



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000138217

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2338418-94.2023.8.26.0000, da Comarca de Boituva, em que é agravante MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, são agravados LEONARDO ROBERTO FOLIM (PREFEITO) e VEROOCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente sem voto), RENATO DELBIANCO E MARCELO BERTHE.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2024.

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 6.602

Agravo de Instrumento nº 2338418-94.2023.8.26.0000

Agravante: Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda.

Agravados: Leonardo Roberto Folim e Verocheque Refeições Ltda.

Interessado: Município de Iperó

AGRAVO DE INSTRUMENTO – LIMINAR – PREGÃO ELETRÔNICO – MUNICÍPIO DE IPERÓ – Contratação de serviços de administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de vale alimentação aos servidores municipais – Pretensão de suspender o pregão eletrônico – Empate real entre as propostas apresentadas – Sorteio realizado entre todos os licitantes – Cabimento – Preferência de desempate conferida à ME e EPP, nos termos do art. 44 e 45 da LC nº 123/06, que não tem o alcance almejado pela agravante – Tratamento diferenciado e favorecido que não se sobrepõe aos princípios da legalidade, vinculação do Edital, isonomia e contratação da proposta mais vantajosa à Administração – Precedentes deste E. TJSP – Decisão que indeferiu a liminar mantida.
RECURSO IMPROVIDO.

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, interposto por MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA. contra a r. decisão de fls. 261 que, no mandado de segurança nº 1005386-39.2023.8.26.0082, indeferiu a liminar requerida pela impetrante com a finalidade de suspender o andamento do Pregão Eletrônico nº 27/2023 realizado pelo MUNICÍPIO DE IPERÓ.

Alega a empresa que participa de procedimento licitatório no qual não foi dada a devida preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da LC nº 126/06. O sorteio realizado entre todas as participantes desconsiderou o tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP na contratação.

Segundo a agravante, os responsáveis pelo certame afirmaram que a diferenciação de tratamento não se aplica na hipótese de empate real



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e que a preferência estaria associada à apresentação de proposta mais vantajosa por essas empresas.

Insiste a recorrente que houve ofensa a direito líquido e certo, pois a licitante sagrada vencedora (Verocheque) não goza dos benefícios da LC nº 126/06, ao contrário da agravante, que é empresa de pequeno porte.

Busca suspender o processo licitatório antes que a vencedora inicie a execução do objeto do contrato, com fornecimento de cartões e recargas aos servidores do Município de Iperó. Ao final, requer a reforma da decisão e o provimento do recurso.

A tutela recursal foi indeferida (fls. 266 a 270).

Os agravados apresentaram contraminutas (fls. 282 a 290 e 294 a 305).

A d. Procuradoria Geral de Justiça entende que o recurso comporta provimento (fls. 440 a 442).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

A agravante participou de licitação na modalidade Pregão Eletrônico, do tipo menor preço global, realizado pela Prefeitura Iperó (Edital nº 27/2023 – fls. 85 a 142 origem) para a contratação de empresa para administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de vale alimentação aos servidores municipais.

No andamento da licitação, ficaram empatadas as propostas apresentadas. As empresas Verocheque Refeições Ltda., Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda. e R6 Instituição de Pagamentos Ltda. manifestaram o direito aos benefícios da Lei Complementar nº 123/06 “ME” (fls. 143 a 146 origem).

Todas as empresas encaminharam o mesmo valor do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

lance (R\$ 7.982.100,00). A Administração, então, realizou sorteio e classificou a empresa Verocheque Refeições Ltda. como vencedora (fls. 143 a 146 origem).

Inconformada, a Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., ora agravante, indagou “Será aplicada a preferência de contratação para ME/EPP conforme previsto no Art. 44 da LC 123/06, assim como previsto no item 7.4 do edital?” e a Comissão de Licitação respondeu “Alguns participantes do lote ofertaram valores iguais de proposta/lance. O sorteio entre eles foi realizado” (fls. 145 origem).

Feito esse breve relato, em que pesem os esforços da recorrente, **não** estão presentes os requisitos para a concessão da liminar.

Isto porque não se verifica, de pronto, a irregularidade apontada pela agravante a respeito da inobservância do direito de preferência das microempresas e das empresas de pequeno porte.

A Constituição Federal prevê o tratamento diferenciado a tais empresas, na tentativa de incentivar que sejam constituídas e viabilizadas no mercado. É o que enuncia o art. 179:

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.

Com base no dispositivo constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 123/2006, que assegura, por seus arts. 44 e 45, a preferência das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações:

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 tratamento diferenciado e favorecido conferido às ME e EPP também é previsto pela 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 probidade 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.

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.

O Edital da Licitação, por sua vez, dispôs sobre a aplicação dos benefícios da LC nº 123/2006 às microempresas e empresas de pequeno porte (fls. 93 autos de origem):

7.4. A microempresa ou empresa de pequeno porte deverá, quando do cadastramento da proposta inicial de preço a ser digitado no sistema, verificar nos dados cadastrais junto a BLL se assinalou o regime ME/EPP no sistema conforme o seu regime de tributação, para fazer valer o **direito de prioridade do desempate, art. 44 e 45 da LC 123/2006**, facultado ao Município se for o caso, promover diligência com a finalidade de comprovar o enquadramento do licitante como ME ou EPP diante das normas da Lei. AnexoVI.

No presente caso, ocorreu empate entre as propostas/lances apresentados pelas empresas, que eram todos idênticos.

Já, a partir desta constatação, é possível concluir que não se está diante do empate *facto* (que equipara a proposta apresentada pela ME ou EPP superior em até 5% àquela apresentada por empresa com a melhor proposta, mas que não goza do benefício), mas de empate *real* entre todas as licitantes.

Segundo os escólios da doutrina sobre o tema:

“A preferência em empate *facto* se verifica quando a proposta de uma MP ou EPP superar em até 10% o valor daquela de menor valor (desde que tenha essa sido apresentada por um licitante que não se qualifique como MP ou EPP). Essa margem é reduzida para 5% quando se tratar de pregão. Nesse caso, a LC 123/2006 considera existir um empate e assegura à ME ou EPP a faculdade de formular um lance de desempate.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 136).

A Administração alega que o direito de preferência foi observado, pois a Comissão Licitante concedeu oportunidade para que as empresas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

classificadas como ME ou EPP encaminhassem nova oferta, mas as interessadas permaneceram inertes (fls. 157 autos de origem).

Na sequência, a Comissão apurou se havia preferência entre as empresas pelos critérios art. 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93: quanto aos bens produzidos no país, por empresas brasileiras, que invistam em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país, ou que comprovem a reserva de cargos para pessoa com deficiência, reabilitado da Previdência Social e que cumpram as regras de acessibilidade (fls. 157 autos de origem).

Ainda mantido o empate, a Comissão realizou o sorteio entre **todas as empresas** participantes.

O sorteio como critério de desempate é previsto pela cláusula 8.27 do Edital de Licitação (fls. 97 autos origem):

8.21. As propostas de microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta ou melhor lance serão consideradas empatadas com a primeira colocada

8.22. A melhor classificada nos termos do item anterior terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada, no prazo de 5 (cinco) minutos controlados pelo sistema, contados após a comunicação automática para tanto.

8.23. Caso a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes microempresa e empresa de pequeno porte que se encontrem naquele intervalo de 5% (cinco por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

8.24. No caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos subitens anteriores, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

8.25. A ordem de apresentação pelos licitantes é utilizada como um dos critérios de classificação, de maneira que só poderá haver empate entre propostas iguais (não seguidas de lances).

8.26. Havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, aos bens produzidos:

I) No país;

II) Por empresas brasileiras;

III) Por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

IV) Por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação

8.27. Persistindo o empate, a proposta vencedora será sorteada pelo sistema eletrônico dentre as propostas empatadas.

A agravante defende que o tratamento favorecido e diferenciado no Pregão exige que o sorteio se realize tão somente entre as ME e EPP, seja na hipótese de empate *ficto* ou *real*.

A empresa licitante não tem razão.

O tratamento de que dispõe a agravante se refere à oportunidade de, na presença de empate *ficto*, apresentar nova proposta inferior àquela considerada vencedora do certame, nos termos dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/06.

Primeiro, concede-se a possibilidade à ME ou EPP mais bem classificada (dentre as propostas que superam em até 5% o melhor preço) de apresentar nova oferta e se sagrar vencedora. Depois, às demais ME e EPP classificadas no mesmo intervalo e, por fim, frustradas as duas primeiras tentativas, é realizado um sorteio entre elas para que a contemplada apresente melhor oferta.

O empate *real* não torna possível a aplicação dessa lógica.

A vontade da empresa de aniquilar parte da concorrência, para que o sorteio, neste caso, aconteça tão somente entre as microempresas e empresas de pequeno porte ofende o princípio da legalidade, vinculação ao Edital, isonomia e contratação mais vantajosa à Administração.

Nesse sentido, a contribuição do Procurador Municipal Laércio José Loureiro:

“O artigo 44 da LC 123/06 teve interpretação autêntica pelo próprio estatuto da ME/EPP considerando o mencionado empate como uma

ficção para que se assegure a afetiva apresentação economicamente mais vantajosa à administração pública. Ou seja, uma "chance a mais" para a ME/EPP apresentar proposta mais vantajosa ao poder público.

Em nenhum momento a referida lei complementar estabelece uma preferência pela simples razão de ser ME/EPP em detrimento da vantajosidade a ser buscada pela administração pública.

Nesse diapasão é o artigo 49, II da mesma LC 123/06:

"Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

(...)

III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;"

Nesse sentido é o parecer da Zenite exarado para a Superintendência Regional da Receita Federal (10ª Região Fiscal) no sentido que na hipótese de empate real (não o ficto) deve haver sorteio entre todos os licitantes.

O parecer da Zenite[3] destacou:

"Em vista do exposto, conclui-se que havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma microempresa e a oferta de uma grande empresa, a microempresa não será de plano considerada vencedora. Cumpra 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" (grifos nossos)¹".

No mesmo sentido, os seguintes julgados deste E.

Tribunal:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PREFERÊNCIA A MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – Possibilidade de se discutir por meio de mandado de segurança a legalidade do certame, mesmo após sua homologação e adjudicação – Precedente do C. STJ – Impetrante que, como única empresa de pequeno porte concorrente em pregão, alega possuir direito de preferência sobre as

¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-06/laercio-loureiro-empate-ficto-meepp-difere-empate-real/>. Consultado em 22.02.24.

demais na contratação – Descabimento – Preferência prevista nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 que não se aplica em caso de empate real entre as propostas, quando as concorrentes se encontram em igualdade de condições materiais – Tese que resultaria na contratação automática da impetrante, sempre que concorresse com empresas de maior porte, em afronta ao princípio da isonomia – Denegação da ordem que é de rigor – Precedentes deste E. Tribunal – Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1000614-68.2023.8.26.0426; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Patrocínio Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 19/12/2023; Data de Registro: 19/12/2023);

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO PRESENCIAL. SUPERVENIENTE ADJUDICAÇÃO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INADMISSIBILIDADE. . 1.A finalização da licitação, com homologação e adjudicação de seu objeto ao vencedor, não constitui empecilho à análise de eventual nulidade em fases anteriores do certame, potencialmente apta a contaminar os atos posteriores. Interesse processual ao exame do tema de fundo preservado. Precedentes desta c. Corte e do c. STJ. Extinção afastada. 2.Possibilidade de análise do mérito do mandamus em atenção à regra da causa madura inculpada no art. 1013, §1º, I, do CPC. Pregão presencial voltado à contratação de empresa especializada em administração, gerenciamento e fornecimento de sistema de auxílio alimentação aos funcionários do Município de Itatiba. Empate real entre as propostas ofertadas. Paridade preservada após o manejo dos critérios de desempate contemplados em edital. Sequencial sorteio. Direito de preferência a microempresas e empresas de pequeno porte não violado, ante a falta de preenchimento dos requisitos necessários à sua aplicação, à luz dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006, 45, § 2º da Lei Federal 8.666/93. Inexistência de violação a direito líquido e certo. Legalidade do sorteio realizado entre todos os licitantes. 3.Afastada a extinção sem resolução do mérito deliberada na origem, impõe a denegação da ordem. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO para esse fim.

(TJSP; Apelação Cível 1000605-56.2023.8.26.0281; Relator (a): Márcio Kammer de Lima; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro de Itatiba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/11/2023; Data de Registro: 30/11/2023).

Ainda que assim não fosse, é preciso notar que a empresa vencedora, a princípio, classifica-se como ME ou EPP nos termos legais.

Conforme observado no julgamento do recurso administrativo (fls. 147 a 159 origem), a receita bruta da empresa sorteada de R\$ 4.250.380,13, está dentro do limite previsto para EPP na LC nº 123/06 de R\$



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4.800.000,00.

Nesse passo, considerando que o procedimento observou as disposições de lei e previstas em Edital, não logrou a agravante, por ora, afastar a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos ao julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/11, alterada pela Resolução nº 903/2023.

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO
RELATORA