

ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BARRÃO DO COTEGIPE - RS OU AUTORIDADE HIERARQUICAMENTE SUPERIOR.

PREGÃO PRESENCIAL N° 024/2018

PROCESSO LICITATÓRIO N° 064/2018



EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rua Marechal Deodoro, nº 1016, na cidade de Santa Cruz do Sul – RS, inscrita no CNPJ sob nº 07.044.304/0001-08, através de seu representante legal Sra **BRAULIA ESTER LACERDA DOS SANTOS**, brasileira, casada, profissão vendedora, CPF 465.812.350-91, RG nº 1077292488 Órgão expedidor RS/SJS, residente e domiciliado à Rua Senador Pinheiro Machado 1801 Centro, cidade de Santa Cruz do Sul - RS vem à presença de Vossas Senhorias, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a decisão da Comissão de Licitações, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

RAZÕES RECURSAIS

I – RESUMO FÁTICO

No dia 08 de agosto de 2018, fora redigida a Ata do Pregão Presencial n° 024/2018, Processo licitatório 064/2018, no qual houve como participantes a empresa Banrisul Serviços Ltda e a empresa Expertise Soluções Financeiras Ltda - EPP.

Sucessivamente constatou-se que as empresas apresentaram propostas financeiras no valor de 0,00% (zero por cento). Considerando que o edital do certame não previa possibilidade de ofertar taxa negativa, ou seja, e conforme tendo a comissão de licitação decidido pelo sorteio público com todas as empresas.

Perante tal ato, a empresa recorrente manifestou intenção de recurso, no que concerne a **utilização do benefício da LC 123/2006**, observando o **item 5.5 do edital "5.15. Encerrada a sessão de lances, será verificada a ocorrência do empate ficto, previsto no art. 44, §2º, da Lei Complementar 123/06, sendo assegurada, como critério do desempate, preferência de contratação para licitantes beneficiárias de Lei Complementar 123/2006"**, em que entende que a microempresa e empresa de pequeno porte tem preferência em contratar com a Administração em caso de empate. Dessa maneira, abriu-se o prazo recursal de 3 (três) dias para o recurso.

II - DO DIREITO

Primeiramente passemos a analisar a **Lei Complementar 123/2006** que instituiu *tratamento diferenciado e simplificado para as EPPs e MEs*. Reza seu artigo 1º:

*Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento **diferenciado e favorecido** a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:*

(...)

*III – ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à **preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos**, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.*

(...)

A Lei Complementar inovou em termos licitatórios com a implantação deste sistema, onde em determinadas situações as EPP's ou ME's possuem preferência na contratação com órgãos públicos. Para saber como aplicar este sistema

diferenciado e saber quando a EPP ou ME deve ser favorecida, basta cotejar o *artigo 44 da Lei Complementar* em questão, senão vejamos:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

O artigo reproduzido acima é de fácil compreensão e não gera dúvidas quanto a sua aplicação, ou seja, *em caso de empate, a preferência na contratação é da EPP ou ME*. Como houve empate entre todas as propostas, deveria ter ocorrido a convocação somente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Esclarecedoras são as colocações elaboradas por José Anacleto:

Caso restem classificadas em primeiro lugar mais de uma proposta (propostas de idêntico valor, caracterizando situação de empate na acepção jurídica do termo), e uma delas for microempresa ou empresa de pequeno porte, esta terá preferência na contratação – o desempate se dará pelo tratamento favorecido à microempresa ou empresa de pequeno porte.

Pode-se sustentar que, no caso de empate decorrente da apresentação de propostas idênticas por microempresa ou empresa de pequeno porte e outra licitante que não detenha essa condição, se deveria automaticamente dar preferência àquela (EPP ou ME) (...)¹

Após tais comentários, uma só pode ser a conclusão: *quando houver empate na forma do artigo 44 da LC 123/2006, a EPP ou ME terá preferência na contratação*. Aplicar a regra de forma diversa estar-se-ia a infringir o artigo 44 da Lei Federal 8.666/93, abaixo transcrita:

¹ ABDUCH SANTOS, José Anacleto. **As licitações e o estatuto da microempresa**. Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC. Ano XIV – nº 156 – Fevereiro 2007. pp. 138/139.

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração **os critérios objetivos definidos no edital** ou convite, os quais **não devem** contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

(...)

Do mesmo modo, quando presente ao certame ME ou EPP, este critério de desempate possui prevalência sobre os previstos nos incisos do § 2º, artigo 3º; e no § 3º do artigo 45, da lei nº 8.666/93, considerando que são normas mais recentes que esta, como bem observado por Ivan Barbosa Rigolin (*manual Prático das Licitações*. 8º edição. São Paulo: Saraiva, 2009 pg 547), ao comentar o artigo 44 da LC nº 123/2006. “(...).”

Aquele novo critério, sempre que envolvia micro e/ou pequena empresa na licitação, prevalece sobre os dois outros critérios previstos na lei nº 8.666/93, sejam os dois incs. II e III do § 2º do artigo 3º (preferência por licitante nacional em desfavor de estrangeiro) e o sorteio (art. 45, parágrafo 3º); **sim, porque simplesmente a LC nº 123/2006, de norma geral neste artigo, é mais recente que a Lei nº 8.666/93, e pela regra de Introdução ao Código Civil, art. 2º, e parágrafo 1, uma norma geral mais recente se impõe a uma norma geral mais antiga, se com ela conflitar.**”

Assim, correto afirmar que as ME'S e EPP's são possuidoras do direito a terem assegurado o critério de desempate nos moldes estabelecidos no artigo 44, da LC 123/2006, como meio de preferência na contratação com o poder público. Essa garantia genérica tem **aplicabilidade incondicional**, não podendo ser negada pela Administração licitante, nem mesmo quando omitida no termo editalício. E mesmo que não haja a possibilidade de desempate, conforme é o presente caso deverá a Administração Pública dar preferência de contratação à empresa, ora recorrente.

Assim sendo, as regras já foram definidas no edital, onde ficou claro que seria aplicada a LC 123/2006. Não pode agora a Administração furtar-se a aplicação dos critérios estabelecidos na legislação sob comento. Até porque se assim o fizer, estará também infringindo o **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**, esculpido no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93:

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com **os princípios básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

(...)

Colacionamos ainda o conceito do princípio em voga:

*Pelo princípio da legalidade, tem-se que administração pública é uma atividade que se desenvolve **debaixo da lei, na forma da lei, nos limites da lei e para atingir os fins assinalados pela lei**. É sempre necessária a previsão legislativa como condição de validade de uma atuação administrativa, porém, é essencial que tenham efetivamente acontecido os fatos aos quais a lei estipulou uma consequência. Está totalmente superado o entendimento segundo o qual a discricionariedade que a lei confere ao agente legitima qualquer conduta e impede o exame pelo Poder judiciário. O princípio da legalidade não pode ser entendido como um simples cumprimento formal das disposições legais. Ele não se coaduna com a mera aparência de legalidade, mas, ao contrário, requer uma atenção especial para com o espírito da lei e para com as circunstâncias do caso concreto. .(fonte: www.kplus.com.br – Autora: Giovana HarueJojimaTavarnaro). (grifo nosso).*

Para tanto, deve-se atentar que o tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar nº 123 de 2006, deverá ser concedido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte independentemente de previsão editalícia.

Imperioso aqui explanar uma **sentença judicial proferida de um Mandado de Segurança impetrado contra o Município de Garibaldi**, no qual anexamos e abaixo transcrevemos:

“No entanto, deixam de considerar o conteúdo claro e preciso do artigo 44 da mesma Lei Complementar, verbis:

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.”

O parágrafo segundo do artigo transcrito esclarece o que deve ser considerado empate:

“§ 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.” (sem grifo no original). O parágrafo segundo altera o percentual para a hipótese de pregão, sendo irrelevante para o caso dos autos.

“§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.”

Importa, a rigor, definir que houve empate, fato incontroverso, e nesse caso, o critério de desempate, assegurado pelo artigo 44 da LC nº 123/2006 é a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.(GRIFAMOS).

Se as circunstâncias específicas afastam a possibilidade de redução do preço proposto e, com isso, as providências do artigo 45 da Lei Complementar, não afastam a preferência estabelecida no artigo anterior.

Dessa forma, conclui-se que o sorteio com todas as empresas, para o caso em comento não seria o mais coerente, haja vista em todos os sentidos estar expresso que nesse momento a Administração deve obedecer aos preceitos legais, *assim convocando para sorteio as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.*

Atente-se que todas as concorrentes já apresentaram taxa de administração de 0%, não sendo possível que se faça proposta inferior, o que também é confirmado pela Administração quando aduziu que o edital limitou a taxa de 0% para administrar os serviços, ficando, portanto, afastada a possibilidade de apresentação de menor preço.

A alegação de que o sorteio **a ser realizado** em conformidade com o previsto no edital igualmente não pode ser aceita, uma vez que os arts. 44 e 45 da LC 123/06 devem ser obrigatoriamente observados nas licitações, não se podendo *restringir os benefícios oferecidos pela lei.*

Ademais, é pertinente aduzir que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul já tomou uma decisão justa sobre o mesmo assunto na sua licitação para cartões combustíveis com taxa de administração mínimas igual a ZERO e declarou a empresa, ora recorrente como vencedora do certame (**em anexo Ata de julgamento do Pregão Eletrônico**). Sendo assim, *é relevante a Administração rever o caso haja vista o órgão que entende perfeitamente sobre a matéria de licitação concedeu o benefício à empresa EPP, considerando-a vencedora daquele procedimento.*

Além do mais, atente-se para o caso de que existem Mandados de Segurança (**anexamos**) com a mesma discussão, em que os Juízes entenderam que nesses casos não deva haver o sorteio e sim declarar diretamente vencedora do certame a empresa que seja EPP ou ME. Então, *como pode haver decisões notáveis – uma do TCE e outra do Judiciário dando preferência de contratação à EPP ou ME e ainda a Administração posicionar-se de forma diferenciada? Não há lógica e nem fundamentação para isso, razão pela qual a Administração deve reformar a sua decisão*

inicial, caso contrário estará afrontando diversos ditames legais, bem como deliberações já exaradas.

No Mandado de Segurança da Prefeitura de Ivora em anexo, parecer favorável para contratação conforme lei 123/2006.

Anexamos também Mandado de Segurança impetrado contra o **Município de Vera Cruz** no qual anexamos e abaixo transcrevemos:

“No que diz respeito a necessidade de apresentação de nova proposta inferior sustentada, vê-se que todas as concorrentes já apresentaram taxa de administração de 0%, não sendo possível que se faça proposta inferior, o que também é confirmado pela impetrada quando aduziu que o edital limitou a taxa de 0% para administrar os serviços, ficando, portanto, afastada a possibilidade de apresentação de menor preço.

A alegação de que o sorteio será realizado em conformidade com o previsto no edital igualmente não pode ser aceita, uma vez que os arts. 44 e 45 da LC 123/06 devem ser obrigatoriamente observados nas licitações, não se podendo restringir os benefícios oferecidos pela lei.”

Por fim, observando o parágrafo 3º do art. 45 da LC 123/06, o exercício do direito de preferência foi no prazo legal após o encerramento dos lances.

Nesse sentido: 'APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE PREÇOS. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. APLICAÇÃO DOS ARTS. 44 E 45 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO NO EDITAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INOCORRENCIA. 1- A Lei Complementar n.123/2006 contém regras que precisam estar previstas expressamente no edital art. 47 e 48 e também regulamentadas no âmbito da administração, e outras que se aplicam desde logo e com caráter cogente, porque são vigentes, como as previstas nos artigos 44 e 45 da LC 123/06. 2 A interpretação da lei não é necessária quando contém regra clara e não poderá ser feita para restringir os benefícios expressamente nela previstos. 3- O princípio constitucional da isonomia tem como escopo o estabelecimento de igualdade entre os que estão em situação desigual, o que está concretizado na LC n. 123/06. Não ocorrência de ofensa

ao princípio em razão da aplicação de lei. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME.
(Apelação Cível Nº 70026149781, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,
Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 22/07/2009).”

Ademais, ao final da licitação subsistir mais de uma proposta com valores (ou notas) idênticos, a situação se resolverá da seguinte maneira: empatadas uma empresa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte e outra não enquadrada, a preferência é da micro ou pequena empresa, simplesmente porque a lei lhe garantiu a preferência (art. 44, *caput*, da Lei nº 123/06.

É oportuno observar que o legislador que a LC nº 123/06, entre outras benesses, instituiu a preferência de contratação de ME/EPP nas licitações públicas como política de fomento e dentro dos limites permitidos por um dos vieses do princípio da isonomia. Se, logo no *caput* do art. 44, garantiu essa preferência de forma expressa, sem qualquer condicionante, é coerente que, quando a ME/EPP se encontrar em situação de igualdade absoluta com outra empresa de médio ou grande porte (empate real) ao final da licitação, lhe seja garantida a contratação, sem que se exija dela o cumprimento de nenhum requisito. A explicação é simples: a ME/EPP tem a preferência.

Por tal ensejo, deve a Administração alterar a sua decisão, para assim o procedimento licitatório estar de acordo com a norma e princípios licitatórios.

III - DIANTE DO EXPOSTO REQUER:

1 - O acolhimento do presente recurso, para os fins de que a Administração reforme sua decisão e ao final, declare como vencedora do certame a empresa Expertise Soluções Financeiras Ltda. – EPP.

2 - Que seja encaminhado o presente recurso ao Prefeito Municipal e Departamento Jurídico do município.

3 - Aplicação ao recurso do **EFEITO HIERÁRQUICO**, conforme determina o artigo 109, § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Santa Cruz do Sul/RS, 08 de agosto de 2018


BRAULIA ESTER LACERDA DOS SANTOS

Representante Legal

