



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: *amplios, 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-
Telefone: (42) 3623-1748
Eletrônico: ramon@barbosaesilva.com.br



AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO 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 Excelência, para, **considerando todo o exarado nos documentos “Ofício nº 132/2018 –GAB – Anulação, Parecer Jurídico Impugnações e Decreto Anulação (Decreto nº 048, de 09 de Maio de 2018)”**, enviados à Recorrente no dia 17 p.p, com fulcro no art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal, art. 4º e art. 109 da Lei Federal nº 8.666/93, apresentar

R E C U R S O A D M I N I S T R A T I V O

frente à equivocada e ilegal decisão pela ANULAÇÃO do CERTAME LICITATÓRIO, pelos motivos de fato e de direito que, articuladamente, passa a expor:

I - DOS FATOS

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

Ao tomar conhecimento, no dia 09 de Abril p.p, na Sessão de Abertura dos Trabalhos e Recebimento das Propostas, com os fatos narrados em *Ata*, de lavra da Pregoeira Oficial deste Município e 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 microempresa era a Recorrente que deveria ter sido declarada vencedora.

De início, há que se frisar que a própria suspensão dos trabalhos, naquele momento processual, pela Pregoeira, já se mostrou incomum e controversa. No entanto, como a Recorrente já se manifestou anteriormente, o contexto fático exposto na referida Ata amoldou-se à situação de **suspensão dos trabalhos para fins de diligências**, conforme prevê o art. 43, § 3º Lei nº 8.666/1993.

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.

De toda feita, após a sobredita suspensão dos trabalhos para diligências, sobrevieram as manifestações tanto da ora Recorrente, quanto das demais licitantes.

Não obstante a clareza solar do direito à preferência de contratação da ora Recorrente, esta foi surpreendida com a decisão de V. Excelência pela anulação do certame! Há que se destacar que a iniciativa padece de requisitos essenciais para a sua consecução e validade jurídica, pois, de fato, inexistem quaisquer razões para a anulação!!!

Não se pode deixar de ressaltar que vislumbra-se que **tais atitudes decorrem do descontentamento desta Administração, ou de alguns membros, com o resultado da licitação, o qual, invariavelmente, levariam à contratação da ora Recorrente!** Talvez seja **derivado das inúmeras insurgências contra a precária condução que vem tendo o processo de contratação desde o início, o que levou a Recorrente a acionar o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina**, o qual acabou por determinar a anulação de procedimento anterior, ante a notória abusividade de cláusulas editalícias, que culminariam com o direcionamento para determinado particular! No entanto, **preferências pessoais ou de grupos não encontram respaldo na moralidade e na lei, sendo que, na presente quadra da História Administrativa do Brasil, vêm sendo severamente reprovadas e punidas!** A licitação destina-se, por óbvio, a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração – e não a contratação de particular que seja mais agradável a pessoas da Administração!!!

Senhor Prefeito, **o presente Recurso serve para, além da elementar finalidade de modificação da decisão recorrida (anulação), para alertá-lo acerca das graves falhas encetadas pela equipe encarregada pelo presente certame, que demonstra, ou inequívoca má-fé, ou pérfida e imperdoável ignorância dos mais básicos preceitos de lei, sendo ambas as situações inaceitáveis!!!!**

Novamente, discorre-se, a seguir, acerca das disposições legais aplicáveis ao caso, que não podem levar à conclusão diversa senão à da escolha da ora Recorrente como a detentora da melhor proposta.

1.1. Da condição de microempresa apresentada pela Recorrente e aptidão para ser escolhida como vencedora do certame

A microempresa Recorrente 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 **Recorrente 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 ENVELOPES.

Conforme anexado nos documentos de credenciamento da **microempresa Recorrente**, 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, dos demais concorrente, e, agora, em especial da Pregoeira Oficial, equipe de apoio e até mesmo chancelado pelo Assessor Jurídico, em se desrespeitar a lei**, eis que, da análise da documentação apresentada, **a condição de microempresa da Recorrente 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 Recorrente, microempresa detentora da preferência legal de contratação presente no certame!**

No que se refere à impossibilidade de taxas negativas, **a proibição restou fixada pelo Ministério do Trabalho! É o que determina a [Portaria nº 1.287/2017](#)**. O documento diz que “no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), **é vedada à empresa prestadora a adoção de práticas comerciais de cobrança de taxas de serviço negativas às empresas beneficiárias**”. A portaria passa a valer na data de publicação. **Assim sendo, por**

óbvio que não podem ser aceitas taxas negativas, mas tal fato não serve como justificativa para a não aplicação dos critérios legais de desempate!

Não é demais repisar que A PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS É PRECEITO LEGAL, NÃO ESTANDO SUJEITO AO ARBÍTRIO DO JULGADOR DO CERTAME LICITATÓRIO SUA OBSERVÂNCIA OU NÃO!

Portanto, **é direito líquido e certo da Recorrente ter sua condição de microempresa respeitada por esta Administração 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”*.

Doutro enfoque, **NÃO HÁ QUALQUER MOTIVO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME, decisão ora recorrida, TENDO EM VISTA QUE NÃO SE VERIFICA QUALQUER ILEGALIDADE NO –PREVISÍVEL- EMPATE NA PROPOSTA DE TODAS AS CONCORRENTES! Afinal, como prefalado, inexistente “surpresa” na igualdade de propostas, pois este é um acontecimento absolutamente esperado e corriqueiro nas contratações da espécie! Demais disso, A RESOLUÇÃO DE TAL EMPATE DEMANDA A PURA E SIMPLES APLICAÇÃO DA LEI, O QUE QUALQUER SERVIDOR PÚBLICO MINIMAMENTE INFORMADO SABERIA FAZER!**

Não obstante, explanando didaticamente, observou-se que **apenas 2 empresas (M&S e a ora Recorrente) estavam devidamente credenciadas como microempresas e, portanto, aptas a usufruir dos critérios de desempate** suso referenciados. **Ambas as microempresas, em suas**

propostas, já invocavam a utilização dos critérios de desempate previstos no art. 3º § 2º da Lei nº 8.666/93, sendo a primeira (M&S) no que tange à serviços “*produzidos ou prestados 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*”, conforme dispõe o inciso V e, **a ora Recorrente, reclamando o desempate por ofertar produtos e desenvolver serviços “produzidos ou prestados por empresas brasileiras” e, ainda, “produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País”**, conforme o Certificado de Registro de Programas de Computador no INPI, Processo nº 51 2018 000595-0 em estrita conformidade com o que dispõem os incisos III e IV do mesmo artigo retrocitado.

A definição para o caso se daria da seguinte forma: tendo em vista o empate real entre todas as participantes, não haveria dúvidas que o desempate se daria em favor das (2) microempresas participantes; como ambas ostentam a condição de microempresa e também detêm propostas idênticas, a solução prática seria com a aplicação do critério do **art. 3º § 2º da Lei nº 8.666/93, o qual fora invocado pela Recorrente!** Considerando que o § 2º aduz: “***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. (...).***”, **não há opção diversa senão que a declaração de vencedora do certame recairia sobre a ora Recorrente!**

Alternativamente, no caso da Pregoeira Oficial e equipe de apoio, ao proceder à análise da documentação apresentada pelas microempresas visando estribar a utilização do critério de desempate do multifalado **art. 3º § 2º da Lei nº 8.666/93** não estivesse segura e convicta, **a última alternativa –legal– seria a realização de sorteio, mas apenas participando desse as (2)**

microempresas que acorreram ao certame, conforme expressa determinação do art. 45, III da LC nº 123/2006, o que também não ocorreu!

Note-se que **AS DISPOSIÇÕES LEGISLATIVAS QUE DETERMINAM AS REGRAS DE DESEMPATE A SER UTILIZADAS IMPLICAM EM ELEMENTAR CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL, NÃO ESTANDO AO ALVEDRIO DE SE FAZER OU NÃO FAZER!**

Assim sendo, com o intuito de colaborar com V. Excelência para que se restabeleça a legalidade do certame e evitem-se dissabores da intervenção de outras esferas de controle, discorre-se, a seguir, acerca das disposições legais aplicáveis ao caso, que **não podem levar à conclusão diversa senão à da imperiosa necessidade de anulação da anulação do certame, eis que tal decisão afronta a lei! Assevere-se da existência de limites claros e objetivos à anulação de atos administrativos, o que não se verificam na questão em debate!**

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 n° 123/2006, **conheciam-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° 123/2006**, que instituiu o **Estatuto da Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP)**, **houve a concretização do mandamento**

constitucionalmente inculpido, 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 Recorrente!**

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, 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; [\(Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016\)](#)

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:**

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 Recorrente 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. 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 Excelência, 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.

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

Ora, é indisputável que a ora Recorrente, 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 Recorrente, 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 a Pregoeira Oficial e também V. Excelência, Prefeito Municipal, 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!**

Por outro lado, a expressão "deverá ser assegurado", grafada no *caput* do artigo 44, da LC n.º. 123/2006, não deixa dúvida que o critério de desempate em tela se constitui em genuíno **direito subjetivo**, que não pode vir a ser subtraído ao livre arbítrio das administrações licitantes. Aliás, fica igualmente claro que as **Administrações são o sujeito passivo** desse direito ao critério preferencial de desempate, que tem como **sujeito ativo as MEs e EPPs**.

Nunca é demais lembrar a introdutória lição de José Eduardo Faria (in: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2007. pg. 115 e 116.), quando cita Hohfeld e Carlos Santiago Nino sobre o clássico conceito de direito subjetivo:

"[...] Hohfeld, jurista norte-americano, descreve o **direito subjetivo** de três pontos de vista: *a) como direito strictus sensu, direito de exigir;* *b) como liberdade, ou privilégio;* *c) como imunidade.* A relação de direito é sempre entre três termos: duas pessoas e um objeto (ação, omissão, fato ...). Assim teremos: **a) direito de A contra B (em que B está obrigado por um dever de agir ou omitir-se de agir): o direito de A é também um poder sobre B, que não tem liberdade naquele caso;** *b) liberdade de A com relação a B, se B não tiver direitos contra A, ou seja, se B não tiver direito/poder sobre a ação de A, mas A tiver poder de exigir algo de B (uma omissão); c) imunidade: A é indiferente a B.*

"[...] Carlos Santiago Nino lembra que **a expressão ter direito pode significar:** *(a) liberdade, (b) permissão, (c) garantia, (d) privilégio, (e) atribuição, (f) faculdade, (g) poder, (h) possibilidade, e ainda mais outras tantas coisas.*"

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 n° 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:**

“(...)

7.6. Encerrada a etapa de lances, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme previsto no art. 44 da Lei Complementar n°. 123 de dezembro de 2006.

7.6.1. Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

7.7. Ocorrendo o empate previsto no item 7.6.1, proceder-se-á da seguinte forma: a) a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de percentual inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado; b) não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma da alínea “a” deste Item, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese prevista no Item 7.6.1, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; c) no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem no intervalo estabelecido no Item 7.6.1, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

(...)”

Portanto, ante a leitura das disposições legais e editalícias suso transcritas, **é inegável o direito da ora Recorrente 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).

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 Recorrente:

Processo: 0000764-75.2015.8.16.0151



Classe Processual: Mandado de Segurança

Assunto Principal: Anulação

Valor da Causa: R\$1.000,00

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 irrisignação 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 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 Nº 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 estivessemos 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

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!**

Importante ressaltar, Senhor Prefeito, que **nesta fase recursal** é que a **autotutela da Administração** se afigura como o **mecanismo hábil a corrigir desvios e vícios ainda sanáveis,** evitando-se os transtornos de eventual intervenção do Judiciário e/ou Órgãos de Controle de Contas, situações essas evitáveis com o provimento do presente apelo recursal e os consequentes **impulsos oficiais que visem a retificação das decisões ora atacadas,** visando, sobremaneira, um

procedimento dentro dos preceitos de legalidade e apto a angariar a melhor proposta e mais vantajosa contratação para esta municipalidade.

2.3. Dos limites à anulação de atos administrativos

Em relação aos fatos enfrentados no presente Recurso, insta trazer à baila que, em fevereiro de 2010, foi publicado acórdão originário da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que sedimentou a questão da invalidação de procedimentos licitatórios. Naquele julgado específico, o entendimento seguiu a remansosa doutrina a respeito da ilegalidade de se utilizar de questões irrelevantes para substratar decisão pela anulação do procedimento.

O referido Acórdão recebeu o seguinte teor:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A licitação, como qualquer outro procedimento administrativo, é suscetível de anulação, em caso de ilegalidade, e revogação, por conveniência e oportunidade, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93 e das Súmulas 346 e 473/STF. Mesmo após a homologação ou a adjudicação da licitação, a Administração Pública está autorizada a anular o procedimento licitatório, verificada a ocorrência de alguma ilegalidade, e a revogá-lo, no âmbito de seu poder discricionário, por razões de interesse público superveniente. Nesse sentido: MS 12.047/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16.4.2007; RMS 1.717/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 14.12.1992. 2. Na hipótese dos autos, após a homologação do procedimento licitatório e a adjudicação de seu objeto em favor da ora recorrente, para a construção do Presídio Regional de Passo Fundo/RS, a Administração Pública entendeu por bem anular o certame, sob o fundamento de que no edital, na parte relativa à planilha de orçamento global da obra, no item 9.12

- Instalações elétricas -, subitem 35 do tópico 9.12.1.2, foi atribuído, incorretamente, o valor ZERO aos preços unitário e global do material ali discriminado - caixa estampada 3x3 -, em desconformidade, portanto, com o disposto no art. 44, § 3º, da Lei 8.666/93. Irresignada, a ora recorrente interpôs recurso administrativo, que, no entanto, foi desprovido, por se entender que, "afora o dispositivo legal descumprido, há também que se considerar o princípio da economicidade, o qual deve nortear a conduta do administrador, haja vista que a desclassificação da empresa foi pelo valor de R\$ 462,78 a maior referente a apenas quatro itens dentre mais de 2000 (dois mil da licitação). No entanto, o preço global da empresa considerada vencedora pela comissão especial de licitações foi R\$ 458.607,66, superior ao da empresa desclassificada, valor que estaria compelindo ao erário suportar" (fl. 151).

3. Nesse contexto, verifica-se que o fundamento central que autorizou a anulação da Concorrência 162/GELIC/2007 foi o da existência de incorreções na planilha de orçamento global da obra, constante do edital de licitação, o que ensejou vício de ilegalidade, por violação do art. 44, § 3º, da Lei 8.666/93. Há também o fundamento, de natureza subsidiária, apresentado no momento do indeferimento do recurso administrativo, o qual revela, na realidade, razões de interesse público, a autorizar o desfazimento do certame.

4. Da análise do edital de Concorrência 162/GELIC/2007 e de seus anexos, verifica-se que, na planilha de orçamento global da obra, consta apenas um item ao qual foi atribuído valor unitário e global ZERO (material: caixa estampada 3x3 - 76,2x76,2mm, Chapa 20 -, constantedo tópico 9x12 - Instalações Elétricas -, subitem 35 do tópico 9.12.1.2), entre mais de 1.600 itens, sendo mais de 90 materiais para instalação elétrica. E apenas em um deles (caixa estampada 3x3, em relação ao qual foi estipulada a quantidade de apenas uma unidade para a realização da obra), consta ZERO como valores unitário e global. É oportuno registrar que consta como item seguinte (36 do tópico 9.12.2) quatro unidades de caixa estampada de 2x4 (51x102mm, Chapa 20), com valor unitário de R\$ 2,02 e valor global de R\$ 8,08. Fica, assim, **demonstrada a irrisoriedade** do valor a ser acrescentado à planilha de orçamento global, em caso de retificação do edital, o que seria, **consideravelmente, inferior aos gastos a serem**

despendidos com uma nova licitação. Ou seja, a Administração pretende anular licitação já consumada, com objeto homologado e adjudicado ao licitante vencedor, para APENAS retificar o referido item da planilha de orçamento global, cuja alteração refere-se a valor ínfimo e, após, realizar nova licitação, com o mesmo objeto da concorrência anulada.

5. Os **vícios formais encontrados no edital de licitação que não causem prejuízos aos particulares nem ao interesse público podem ser reparados pela Administração, sem que isso importe em nulidade do ato convocatório ou do certame.**

6. Dessa análise, não há outra conclusão a que se possa chegar senão a de que **a Administração se utiliza de mera irregularidade formal do edital para fundamentar a anulação da concorrência e a realização de novo certame, porque, na realidade, ficou insatisfeita com o resultado do procedimento licitatório,** que desclassificou a empresa CONSTRUTORA PELOTENSE LTDA, em virtude de, em sua proposta, ter atribuído a alguns itens valor superior ao máximo permitido pelo edital, e teve como vencedora a empresa PORTONOVO

EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA. E, somente após a homologação e adjudicação da licitação é que a Administração deu-se conta de que o preço global oferecido pela empresa desclassificada era inferior ao da empresa vencedora do certame.

7. Em relação ao interesse público que embasou o desfazimento do certame, ressalte-se que, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, "a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta". E, consoante se pode depreender dos autos, o interesse público na obtenção do menor preço não é superveniente à homologação e à

adjudicação do objeto do certame, na medida em que, desde o oferecimento das propostas pelas empresas concorrentes e de suas respectivas avaliações pela Comissão de Licitação, passou a ser conhecido o fato de que a proposta da empresa posteriormente desclassificada possuía preço global inferior à da empresa vencedora ao final do certame.

8. Recurso ordinário provido, para, concedendo a segurança, reconhecer a invalidade do ato anulatório da licitação,

restabelecendo-se a homologação e a adjudicação da Concorrência 162/GELIC/2007 em favor da impetrante". (ROMS 28.927/RS, 1ª Turma, rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 17.12.2009, DJ 2.2.2010).

O acórdão enfrentou fato a respeito da possibilidade de a Administração empreender a invalidação de licitação com base em mera irregularidade, e se a invalidação poderia decorrer de motivos irrelevantes.

Ao julgar a questão inicialmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria, considerou viável a anulação, aduzindo que "*Constatada a nulidade no processo de licitação, a Administração Pública tem o dever de anulá-lo, ainda que já tenha sido homologado*".

Não obstante, em fase recursal, o STJ reformou esse entendimento, analisando a questão sob vários enfoques legais e jurisprudenciais, que levaram à conclusão diversa.

De início, partiu da premissa que "*A licitação, como qualquer outro procedimento administrativo, é suscetível de anulação, em caso de ilegalidade, e revogação, por razões de interesse público*" e que "*mesmo após a homologação ou a adjudicação da licitação, a Administração Pública está*

autorizada a anular o procedimento licitatório, verificada alguma ilegalidade, e a revogá-lo, no âmbito de seu poder discricionário, por razões de interesse público superveniente". Entretanto, definiu que tal não se aplicava ao julgado, tendo em vista que, em especial, os motivos para a não aplicação dos preceitos gerais de invalidação e revogação de certames licitatórios detinham especial relevância no acórdão.

Nos termos do acórdão "o fundamento central que autorizou a anulação da Concorrência 162/GELIC/2007 foi o da existência de incorreções na planilha de orçamento global da obra, constante do edital de licitação, o que ensejou vício de ilegalidade, por violação do art. 44, §3º, da Lei 8.666/93. Há também o fundamento, de natureza subsidiária, apresentado no momento do indeferimento do recurso administrativo da ora recorrente, o qual revela, na realidade, razões de interesse público, a autorizar o desfazimento do certame".

Cogitou-se, em primeiro momento, que "como o ato impugnado ocorreu por meio da decretação da nulidade da licitação, não há como aproveitar-se o fundamento de ordem discricionária a respeito da existência de interesse público em contratar a empresa desclassificada, a qual apresentou preço global economicamente mais vantajoso à Administração". Em seguida, "o segundo fundamento, por se tratar de causa de revogação do procedimento licitatório, não pode servir para justificar a sua anulação, devendo, portanto, ser afastado".

*Doutra face, mais especificamente ao motivo invocado para a invalidação do certame, o acórdão reconheceu "**a irrisoriedade do valor a ser acrescentado à planilha de orçamento global, em caso de retificação do edital, o que seria, consideravelmente inferior aos gastos a serem despendidos com uma nova licitação**".*

Frente à tal constatação, o Tribunal da Cidadania concluiu-se que **"a Administração pretende anular licitação já consumada, com objeto homologado e adjudicado ao licitante vencedor, para APENAS retificar o referido item da planilha de orçamento global, cuja alteração refere-se a valor ínfimo e, após, realizar nova licitação, com o mesmo objeto da concorrência anulada"**.

Em decorrência dessa circunstância concreta, o STJ chega a reconhecer expressamente que **"a Administração se utiliza de mera irregularidade formal do edital para fundamentar a anulação da Concorrência 162/GELIC/2007 e a realização de novo certame, porque, na realidade, ficou insatisfeita com o resultado procedimento licitatório (...)"**.

Ora, é o caso em apreço, eis que há uma evidente contrariedade ao resultado presumível da licitação em debate! Demais disso, ao contrário do caso apreciado no suso mencionado Acórdão, **inexiste sequer "mera irregularidade formal do edital" apta a subsumir a aventada ilegalidade, pois a situação encontrada demanda mera aplicação da lei!**

Entrementes, no que tange ao motivo que poderia, em tese, ensejar a revogação da licitação, o STJ asseverou que, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, exige-se para a revogação a existência de fato superveniente devidamente comprovado. Ora, não há qualquer superveniência, tampouco

“surpresa” ao se deparar com a situação de empate entre as propostas, sobretudo no tocante a licitações de cartões-benefício de alimentação e/ou refeição!

Sublinhe-se, por fim, **que tampouco é lícito a oferta de taxas negativas, tanto pelo próprio Edital, quanto pelas decisões das cortes de contas, que vedam tal prática!** Sendo assim, **o desempate seria nas formas preconizadas em lei**, no caso, **o artigos 3º da Lei de Licitações, assim como do artigo 44, da LC n.º. 123/2006!** Bastava a mera aplicação de disposições legalmente estatuídas pela Pregoeira Oficial!

Ao final, o acórdão ainda sublinha que "**não se pode atribuir caráter absoluto ao princípio da vinculação do edital, tendo em vista que eventuais vícios ou defeitos constantes do instrumento convocatório podem ser perfeitamente sanáveis, constituindo-se em meras irregularidades incapazes de lesar valor ou interesse jurídico, por não ensejar efeitos gravosos ao certame**", e que "**os vícios formais encontrados no edital de licitação que não causem prejuízos aos particulares nem ao interesse público podem ser reparados pela Administração, sem que isso importe em nulidade do ato convocatório ou do certame**".

De qualquer prisma, **o ponto central do acórdão do STJ reside no reconhecimento explícito da existência de vários graus de defeitos de que podem padecer os atos administrativos. Todavia, não são todos os defeitos que acarretam a nulidade dos atos ou procedimentos realizados pela**

Administração! E, repise-se, no caso ora guerreado sequer existem defeitos!!!!

A dizer: **defeitos que não sejam graves ou relevantes e que possam ser sanados pela Administração sem prejuízo à própria Administração e a terceiros não podem conduzir à anulação!**

Em suma, **para a anulação do certame é necessário que haja efetiva ilegalidade - além de não haver possibilidade de convalidação dos atos praticados. Questiona-se: aonde se encontra a ilegalidade no procedimento a ensejar a anulação? A resposta é inequívoca: não há! A única ilegalidade reside no ato de anulação praticado por V. Excelência!!!!**

A conclusão deriva da aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, consagrados de modo expresso no art. 2º, inc. VI, da Lei 9.784/99, que prescreve à Administração a "*adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*".

No caso em debruço, **esta Administração ao invés de optar pela estrita observância e aplicação da lei para resolver a –previsível e corriqueira- situação de empate entre as propostas, descamba para a ilegalidade absoluta, consistente em se anular procedimento licitatório que não apresenta nenhum vício apto, mas tão-somente, ao que parece, tentar prejudicar a Recorrente, que é a virtual vencedora do certame, eis que detém as prerrogativas –legais- para ser assim escolhida!**

Aplica-se, ainda, a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, no sentido de que "***a invalidação seria admissível somente como solução indispensável para proteger os valores jurídicos. Ou seja, não se cogitaria de invalidade se tal fosse providência inadequada a gerar, sob o prisma de causa e efeito, a proteção aos interesses e valores protegidos pelo Direito. Ademais disso, somente seria cabível a invalidade na medida em que tal fosse a única solução possível para proteger os valores considerados. Não se admitiria a invalidade quando outras vias de proteção aos valores estivessem disponíveis***" (Comentários..., Cit., p. 679).

Essa noção é reafirmada por ADILSON ABREU DALLARI, para quem "*Aplicando esses conhecimentos à licitação e como fruto da experiência podemos dizer, com segurança, **que a anulação de uma licitação por razões de somenos, por detalhes irrelevantes, pela ofensa a minúcias, detalhamentos absurdos, ou preciosismos legislativos é indicativo claro de desvio de poder, de corrupção, de atitudes voltadas para a satisfação de interesses subalternos, de ordem econômica, política, corporativa etc.** Havendo, portanto, possibilidade de convalidação, o procedimento deve ser aprovado.*" (Aspectos Jurídicos da Licitação. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182). E esse desvio de poder é latente no caso em apreço, caso mantida a –ilegal e desmotivada- anulação do processo licitatório em tema!

Tratando especialmente do controle jurisdicional da anulação de licitação, o **TRF da 5ª Região já reconheceu que, se as pretensas irregularidades consideradas pela Administração não são aptas a determinar a nulidade do processo licitatório, cumpre ao Judiciário determinar à Administração a convalidação dos atos praticados:**

"(...) O art. 49 da lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de revogação da licitação por interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal

conduta, bem como a obrigatoriedade de sua anulação por ilegalidade, neste último caso podendo agir de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado;

4. Na hipótese, tem-se por incontestável a ocorrência de fato superveniente devidamente comprovado, que é, justamente, a aposentadoria por invalidez de um dos representantes técnicos da empresa vencedora todavia, verificando-se que tal representação, conforme consta do próprio contrato social daquela empresa, é atribuída a mais de uma pessoa, não vislumbro seja tal fato suficientemente capaz de ensejar a revogação do certame vez que, diante da pluralidade de representantes técnicos, impõe-se ao magistrado, em nome da razoabilidade, um dos princípios norteadores da administração pública, ter por sanada tal irregularidade, mormente quando o próprio contrato foi assinado pelo representante técnico regularmente apresentado, sobre o qual não recaiu qualquer impugnação; (...)

6. Concluindo-se que **nenhuma das irregularidades apontadas foram suficientes a impingir de ilegalidade quer o processo licitatório quer o próprio contrato, impõe-se reformar a decisão singular que restou por decretar a nulidade do mesmo (...)** (AMS 2000.83.00.006043-4-PE, 2ª T., rel. Des. Federal PETRÚCIO FERREIRA, julg. 10.9.2002, publ. DJU 18.10.2002, p. 780).

Ora, tanto o acórdão colacionado, quanto o excerto da decisão judicial destacado no parágrafo predecessor, reconhece-se que os pretensos defeitos invocados pela Administração não eram suficientes ou adequados para se promover a invalidação da licitação. Conforme o acórdão, isso seria aferível da *"irrisoriedade do valor a ser acrescentado à planilha de orçamento global, em caso de retificação do edital, o que seria, consideravelmente inferior aos gastos a serem despendidos com uma nova licitação"*.

Procedendo dessa forma, **o STJ consagrou a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** Reconheceu que tais princípios constituem limites claros à competência da Administração para invalidar os processos licitatórios eventualmente viciados.

Não é cabível a invalidação de toda a licitação se os defeitos invocados pela Administração não são graves, seja porque não acarretam prejuízo à Administração ou ao direito de terceiros, seja porque passíveis de convalidação. E mais: a invalidação deve ser pertinente e adequada à recomposição da ordem jurídica violada. **Caso se vislumbre medida excessiva, não pode ser praticada pela Administração, sob pena de revisão judicial desse ato.**

Não é demais reafirmar: no caso vertido não qualquer ilegalidade apta a estribar o decreto de nulidade do processo licitatório! Se tal absurdo não for corrigido nesta esfera administrativa, certamente o será pelo Judiciário e a Corte de Contas, que serão acionados pela Recorrente caso V. Excelência despreze os fortes argumentos trazidos nestas razões recursais!!!!

2.4 Da aplicabilidade da Lei Federal nº 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa- ao caso em debate

A legislação em título trouxe significativo amparo para aqueles que buscam na Administração Pública a concretização dos anseios legais e de realização do bem comum.

Tornou-se tal **lei eficiente instrumento que visa corrigir erros praticados por agentes públicos na condução da coisa pública e que acabam por afastar-se dos preceitos legalmente estatuídos.**

Importante transcrever alguns dos dispositivos que interessam ao caso ora em debate:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

(...)

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

(...)

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

(...)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que **atenta contra os princípios da administração pública** qualquer **ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições**, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

(...)

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 12. **Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações**, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [\(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009\)](#).

(...)

II - na hipótese do art. 10, **ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores** acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, **perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;**

III - na hipótese do art. 11, **ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.**

(...)

CAPÍTULO V

Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

(...)

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que

requeira ao juízo competente a **decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.**

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos [arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil](#).

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

No caso em apreço, **em que pese a ilegalidade do ato já ter sido convenientemente alertada no transcurso da sessão do pregão pelo representante legal da ora Recorrente**, com a **apresentação das presentes razões recursais** tal fato resta **sobejamente evidenciado**, com todas as circunstâncias legais e doutrinárias que o permeiam, **sendo que, após isso, com a eventual manutenção da ilegal decisão por Vossa Excelência**, não permitirá alternativa diversa **senão a de se buscar a responsabilização em todas as esferas pertinentes, inclusive no que tange à seara da improbidade administrativa**, eis que **a estrita observância à lei é pressuposto indispensável do exercício da atividade pública**, sobremaneira no que se relaciona às contratações públicas, e **maiormente quando a ilegalidade é gritante e indisfarçável!**

Por derradeiro apelo, **espera-se que V. Excelência**, utilizando-se do bom senso e de conduta condizente com a legalidade e escorreita direção dos atos oficiais, exercite o poder de autotutela administrativa e **retifique**

a ilegal decisão que, ao arrepio a lei, ao não considerar a condição de microempresa da ora Recorrente -e o conseqüente direito à preferência na contratação- culminou num ato completamente ilegal, qual seja, a anulação de procedimento licitatório sem motivo bastante, que se não corrigido no presente momento processual, pode-se considerá-lo inválido e apto a gerar incontáveis dissabores.

III. Dos Requerimentos Conclusivos

Por todo o exposto, servem as presentes razões de Recurso Administrativo para **requerer a Vossa Excelência**, ante a forte argumentação suso exposta, se digne:

a)- **reconsiderar e retroceder na decisão pela anulação da licitação, revogando o Decreto nº 048, de 09 de Maio de 2018**, visando o **prosseguimento do certame até seus ulteriores termos**;

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

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

b.2.) **declarando a preferência legal para contratação da ora Recorrente, nos termos do art. 3º, §2º, inciso IV da Lei nº 8.666/93** , eis que é a única empresa, no

certame, que investe “**em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.**” ;

b.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**.

c)- na **remota hipótese da decisão pelo não provimento** do presente apelo recursal, o que não se espera ante a sobeja e fundamentada argumentação ora transcrita, que Vossa Excelência **fundamente motivadamente sua decisão**, em especial delimitando a suposta ilegalidade apta a estribar o decreto anulatório, com **justificações baseadas em substrato jurídico vigente**.

Nestes termos,

Aguarda Deferimento.

De Guarapuava-PR para Capinzal-SC, em 23 de Maio de 2018.



RAMON BARBOSA E SILVA

ADVOGADO

OAB/PR Nº 48.877