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP. Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP.

Portanto, na esteira das disposições legais e do entendimento do Tribunal de Contas do estado, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes, não se aplicando as regras da LC123/06, sob pena de afronta à isonomia e competitividade do certame.

E essa foi a conduta adotada pelas autoridades municipais na situação em análise.

Pelo exposto, ausente violação a direito líquido e certo da impetrante, opino para que a ordem seja **denegada**, julgando-se improcedente o pedido.

Itatiba, data do protocolo.

Ana Paula Nidalchichi Ribeiro
Promotora de Justiça

Mariana Duarte Coelho Lima
Analista Jurídica

[1] Mandado de Segurança e Ação Popular, RT, 8a. ed., 1982, p. 10.

[2] Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 7a. ed., 1995, pp. 129/130.