

Daiane Toscan-Licitações Prefeitura

De: rbsilva07@gmail.com em nome de Rodrigo Barbosa e Silva [rodrigo@livcard.com.br]
Enviado em: quinta-feira, 12 de abril de 2018 16:09
Para: licitacoes@capinzal.sc.gov.br
Assunto: Fwd: Manifestacao Emissora e Gerenciadora de Cartoes Brasil Ltda
Anexos: Manifestação LIV - Capinzal.pdf

Prezada pregoeira, boa tarde!

Conforme orientação recebida durante abertura de envelopes de preço, a Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda encaminha manifestação.

Aguardo a confirmação de recebimento e nova data de abertura.

Respeitosamente,

--
Rodrigo Barbosa e Silva

LivCard
www.livcard.com.br
+55 (42) 3626-2256

----- Forwarded message -----

From: <juridico@livcard.com.br>
Date: 2018-04-12 16:04 GMT-03:00
Subject: Manifestacao Emissora e Gerenciadora de Cartoes Brasil Ltda
To: licitacoes@capinzal.sc.gov.br

Boa tarde,

Segue PDF com manifestação ref Pregão Cartão Alimentação.

Solicito a gentileza de confirmar recebimento.

Atenciosamente,

Ramon Barbosa e Silva
Advogado
OAB/PR n. 48.877
Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda. ME - LIV
-Departamento Jurídico-

RAMON BARBOSA E SILVA
ADVOGADO
OAB/PR nº 48.877

PROCURAÇÃO "AD JUDICIA ET EXTRA"

OUTORGANTE: EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda. ME., microempresa regularmente inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 13.081.547/0001-00, com sede e foro na Rua Vicente Machado, nº 3139, Sala 01, Bairro dos Estados, CEP 85.035.180, Guarapuava-PR, por intermédio de seu representante legal o Sr. Rodrigo Barbosa e Silva, brasileiro, solteiro, Analista de Sistemas, portador do RG nº. 6.186.996-4 SSP-PR, inscrito no CPF/MF sob o nº.004.068.469-52.

OUTORGADO: RAMON BARBOSA E SILVA, brasileiro, Advogado regularmente inscrito na OAB/PR sob o nº 48.877, com endereço profissional na Rua Coronel Lustosa, nº 1022, Centro, CEP 85.010-060 - Guarapuava-PR, onde recebe intimações e citações.

PODERES: amplos, gerais e ilimitados para o foro em geral, ou onde com esta se apresentar, para representar a Outorgante em juízo ou fora dele, como autora, ré, assistente ou oponente, podendo propor ou contestar ações ou participar de processos incidentes, preliminares cautelares e acessórios; e especiais para a defesa de todo e qualquer interesse ou direito da Outorgante, podendo para tal fim, dito procurador, requerer o que convier, praticar todos os atos de advocacia e outros necessários e inerentes ao presente mandato, especialmente transigir para os fins e efeitos do art.448 do CPC, intentar de novo, receber e dar quitação, levantar quantias depositadas, firmar compromissos, podendo o outorgado substabelecer a presente procuração com ou sem reserva de iguais poderes.

Guarapuava, 21 de Janeiro de 2015.

EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda. ME

Rodrigo Barbosa e Silva

OUTORGANTE

Rua Coronel Lustosa, 1022 - Centro
CEP 85.010-060 - Guarapuava/PR -
Telefones: (42) 3623-1748
Eletrônico: ramon@barbosaesilva.com.br

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
Guarapuava-PR
(42) 3626-2256
contato@livcard.com.br / juridico@livcard.com.br



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.
Departamento Jurídico

À SENHORA PREGOEIRA OFICIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CAPINZAL - ESTADO DE SANTA CATARINA.

Referências: Processo Licitatório Nº 0047/2018 Pregão Presencial Nº 0027/2018

EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL Ltda.

Me, já devidamente qualificada nos autos do procedimento licitatório indicado em epígrafe, por seu representante legal e advogado constituído (*ut* instrumento procuratório em anexo), vem perante Vossa Senhoria, Pregoeira Oficial da Prefeitura Municipal de Capinzal - Estado de Santa Catarina, para, **considerando o exarado na “Ata de Reunião de Julgamento de Propostas nº 1/2018”**, datada de 09 p.p, apresentar

MANIFESTAÇÃO

pelos motivos de fato e de direito que, articuladamente, passa a expor:

I - DOS FATOS

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
Guarapuava-PR
(42) 3626-2256
contato@livcard.com.br / juridico@livcard.com.br



A microempresa ora Manifestante participa do certame licitatório em questão, pois é atuante na área objetivada para contratação, com comprovada experiência.

Ao tomar conhecimento, no último dia 09, na Sessão de Abertura dos Trabalhos e Recebimento das Propostas, com os fatos narrados em *Ata*, de lavra desta Pregoeira de equipe de apoio, viu-se na condição de **não ter reconhecida, de plano, a sua condição legal de microempresa**, e, por inafastável mandamento legal, de **ter sido escolhida como vencedora do certame, eis que as propostas de todas as empresas foram idênticas (taxa de administração de 0%)**, mas que, por outro lado, a única microempresa era a Manifestante, que deveria ter sido declarada vencedora.

De início, há que se frisar que o contexto fático exposto na referida *Ata* amolda-se à situação de **suspensão dos trabalhos para fins de diligências**, conforme prevê a Lei nº 8.666/1993:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Ante o exposto, todo **o arrazoado que ora se apresenta não serve para suprir a futura –e eventual- fase recursal, à qual a ora Manifestante se resguarda o direito de instaurá-la**, caso necessário.

Pois bem, a divergência surgida na supramencionada sessão (*critério de preferência de desempate para microempresa*) poderia ter sido resolvida de plano, eis que subsume-se perfeitamente à literais disposições legislativas, que não demandariam quaisquer sombras de dúvidas acerca de sua aplicabilidade. Não obstante, a cautela adotada por V.



Senhoria não é toda condenada, eis que apresenta-se mais útil a suspensão do certame para diligências, do que a tomada de decisões equivocadas.

Assim sendo, com o intuito de colaborar com V. Senhoria e distinta equipe de apoio, discorre-se, a seguir, acerca das disposições legais aplicáveis ao caso, que não podem levar à conclusão diversa senão à da escolha da ora Manifestante como a detentora da melhor proposta.

1.1. Da condição de microempresa apresentada pela Manifestante

A microempresa Manifestante anexou, em seu caderno de habilitação, toda a documentação necessária e exigida para o certame licitatório.

Notadamente, em relação ao **credenciamento**, fase crucial para o desenlace da questão em debate, a ora **Manifestante foi devidamente identificada e enquadrada no regime de microempresa**, conforme previstos nos itens **4.6 e 4.7 do Edital**, assim como apresentando vias originais e cópias autênticas do **Contrato Social e Certidão Simplificada da Junta Comercial do Estado do Paraná**, que **comprovaram inequivocamente a condição em comento**, nos termos da Lei!

O Edital regulador do processo licitatório assim se refere no tocante à habilitação de empresas para o certame:

4.4. Na hipótese do licitante ser ME/EPP será necessário a informação desse regime fiscal mediante apresentação de declaração no modelo do Anexo 07, sob pena do licitante enquadrado nesta situação não utilizar dos benefícios do direito de preferência para o desempate, conforme estabelece a Lei Complementar 123/2006.

OS DOCUMENTOS SUPRAMENCIONADOS, EXIGIDOS PARA
CREDENCIAMENTO, DEVERÃO SER ENTREGUES FORA DOS EN-
VELOPES.



Conforme anexado nos documentos de credenciamento da **microempresa Manifestante**, constam todos os requisitos pelo instrumento convocatório, mais especificamente para atender a questão *sub examine*, sendo, portanto, **apta a usufruir dos benefícios legais de preferência.**

Logo, o que ocorreu no **juízo de certame**, ao se **desrespeitar frontalmente o direito de preferência à contratação** em debate, é uma **inequívoca intenção**, em especial dos demais concorrentes, em se **desrespeitar a lei**, eis que, da análise da documentação apresentada, **a condição de microempresa da Manifestante e o direito à preferência é nítida!**

Ademais, há que se repudiar a forma como foi “justificada” as **insurgências por alguns concorrentes**, em flagrante desrespeito à lei ao alegarem: Personal Net Ltda “(...) *considerando que não é permitida taxa negativa não se aplica critérios de desempate sob pena de ofensa a LC 123/06(...) [sic]*” e, ainda da concorrente Green Card S.A “(...) *que não é correto o argumento da empresa Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil, tendo em vista que no caso deste certame o empate é por preço real e não ficto(...) [sic]*” Ora, por **inafastável pressuposto lógico, decorrente de elementar e simples exercício hermenêutico, se houve um empate nas propostas** entre todas as participantes, seria desnecessário até mesmo o sorteio! A **declaração de vencedora deveria recair imediatamente para a empresa ora Manifestante, única microempresa detentora da preferência legal de contratação presente no certame!**

Não é demais repisar que a **preferência de contratação é preceito legal**, não estando sujeito ao arbítrio do julgador do certame licitatório sua observância ou não!

Portanto, é **direito líquido e certo da Manifestante ter sua condição de microempresa respeitada por esta Pregoeira Oficial** e, portanto, direito incontestado à contratação em tela, pois **apresentou a documentação de Credenciamento apta a usufruir da preferência legal** estatuída pela LC nº 123/2006 e, além do mais, maiormente, também **comprova a preferência para contratação** nos termos do art. 3º, § 2º, inciso IV da Lei nº



8.666/1993, eis que tem seus serviços “*produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País*”

II. DAS QUESTÕES LEGAIS, DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

2.1. Da preferência legalmente estatuída para a contratação de empresas de pequeno porte -EPP e microempresas -ME

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

A Constituição Federal já havia previsto as condições de prevalência, favorecimento e preferência de contratações para as pequenas empresas:

TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

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.

No entanto, somente com a **Lei Complementar (LC) n.º 123/2006**, que instituiu o **Estatuto da Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP)**, houve a **concretização do mandamento constitucionalmente insculpido, surgindo um novo critério**, quando verificada a participação no certame de ME ou EPP, com o seguinte delineamento normativo:

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.

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

O empate existirá mesmo que não se observe uma igualdade numérica entre as propostas. Assim, também existirá empate, logicamente que ficto, se a proposta classificada em segundo lugar estiver em um valor enquadrado no intervalo de até cinco por cento superior que a classificada em primeiro lugar, desde que aquela detenha a qualificação jurídica de ME ou EPP.

No caso em tela, há que se destacar que a proposta inicial apresentava empate entre todas as concorrentes, sendo que, por mandamento legal, o desempate ocorreria pela preferência legal de contratação da microempresa participante, qual seja, a ora Manifestante!

Veja-se que o Diploma das Licitações, qual seja, a Lei nº 8.666/93, assim previu os critérios de desempate:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade,



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.

Departamento Jurídico

da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos

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

(...)

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

(grifos e destaques artificiais)

Neste sentido, a Lei 10.973, de 2 de Dezembro de 2004, que “Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências”, estabelece que:

Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

Parágrafo único. As medidas às quais se refere o **caput** deverão observar os seguintes princípios: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

I - promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégicas para o desenvolvimento econômico e social; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

II - promoção e continuidade dos processos de desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação, assegurados os recursos humanos, econômicos e financeiros para tal finalidade; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

III - redução das desigualdades regionais; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

IV - descentralização das atividades de ciência, tecnologia e inovação em cada esfera de governo, com desconcentração em cada ente federado; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

V - promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

VI - estímulo à atividade de inovação nas Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs) e nas empresas, inclusive para a atração, a constituição e a instalação de centros de pesquisa, desenvolvimento e inovação e de parques e polos tecnológicos no País; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
Guarapuava-PR
(42) 3626-2256
contato@livcard.com.br / juridico@livcard.com.br

VII - promoção da competitividade empresarial nos mercados nacional e internacional; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

VIII - incentivo à constituição de ambientes favoráveis à inovação e às atividades de transferência de tecnologia; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

IX - promoção e continuidade dos processos de formação e capacitação científica e tecnológica; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

X - fortalecimento das capacidades operacional, científica, tecnológica e administrativa das ICTs; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

XI - atratividade dos instrumentos de fomento e de crédito, bem como sua permanente atualização e aperfeiçoamento; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

XII - simplificação de procedimentos para gestão de projetos de ciência, tecnologia e inovação e adoção de controle por resultados em sua avaliação; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

XIII - utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação;
(Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

XIV - apoio, incentivo e integração dos inventores independentes às atividades das ICTs e ao sistema produtivo.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

...

II - criação: invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador, topografia de circuito integrado, nova cultivar ou cultivar essencialmente derivada e qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, obtida por um ou mais criadores;

...

IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

...

IX - inventor independente: pessoa física, não ocupante de cargo efetivo, cargo militar ou emprego público, que seja inventor, obtentor ou autor de criação.

...

XII - extensão tecnológica: atividade que auxilia no desenvolvimento, no aperfeiçoamento e na difusão de soluções tecnológicas e na sua disponibilização à sociedade e ao mercado; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

CAPÍTULO IV

DO ESTÍMULO À INOVAÇÃO NAS EMPRESAS

Art. 19. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as ICTs e suas agências de fomento promoverão e incentivarão a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores em empresas brasileiras e em entidades brasileiras de direito privado sem fins lucrativos, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura a serem ajustados em instrumentos específicos e destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação, para atender às prioridades das políticas industrial e tecnológica nacional. (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

§ 6º As iniciativas de que trata este artigo poderão ser estendidas a ações visando a: (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

I - apoio financeiro, econômico e fiscal direto a empresas para as atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação tecnológica; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

II - constituição de parcerias estratégicas e desenvolvimento de projetos de cooperação entre ICT e empresas e entre empresas, em atividades de pesquisa e desenvolvimento, que tenham por objetivo a geração de produtos, serviços e processos inovadores; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

III - criação, implantação e consolidação de incubadoras de empresas, de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

IV - implantação de redes cooperativas para inovação tecnológica; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

V - adoção de mecanismos para atração, criação e consolidação de centros de pesquisa e desenvolvimento de empresas brasileiras e estrangeiras; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

VI - utilização do mercado de capitais e de crédito em ações de inovação; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

VII - cooperação internacional para inovação e para transferência de tecnologia; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

VIII - internacionalização de empresas brasileiras por meio de inovação tecnológica; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

IX - indução de inovação por meio de compras públicas; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

...

Art. 27. Na aplicação do disposto nesta Lei, serão observadas as seguintes diretrizes:



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.
Departamento Jurídico

IV - dar tratamento preferencial, diferenciado e favorecido, na aquisição de bens e serviços pelo poder público e pelas fundações de apoio para a execução de projetos de desenvolvimento institucional da instituição apoiada, nos termos da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e às microempresas e empresas de pequeno porte de base tecnológica, criadas no ambiente das atividades de pesquisa das ICTs. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

(grifos e destaques artificiais)

Veja-se que a Manifestante há muito tempo enquadra-se na questão vertida, investindo em pesquisas e desenvolvimento de tecnologias, tais como o programa de mestrado e doutoramento de seu sócio-proprietário, Rodrigo Barbosa e Silva, conforme Diploma emitido pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná, encartado na proposta e no credenciamento da empresa. Além deste fato, o documento encartado no processo e disponível para consulta pública no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, pelo endereço <http://lattes.cnpq.br/7636563787150309> demonstra que a Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil, valendo-se de convênio 302/2015 assinado com a Universidade Estadual do Centro-Oeste, também encartado no processo, procedeu duas ações de pesquisa e desenvolvimento de tecnologias no País, a saber:

- a) Ano de 2017: “Desenvolvimento de um cartão inteligente seguindo o padrão EMV”;
- b) ano de 2015: “Estudo comparativo entre o padrão EMV e o padrão utilizado na empresa LivCard”.

Os resultados encontram-se devidamente registrados na Universidade Estadual do Centro-Oeste e, atualmente, são parte do constante trabalho de desenvolvimento tecnológico eminentemente nacional empreendido pela Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda ME.

A fim de colaborar com o entendimento de Vossa Senhoria, bem como da colenda equipe de apoio, assim a Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005 torna cristalino o entendimento:

Art. 17.

...

§ 1º Considera-se inovação tecnológica a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado.

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
Guarapuava-PR
(42) 3626-2256
contato@livcard.com.br / juridico@livcard.com.br

§ 2º O disposto no inciso I do caput deste artigo aplica-se também aos dispêndios com pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica contratados no País com universidade, instituição de pesquisa ou inventor independente de que trata o inciso IX do art. 2º da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, desde que a pessoa jurídica que efetuou o dispêndio fique com a responsabilidade, o risco empresarial, a gestão e o controle da utilização dos resultados dos dispêndios.

A regulamentação da Lei 11.196/2005 pelo Decreto Nº 5.798, De 7 De Junho De 2006, deixa ainda mais clara a imperiosidade do desempate em favor da pra Manifestante, a saber:

Art. 2º Para efeitos deste Decreto, considera-se:

I - inovação tecnológica: a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado;

II - pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica, as atividades de:

a) **pesquisa básica dirigida:** os trabalhos executados com o objetivo de adquirir conhecimentos quanto à compreensão de novos fenômenos, com vistas ao desenvolvimento de produtos, processos ou sistemas inovadores;

b) pesquisa aplicada: os trabalhos executados com o objetivo de adquirir novos conhecimentos, com vistas ao desenvolvimento ou aprimoramento de produtos, processos e sistemas;

c) desenvolvimento experimental: os trabalhos sistemáticos delineados a partir de conhecimentos pré-existentes, visando a comprovação ou demonstração da viabilidade técnica ou funcional de novos produtos, processos, sistemas e serviços ou, ainda, um evidente aperfeiçoamento dos já produzidos ou estabelecidos;

d) **tecnologia industrial básica:** aquelas tais como a aferição e calibração de máquinas e equipamentos, o projeto e a confecção de instrumentos de medida específicos, a certificação de conformidade, inclusive os ensaios correspondentes, a normalização ou a documentação técnica gerada e o patenteamento do produto ou processo desenvolvido; e

e) **serviços de apoio técnico:** aqueles que sejam indispensáveis à implantação e à manutenção das instalações ou dos equipamentos destinados, exclusivamente, à execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento ou inovação tecnológica, **bem como à capacitação dos recursos humanos a eles dedicados;**

III - pesquisador contratado: o pesquisador graduado, **pós-graduado**, tecnólogo ou técnico de nível médio, **com relação formal de emprego com a pessoa jurídica que atue exclusivamente em atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica;** e

IV - pessoa jurídica nas áreas de atuação das extintas Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE e Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia - SUDAM: o estabelecimento, matriz ou não, situado na área de atuação da



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.
Departamento Jurídico

respectiva autarquia, no qual esteja sendo executado o projeto de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica.

Ora, é indisputável que a ora Manifestante, Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil, é uma empresa que investe em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, visto que apresenta todas as características necessárias elencadas pela Lei 11.196, supra:

a) um profissional com mestrado e doutorado em Instituição de Ensino Superior, pública, federal, análogo ao “inventor independente”;

b) contrato com Universidade, comprovando a expansão da pesquisa empresarial para o sistema universitário brasileiro;

c) toda a responsabilidade, risco empresarial, gestão e controle da pesquisa e desenvolvimento de tecnologia ficou a cargo da Emissora e Gerenciadora de Cartões Brasil Ltda ME;

d) a pesquisa e desenvolvimento de tecnologia efetivamente resultou em “concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo” (cf. § 1º supra), que efetivamente estão em mercado - gerando emprego, renda, desenvolvimento, inovação e integração empresa-universidade - inclusive nos serviços requeridos por esta licitação.

Com base somente neste fato, a preferência recairia sobre a ora Manifestante, eis que a única a ostentar a condição de investidora em pesquisa e desenvolvimento no País!

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

Nesta toada, apresenta-se correto afirmar que as ME's e EPP's são possuidoras do direito a terem assegurado o critério de desempate nos moldes

estabelecidos nos artigos 3º da Lei de Licitações, assim como do artigo 44, da LC n.º 123/2006, como meio de preferência na contratação com o Poder Público. Esta **garantia genérica tem aplicabilidade incondicional, não podendo ser negada pela Administração Pública condutora do certame**, nem mesmo quando omitida no termo editalício. **Trata-se de direito subjetivo das MEs e EPPs que subjugam a administração licitante, bem como se impõe frente às empresas normais.**

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

A **preferência em empate ficto** se verifica quando a proposta de uma MP ou EPP supera em até 10% o valor daquela de menor valor (desde que tenha sido apresentada por um licitante que não se qualifique como ME ou EPP). Essa margem é reduzida para **5% quando se tratar de pregão**. Nesse caso, a LC nº 123 considera existir um empate e assegura à ME ou EPP a faculdade de formular um lance de desempate.

Referencie-se que, **no caso em debate, sequer houve proposta a maior, mas idêntica!**

Ressalte-se que esses dois benefícios incidem em qualquer licitação de tipo menor preço, independente de previsão explícita no ato convocatório.

No entanto, acertadamente, o Edital regente do certame em apreço previu as situações suscitadas:



8.2. No caso de empate entre duas ou mais propostas, e depois de obedecido o disposto no artigo 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93, a classificação do vencedor será feita, obrigatoriamente, por sorteio, que será realizado na própria Sessão Pública, vedado qualquer outro processo.

Portanto, ante a leitura das disposições legais e editalícias suso transcritas, **é inegável o direito da ora Manifestante em ter preferência para contratação**, tanto pela aplicação do que dispõe o art. 3º, § 2º, inciso IV da Lei nº 8.666/93 ou, **sucessivamente, acaso superado, que seja efetivado o sorteio somente entre as ME's participantes do certame, excluídas as demais concorrentes.**

2.2. Das decisões das Cortes de Contas e Poder Judiciário que substratam e bem fundamentam a presente manifestação

Não obstante estarmos diante de decisão de objetivo descumprimento legal, eis que a previsão é tão **crystalina** pela preferência de contratação das microempresas, não é demais trazermos decisões judiciais que se debateram por tais questões, apta a estribar as presentes razões recursais.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em caso idêntico ao ora em debate, assim se pronunciou:

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993

PROCESSO: 277111/14 - TC

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE NOVA ESPERANÇA

INTERESSADOS: CONVÊNIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA. ME, MUNICÍPIO DE NOVA ESPERANÇA, GERSON ZANUSSO, ARIELY AKEMI MIYAZI MARAN

(PROCURADOR: CARLOS ALBERTO DE ARRUDA SILVEIRA - OAB/SP 270141)

DESPACHO Nº. 874/2014

Trata-se de **Representação oferecida com fundamento no art. 113, §1º da Lei nº 8.666/93** por Convênios Card Administradora e Editora Ltda. - ME, noticiando supostas **irregularidades na condução do Pregão Presencial nº 112/2013 promovido pelo Município de Nova Esperança visando à “Contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento de vales alimentação em forma de cartão magnético/eletrônico com chip de segurança e senha aos servidores da Prefeitura Municipal de Nova Esperança (...)”**.

A sessão de pregão ocorreu no dia 03.10.2013, sendo o objeto adjudicado à Ticket Serviços Ltda.

Alega a representante que, **aberta a sessão de pregão, foi verificado empate nas propostas apresentadas por 9 (nove) empresas.**

Aduz que a **pregoeira, diante desse empate, realizou sorteio público entre todas as empresas, resultando a seguinte classificação:**

(...)

Afirma, ainda, que **em razão da representante ser a única licitante na condição de microempresa deveria a pregoeira declarar a ora representante vencedora, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006,** uma vez que apresentou proposta igual às demais, ao invés de realizar sorteio entre todas as empresas classificadas.

Sustenta, assim, que **houve violação à Lei Complementar nº 123/2006,** devendo ser declarada a nulidade do Pregão Presencial em comento, com a imediata suspensão dos serviços.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

A representação merece ser recebida, visto que preenche os requisitos do §1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, bem como dos artigos 30 e 34 da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual nº 113/2005) e, ainda, dos artigos 275 e 276, caput e §1º, do Regimento Interno.

A representante é parte legítima para representar acerca de irregularidades em licitações e contratos administrativos, nos termos do §1º do artigo 113 da Lei nº 8.666/93.

Em relação ao direito material, noto que **a representação traz indícios de irregularidades na licitação em questão,** que passo a analisar a seguir.

a) Da inobservância da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte)

Observa-se que as 9 (nove) empresas participantes do certame apresentaram em suas propostas taxa de administração zero, inclusive a ora representante - Microempresa (ME) - havendo empate.

A pregoeira, diante do empate, **realizou sorteio para verificar a primeira classificada, ao invés de dar preferência à ora representante** - única microempresa participante do certame -, que apresentou proposta igual às demais licitantes.

Ora, a Lei Complementar nº 123/2006, no artigo 44, estabelece que nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Em seu art. 45, I, prevê, ainda, que 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;(...)”

De acordo com o dispositivo, deve ser garantida oportunidade, no caso de empate, para a microempresa apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora.

Todavia, o edital do certame previu como critério de julgamento o menor preço global, através da menor taxa de administração ofertada (item 14.4.1). Ainda, no item 10.1 “a”, estipulou que não seriam admitidas taxas de administração negativas.

Assim, como todas as empresas apresentaram propostas prevendo taxa de administração zero, não havia possibilidade de apresentação de proposta inferior.

Logo, entendo necessário o recebimento da presente representação, uma vez que, ao realizar o sorteio, a pregoeira

pode ter desrespeitado norma da Lei Complementar nº 123/2006.

Recebo a representação nesse ponto.

(...)

Assim, encaminhem-se os autos à Diretoria de Protocolo para:

a) Alterar a autuação para que conste Convênios Card Administradora e Editora Ltda. - ME como representante ao invés de interessada;

b) Incluir o Sr. Gerson Zanusso (Prefeito Municipal de Nova Esperança; CPF nº 023.898.359-53) como representado;

c) Incluir a Sra. Ariely Akemi Miyazi Maran (Pregoeira) como representada;

d) Realizar a CITAÇÃO pela via postal, por meio de ofício com aviso de recebimento (AR) – nos termos do art. 278, inciso II, art. 381, inciso II e §1º, alínea

“b” e, ainda, do art. 382, caput, todos do Regimento Interno – do Município de Nova Esperança; do Prefeito Municipal de Nova Esperança, Sr. Gerson Zanusso; e da Pregoeira, Sra. Ariely Akemi Miyazi Maran, para que no prazo 15 (quinze) dias contados da juntada do AR aos autos, apresentem resposta (defesa) quanto às questões que ensejaram o recebimento da Representação, devendo juntar aos autos cópia integral dos autos do processo licitatório; informações atualizadas acerca do contrato decorrente e respectivos pagamentos.

Gabinete da Corregedoria-Geral, 30 de maio de 2014

CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

CORREGEDOR-GERAL

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO N.º: 16930/15

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI N.º 8.666/1993

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE CAMPO MOURÃO

INTERESSADO: EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA, REGINA MASSARETTO BRONZEL DUBAY, SERGIO DE SOUZA PORTELA

ADVOGADO / PROCURADOR: CLAUDIA MARA PADILHA, FABIO MARTINS RIBAS, RAMON

BARBOSA E SILVA

RELATOR: CONSELHEIRO CORREGEDOR-GERAL JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO N.º 2123/16 - Tribunal Pleno

Representação da Lei n.º 8.666/1993 – Pregão Presencial – Administração, gerenciamento e fornecimento de cartões “vale-alimentação” – Proibição de taxa de administração negativa – Implicação na aplicabilidade da Lei Complementar n.º 123/2006 – Critério de desempate – Isonomia não assegurada – Prejudicialidade ao direito de preferência concedido às microempresas e empresas de pequeno porte – Desnaturação da modalidade licitatória adotada – Ausência de competitividade – Vantajosidade e economicidade prejudicadas – Pela procedência...

(...)

VISTOS, relatados e discutidos,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Corregedor-Geral JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em:

I - Conhecer da presente Representação, para no mérito DAR-LHE PROCEDÊNCIA, nos termos da fundamentação, para:

I.1 - DETERMINAR ao Município de Campo Mourão:

(...)

c) que viabilize a aplicabilidade do tratamento favorecido e

diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal, a Lei Complementar n.º 123/2006 e demais normas aplicáveis à espécie;

I.2 - RECOMENDAR:

a) que passe a adotar as medidas necessárias para garantir a plena competitividade e o alcance da proposta mais vantajosa ao Município, observando-se a vedação contida no artigo 40, X, da Lei n.º 8.666/1993.

Frisando, desde já, que o descumprimento de determinação dos órgãos deliberativos desta Corte enseja a aplicação da multa prevista no artigo 87, inciso III, alínea “f”, da Lei Complementar Estadual n.º 113/2005, e impedimento para a obtenção de certidão liberatória (artigo 95 da mesma Lei Complementar).



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.
Departamento Jurídico

II – Encaminhar os autos à Diretoria de Execuções para a adoção das providências pertinentes, após o trânsito em julgado da decisão.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA,

ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e FABIO DE SOUZA CAMARGO e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS

AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO
WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR
HU7W.RDIO.B5MZ.X24W.L

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Presente o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas GABRIEL GUY LÉGER.

Sala das Sessões, 12 de maio de 2016 – Sessão n.º 16.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

Conselheiro Corregedor-Geral

IVENS ZSCHOERPER LINHARES

Vice-Presidente no exercício da Presidência

O Poder Judiciário, por sua vez, também trilha o mesmo caminho, conforme se vê dos excertos da Sentença abaixo transcrita, oriunda de Mandado de Segurança impetrado pela ora Manifestante:

Processo: 0000764-75.2015.8.16.0151

Classe Processual: Mandado de Segurança

Assunto Principal: Anulação

Valor da Causa: R\$1.000,00

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
Guarapuava-PR
(42) 3626-2256
contato@livcard.com.br / juridico@livcard.com.br



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.

Departamento Jurídico

Impetrante(s): EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES
BRASIL Ltda. Me

Impetrado(s): NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS
LTDA EPP Mariza Basso Madeiras Diogo Luis Maleski

SENTENÇA

I – RELATÓRIO Trata-se de ação de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA. ME em face de DIOGO LUIS MALESKI e MARIZA BASSO MADEIRAS. Expõe o impetrante que participou, em 20/04/2015, no **Município de Planaltina do Paraná**, do procedimento licitatório nº 030/2015, na modalidade pregão presencial, no qual a prefeitura do mencionado Município pretendia contratar serviços de **gerenciamento e administração de cartão vale-alimentação**, na forma de crédito em cartão magnético. Iniciado o certame, **os licitantes apresentaram suas propostas, as quais foram todas idênticas, sendo que todos propuseram uma taxa de administração de 0%, devendo a impetrante ter direito de preferência como critério de desempate por ser microempresa.** Aduz que não era a única microempresa participante da licitação, mas que foi a única que juntou os competentes documentos comprobatórios de sua condição e, portanto, **deve ser beneficiada pelas disposições dos artigos 44 e 45 da Lei 123/2006 e, conseqüentemente, ser declarada vencedora do certame.** Porém, a despeito da irresignação da ora imperante, o leiloeiro houve por bem em dar seguimento ao certame, fazendo-se um sorteio entre todos os participantes, do qual outra empresa sagrou-se vencedora. Requereu-se liminar para que fosse decretada a nulidade da contratação, bem como a suspensão do procedimento de contratação até que seja julgado por esse Juízo o mérito deste mandado de segurança. Decisão mérito deste mandado de

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
Guarapuava-PR
(42) 3626-2256
contato@livcard.com.br / juridico@livcard.com.br

segurança. **Liminar concedida, no evento 8.1, suspendendo-se o procedimento de licitação até ulterior decisão de mérito.** Os impetrados foram notificados, nos moldes do art. 7º, I e II da Lei 12.016/09 (evento 20.1 e 21.1). Contestação e documentos no evento 27. Agravo de instrumento, interposto pelos impetrados, no evento 29.1, o qual não foi acolhido. Em decisão monocrática, não se concedeu efeito suspensivo ao recurso, possibilitando-se o prosseguimento do feito (evento 35.2). Parecer do Ministério Público favorável à concessão da segurança no movimento 41.1. Determinação para citação da pessoa beneficiada pelo ato impetrado em 49.2. Manifestação da NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA, em 83.1. Juntada do acórdão do agravo de instrumento, interposto contra a decisão concessiva de liminar, no evento 86. Uma vez que não há que se falar em réplica, tampouco em dilação probatória que extrapole a meramente documental no rito de mandado de segurança, haja vista a primazia pela celeridade exigida por tal procedimento, entendo que o feito já se encontra apto para decisão de mérito. É o relatório. Passo a decidir.

I. DA COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE MICROEMPRESA

Como bem ressaltado no parecer ministerial, o cerne da presente questão se resume em saber se a impetrante, de fato, comprovou sua qualidade de microempresa no momento oportuno do certame, se foi a única a fazê-lo e se, ainda assim, viu-se preterida de seu benefício trazido pelo Estatuto da Micro e Pequena e Empresa (LC 123/06) e pelo art. 170, IX da Constituição Federal. Analisando os documentos acostados, sobretudo o parecer da Procuradoria Municipal (evento 1.5) e a ata de abertura do certame (1.3), percebemos que, de fato, a impetrante apresentou todos os documentos necessários à comprovação de sua qualidade de microempresa, uma vez que, na ata de abertura, o pregoeiro declarou que todos os licitantes atenderam aos requisitos

necessários à habilitação. Por sua vez, no parecer da Procuradoria que se seguiu às manifestações das duas únicas microempresas participantes – a ora impetrante e a Ecopag – a procuradora municipal declarou que, de fato, a Ecopag não apresentou todos os documentos necessários à habilitação como microempresa, estando ausente Certidão Simplificada expedida pela Junta Comercial, a qual era documento obrigatório ausente Certidão Simplificada expedida pela Junta Comercial, a qual era documento obrigatório para a comprovação da qualidade de microempresa, conforme subitem 5 do item 6 do edital. Em sua contestação, a municipalidade não impugnou o fato de que, realmente, a impetrante apresentou todos os documentos necessários à comprovação da condição de beneficiária dos ditames da LC 123/06, enquanto que a outra microempresa participante do certame deixou de fazê-lo. Com fulcro na ata do sorteio (1.6), **denota-se, com base nos nomes empresariais, que, realmente, a impetrante e a Ecopag eram as únicas microempresas participantes do certame (as demais concorrentes eram sociedades limitadas ou anônimas)**. E, com base na ata de abertura da licitação cumulada com a análise do parecer da procuradoria municipal, depreende-se que a impetrante foi a única a comprovar a condição de microempresa, nos termos do já mencionado subitem 5 do item 6 do edital. **Desta feita, fica claro o direito líquido e certo que possui a impetrante de ser enquadrada nos ditames da LC 123/06, uma vez que é microempresa e regular e oportunamente comprovou tal condição.**

II. DA PRETERIÇÃO AO DIREITO DE PREFERÊNCIA DE MICROEMPRESA Restando pacificado o fato de que a impetrante foi a única microempresa a comprovar tal condição, cumpre, agora, analisarmos se ela faz jus aos benefícios do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e se, ainda assim, foi preterida de seu direito de preferência. Entendo que a impetrante faz jus aos benefícios da LC

123/06 e que foi preterida de tal direito. Passo a explicar o porquê. **É inequívoco o fato de que a impetrante é uma microempresa, pois assim é qualificada em seu contrato social (evento 1.15), bem como se amolda aos ditames do art. 3º da LC 123/06.** É também inequívoco o fato de que, para fazer jus aos benefícios instituídos por tal lei complementar, é necessário que, no momento das licitações públicas, preencham-se alguns requisitos mínimos, relativos à comprovação da qualidade de microempresa, requisitos estes que a impetrante atendeu integralmente. Ora, diante do exposto, verifica-se o seguinte: **a impetrante é microempresa, apresentou todos os documentos necessários à habilitação, mas, mesmo assim, viu-se relegada do tratamento diferenciado a que faz jus.** A grande controvérsia do feito reside no fato de que a impetrante não poderia se beneficiar dos critérios de desempate trazidos por tal lei, uma vez que isso implicaria em admitir taxa administrativa negativa (proibida pelo edital), já que, segundo os §§ 1º e 2º, art. 44 da LC 123/06, considera-se empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas são iguais ou até 5% (no caso do pregão) superiores à proposta mais bem classificada. **Ocorre que o instituto do “empate ficto”, trazido por tais parágrafos, é aplicado quando se está diante de propostas nominalmente diferentes.** Assim, se, por exemplo, a impetrante tivesse apresentado proposta de 5% de taxa administrativa de cartão, ela seria considerada empatada com os demais licitantes que apresentaram taxa zero de administração. **Por conseguinte, havendo empate ficto, o art. 45 da mesma lei complementar diz** quais providências deverão ser tomadas, sendo que a primeira delas é facultar à microempresa melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta inferior àquela considerada vencedora. Caso a providência do inciso I não solucione o desempate, o inciso II diz que as demais microempresas deverão ser convocadas para fazerem a mesma coisa, ou seja, apresentarem propostas inferiores à de

menor preço. Como última medida, **caso as propostas apresentadas pelas microempresas sejam idênticas, será feito um sorteio entre elas**, para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta. **No caso dos autos, não há propostas diferentes. Não há empate ficto, mas, sim, empate real.**

Não havendo empate ficto, não há que se falar na utilização dos artigos 44 e incisos I e II do art. 45, já que não é possível se chegar a uma proposta mais baixa do que as já apresentadas, uma vez que todas as empresas já apresentaram as menores propostas possíveis. **Todavia, isso não é motivo para que a microempresa seja preterida de seu tratamento privilegiado** Isso porque, imaginemos que a impetrante tivesse oferecido uma taxa de administração de 5%. Por estar dentro da margem estabelecida pelo §2º do art. 44 da LC 123/06, estaríamos diante de empate ficto. Nessa situação, utilizaríamos, pacificamente, as regras de desempate do art. 45, sendo facultado à impetrante a possibilidade de abaixar sua proposta ao mesmo patamar das demais licitantes (não poderia apresentar proposta menor, já que o edital proíbe taxa negativa). Todavia, como continuaria existindo o empate com outra microempresa, seria utilizada a regra do sorteio do inciso III do art. 45. Porém, como a outra microempresa participante não estava devidamente habilitada, a impetrante sagrar-se-ia vencedora. Perceba, assim, que a impetrante sairia vencedora do certame ainda que tivesse apresentado proposta maior que as demais. Vem bem a calhar a citação de trecho de um artigo do **Instituto Brasileiro de Direito Público: No caso de propostas idênticas, apresentadas por mais de uma microempresa ou empresa de pequeno porte restar classificada em primeiro lugar, juntamente com uma ou mais propostas de empresas que não detenham esta condição jurídica (empate entre todas), somente as propostas ofertadas por aquelas (microempresas e empresas de pequeno porte) serão consideradas inicialmente. A**

situação de empate (propostas idênticas) entre microempresas e empresas de pequeno porte se resolve pela regra geral do sorteio (art. 45, III da Lei Complementar).[1] Do exposto, depreende-se, que, diferente do que diz a impetrada, o sorteio mencionado pela LC 123/06 não é o mesmo do art. 45, §2º da Lei 8666/93. Este último é um sorteio envolvendo todos os licitantes, enquanto aquele é sorteio apenas entre as micro e pequenas empresas participantes, quando estas estiverem empatadas em primeiro lugar, quer pequenas empresas participantes, quando estas estiverem empatadas em primeiro lugar, quer suas propostas sejam menores que a dos demais licitantes, quer sejam iguais, como é o caso dos autos. **A conclusão que se quer chegar é o seguinte: pelo simples fato de haver uma microempresa no certame, o tratamento que deverá o gestor dispender deverá ser, obrigatoriamente, diferenciado. Ele não deverá observar simploriamente apenas os ditames da Lei Geral de Licitações, mas deverá, a cada etapa do certame que percorrer, ter a certeza de que suas ações estão coadunadas, também, com a LC 123/06. Destarte, a escolha do procedimento de sorteio não é algo discricionário, mas, sim, é algo vinculante, uma vez que a aplicação do Estatuto da Microempresa é obrigatória, ainda que não haja previsão expressa no edital. Inclusive, este é o entendimento da Orientação Normativa da Advocacia Geral da União nº 07, de 1º de abril de 2009: “O tratamento favorecido de que tratam os artigos. 43 a 45 da Lei Complementar N° 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia”. E que, a despeito de se limitar ao âmbito federal, sua utilização, aqui, a título de exemplo, é bem-vinda. Ainda, tem-se que um dos argumentos mais utilizados pela impetrada é que a impetrante não poderia ser favorecida com os ditames da LC 123/06, já que não haveria como apresentar proposta de taxa administrativa negativa. Como já explicado alhures, tal argumento não é convincente, por ser desprovido de lógica jurídica.**

Isso porque a impetrante apenas teria que oferecer proposta inferior caso estivéssemos diante de empate ficto, ou seja, caso sua proposta fosse até 5% maior que a dos demais licitantes. Daí, diante do empate ficto, seria aberta à licitante microempresa as faculdades dos incisos I e II do art. 45 da LC 123/06. Todavia, o caso dos autos trata de empate real, de maneira que tal situação não clama pela aplicação dos critérios de desempate do incisos I e II do art. 45 da Lei Complementar em comento, já que, sendo todas as propostas idênticas, inclusive as das microempresas, a disputa deverá limitar-se apenas entre essas. Caso a outra microempresa participante estivesse devidamente habilitada, o correto seria a realização de um sorteio para decidir a classificação entre as duas. As outras empresas não identificadas como microempresas estariam fora da disputa.

III. DA BUSCA PELA MELHOR PROPOSTA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MICROEMPRESA Um dos princípios que envolve as licitações é o princípio da vantajosidade, estampado no caput do art. 3º da Lei 8666/93. Tal dispositivo impõe como uma das metas da licitação a busca pela proposta mais vantajosa, a que possui melhor relação entre custo e benefício. Enfim, busca-se o menor e melhor gasto de dinheiro público. **É certo que a ideia de vantajosidade está muito relacionada com economia, com a otimização dos resultados econômicos, tanto no aspecto quantitativo, como no qualitativo. Mas não resume a isso. A ideia de vantagem ultrapassa a órbita meramente econômica, abrangendo objetivos mais amplos, interesses supra individuais, ou seja, interesses que vão além do indivíduo, alcançando interesse de grupos sociais determinados, determináveis ou indeterminados. Também, outro importante objetivo buscado pelas licitações é o desenvolvimento** Decisão Também, outro importante objetivo buscado pelas licitações é o desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º, caput, Lei 8666/93).

Enfim, a conclusão a que se deseja chegar é a seguinte: dizer que a Administração busca a melhor proposta não quer dizer apenas que busca a mais barata (o que, obviamente, também se espera). Mas vai além disso. **A melhor proposta é a mais vantajosa não apenas para o ente público, mas a toda coletividade. É a escolha da proposta que mais estimule o desenvolvimento nacional.** No caso dos autos, essa questão da abrangência do conceito de vantajosidade fica muito latente. Isso porque **todos os licitantes apresentaram exatamente as mesmas propostas.** Sendo assim, independente de quem fosse o contratado, a Administração obteria o mesmo proveito econômico, ou seja, gastaria a mesma quantia. Todavia, a contratação com uma microempresa mostra-se mais vantajosa, pois, além de ser a mais barata, ainda estará fomentando a ideia de desenvolvimento nacional sustentável e, assim, em uma visão macro, estará optando pela proposta mais vantajosa. Diante do debate principiológico ora instaurado, os argumentos da impetrada mostram-se ainda mais fracos, pois grande parte de sua argumentação limitou-se ao fato de que a impetrante não poderia ser favorecida pelos privilégios do art. 44 e 45 da LC 123/06, uma vez que o edital proibia propostas negativas. De fato, grande parte de tais artigos não encontram campo para aplicação nesta demanda, já que não estamos diante de empate ficto, mas de empate real. Todavia, estamos diante de algo maior, de uma questão que envolve mais do que valores nominais. Imaginemos que o caso dos autos seja uma balança: de um lado temos a possibilidade de contratar com uma grande empresa, fato que apenas concretizaria a busca pelo menor preço. Do outro lado, temos a possibilidade de se contratar com uma microempresa, circunstância que levaria não apenas à contratação do menor preço, mas, também, à concretização da ideia de fomento social e econômico buscado pelas licitações públicas e estar-se-ia atendendo à ideia de desenvolvimento

nacional sustentável, o que tornaria a contratação, verdadeiramente, mais vantajosa. Como se os princípios retro expostos, trazidos pela Lei 8666/93 já não fossem suficientes para fundamentar o debate, cito, por último, a proteção constitucional conferida às microempresas e empresas de pequeno porte. O art. 170, IX da Carta Magna colaciona, como um dos princípios da ordem econômica, a concessão de tratamento favorecido para tais empresas. Portanto, conclui-se o seguinte: que a impetrante é microempresa, pois seu contrato social atende aos requisitos o art. 3º da LC 123/06. Que, no momento da habilitação no certame, comprovou integralmente sua condição, nos termos do edital. Que todos os licitantes apresentaram propostas idênticas, já no menor valor possível, o que ocasiona a situação de empate real, e não ficto. Que, diante do empate real, situação em que o proveito econômico seria o mesmo para a Administração, o gestor público deveria ter restringido o certame apenas entre as duas microempresas, pois apenas assim estaria buscando a concretização plena dos objetivos da licitação, quais sejam, o do desenvolvimento nacional sustentável e da obtenção da proposta mais vantajosa, além do atendimento ao mandamento constitucional de proteção às microempresas. Que, considerando a falta de documentos hábeis à comprovação da qualidade de microempresa, a outra licitante desta espécie estaria inabilitada e, portanto, **não haveria outra solução se não a consagração da impetrante como vencedora.**

Decisão

Por derradeiro, fica claro que o ato impetrado encontra-se em total desacordo com o ordenamento jurídico e que a impetrante possui direito líquido e certo a ser consagrada a vencedora do certame.

IV. DISPOSITIVO



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.

Departamento Jurídico

Pelos motivos acima expostos, **JULGO PROCEDENTE** o pedido do **impetrante**, com fulcro no art. 1º da Lei 12.016/2009, para fins de **conceder a segurança pretendida, determinando que a autoridade coatora MODIFIQUE o resultado do certame 030/2015, no qual deverá constar como vencedora a ora impetrante.** Logo, extingo o feito, com resolução de mérito, baseada no art. 487, I, CPC. Deixo de fixar honorários advocatícios, em razão das súmulas 512, STF e 105, STJ. Mas, condeno a impetrada ao pagamento das custas e despesas processuais.

P.R.I

Santa Isabel do Ivaí, 01 de Março de 2017.

TALITA BETIATI DE OLIVEIRA

Juíza Substituta

Ora, com as decisões em epígrafe colacionadas, desnecessários maiores arrazoados a respeito do fato ora em debate, pois a ilegalidade em não se conceder a preferência de contratação é manifesta! E, inclusive, tal situação já mereceu reprovação por parte de Corte de Contas e do Poder Judiciário!

III. Dos Requerimentos Conclusivos

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

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
Guarapuava-PR
(42) 3626-2256
contato@livcard.com.br / juridico@livcard.com.br



EMISSORA E GERENCIADORA DE CARTÕES BRASIL LTDA.
Departamento Jurídico

a)- em proceder ao julgamento do PREGÃO PRESENCIAL nº 0027/2018 – Município de Capinzal– SC:

a.1) **respeitando e considerando a condição legal de microempresa da ora Manifestante;**

a.2.) **declarando a preferência legal para contratação da ora Manifestante, nos termos do art. 3º, §2º, inciso IV da Lei nº 8.666/93, bem como do Item 8.2 do Edital**, eis que é a única empresa, no certame, que investe “**em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.**” ;

a.3) **alternativamente**, o que se coloca apenas por argumentação, que **superada a preferência exposta no item predecessor**, que se efetue sorteio –**somente-** entre as microempresas **devidamente credenciadas no certame**, nos exatos termos do **art. 45, inciso III da LC nº 123/2006.**

Nestes termos,

Respeitosamente,

Pede Deferimento.

De Guarapuava-PR para Capinzal-SC, em 12 de Abril de 2018.

RAMON BARBOSA E SILVA

ADVOGADO

OAB/PR Nº 48.877

RODRIGO BARBOSA E SILVA

SÓCIO-PROPRIETÁRIO

LIV CARD

Av. Sebastião de Camargo Ribas, 1376, Bonsucesso.
Guarapuava-PR
(42) 3626-2256
contato@livcard.com.br / juridico@livcard.com.br