



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2023.0000356737

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2056289-16.2023.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é agravante LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, é agravado PREGOEIRO DA PREFEITURA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) e J. M. RIBEIRO DE PAULA.

São Paulo, 3 de maio de 2023.

OSVALDO DE OLIVEIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO N.º 37.877

COMARCA: SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 2056289-16.2023.8.26.0000

AGRAVANTE: LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA.

AGRAVADO: PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

INTERESSADO: MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO

Juiz de Primeira Instância: Marcelo Haggi Andreotti

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – Município de São José do Rio Preto – Licitação – Pregão Eletrônico – Contratação de empresa para serviços de administração, gerenciamento e fornecimento de auxílio-alimentação aos servidores públicos municipais ativos e inativos, por cartão magnético – Critério de desempate – Preferência às microempresas e empresas de pequeno porte – Não é possível, com convicção, compreender-se que as regras previstas pela Lei n.º 8.666/1993 e pela Lei Complementar n.º 123/2006 não possam também ser estendidas à preferência para ME/EPP, em caso de empate real e não somente nos casos de empate ficto de propostas – Nem é tão cristalina a diferença apontada pela recorrente entre os dois tipos de empate – Exegese dos artigos 3.º da Lei n.º 14.442/2022 e 44 da Lei Complementar n.º 123/2006 – Indeferimento do pedido liminar do writ, consistente na suspensão do procedimento licitatório – Ausentes os requisitos previstos pelo artigo 7.º, inciso III, da Lei n.º 12.016/2009 – Confirmação da decisão agravada – Recurso não provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão interlocutória de fls. 66/68 que, no mandado de segurança, indeferiu o pedido liminar, sob o fundamento de que os argumentos exteriorizados pela impetrante se revestem de color prospectivo e excessivamente dedutivo, já que convola sua intuição em realidade. É dizer, portanto, que, neste momento liminar e sem que se tenha

conhecimento da conjuntura das propostas, não se verifica, para fins prelibatórios, violação direta ao direito positivo. Com isso, deve-se aguardar o envio das informações para adequada e oportuna convicção sobre o contexto licitatório.

Sustenta a agravante que impetrou mandado de segurança preventivo com o objetivo de suspender a licitação promovida pelo agravado para, no mérito, obter a retificação de item editalício em desconformidade com a Lei de Licitações e com decisões jurisprudenciais. Trata-se do processo licitatório n.º 1.959/2023, Pregão Eletrônico n.º 126/2023, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração, gerenciamento e fornecimento do auxílio alimentação aos servidores ativos e inativos (aposentados e pensionistas) da Prefeitura Municipal de São José do Rio Preto/SP, na forma de cartão eletrônico (magnético ou de tecnologia similar). O critério de julgamento estabelecido no edital é o menor preço global por lote, sendo vedada a oferta de desconto ao órgão licitante, em respeito ao Tribunal de Contas de São Paulo, que entende pela impossibilidade de deságio nas taxas de administração ofertadas nas licitações para o aludido objeto. Diante do critério de julgamento estabelecido, por óbvio, todas as empresas licitantes apresentam a proposta mínima possível, qual seja, 0% de taxa de administração. Com isso, há o empate real de propostas. A ilegalidade contida no Edital está na previsão de que, no caso de eventual empate de propostas, será utilizado, como critério de desempate, “a preferência para empresas classificadas como ME/EPP”. Tal item editalício deve ser retificado, uma vez que a Lei de Licitações (n.º 8.666/1993) e a Lei Complementar n.º 123/2006 não estabelecem a preferência para ME/EPP no caso de

empate real (empate entre propostas iniciais), mas somente nos casos de empate ficto de propostas, quando a empresa licitante, beneficiada pela LC n.º 123/2006, poderá cobrir o lance da primeira colocada caso sua proposta esteja empatada em proximidade de até 5%. Diante disto, inicialmente impugnou o item editalício, informando ao Órgão Licitante que a exigência contida é ilegal e deve ser retificada. Todavia, o Pregoeiro indeferiu as razões sem adentrar o mérito do assunto. Além disso, seu pedido liminar restou indeferido pelo juízo *a quo*. O que antes poderia parecer dedução, segundo a fundamentação da decisão agravada, se concretizou ao ser realizada a Sessão Pública da licitação, uma vez que, dentre as empresas licitantes, quatro eram classificadas como ME/EPP, e, como previsto, o sorteio foi realizado somente entre elas. A Câmara Municipal de São José do Rio Preto irá promover licitação com o mesmo objeto, por meio do Pregão Eletrônico n.º 02/2023, Processo n.º 22/203, e estabeleceu o rito correto do procedimento no caso de empate real entre os licitantes. Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal, bem como a reforma da decisão interlocutória impugnada, a fim de ser suspenso o processo licitatório n.º 1.959/2023, Pregão Eletrônico n.º 126/2023, para, ao final, ser determinada a retificação dos itens 2.2, 2.2.1 e 2.2.2, afastando o critério de preferência para ME/EPP nos casos de empate real de propostas, a serem observados os critérios de desempate e sorteio definidos na Lei de Licitações (fls. 01/11).

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal foi indeferido (fls. 77/79).

Com apresentação de contraminuta (fls. 85/93), pelo

desprovimento ao recurso interposto.

A Douta Procuradoria de Justiça deixou de se manifestar *in casu* (fls. 99/102).

É o relatório.

Segundo se depreende dos autos, a agravante participa do processo licitatório n.º 1.959/2023, Pregão Eletrônico n.º 126/2023, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração, gerenciamento e fornecimento do auxílio alimentação aos servidores ativos e inativos do Município de São José do Rio Preto/SP, na forma de cartão eletrônico (magnético ou de tecnologia similar). Como não é possível a oferta de desconto ao órgão licitante, de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas do Estado, todos os participantes apresentaram a proposta mínima possível, ou seja, 0% de taxa de administração. Com isso, houve o empate real de propostas. Segundo o Edital, em caso de eventual empate, será utilizado, como critério de desempate, a preferência para microempresas ou empresas de pequeno porte. No entanto, compreende a agravante que tal item do Edital deve ser retificado, uma vez que a Lei n.º 8.666/1993 e a Lei Complementar n.º 123/2006 não estabelecem a preferência para ME/EPP em caso de empate real (empate entre propostas iniciais), mas somente nos casos de empate ficto de propostas. Veiculou impugnação ao Edital em sede administrativa, mas não logrou êxito. Com isso, impetrou mandado de segurança. No entanto, o pedido liminar restou indeferido. Em face do *decisum*, interpôs o presente agravo de instrumento.

A Lei n.º 12.016, de 07 de agosto de 2009, em seu artigo 7.º, inciso III, estabelece como requisitos para a concessão da liminar a relevância do fundamento e o risco de ineficácia da medida se deferida só ao final.

A esse respeito, confira-se o escólio de Hely Lopes Meirelles:

“Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito – *fumus boni juris* e *periculum in mora.*” (*in Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 35.ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 93).

Não se vislumbram tais pressupostos na hipótese vertente.

A recorrente insurge-se em face dos seguintes itens do Edital, que disciplinam o critério de desempate entre as licitantes:

“2.2. Realizados os procedimentos acima, e ainda assim, persistindo o empate real entre as licitantes participantes, deverão ser observados os seguintes procedimentos:

2.2.1. Havendo entre elas somente uma Micro e Pequena Empresa, será assegurado o direito de contratação, nos termos do caput, art. 44 da Lei Complementar n.º 123/2006;

2.2.2. Havendo entre elas, mais de uma Micro e Pequena

Empresa, haverá sorteio somente entre elas, nos termos do art. 45, III, da Lei Complementar n.º 123/2006;” (fls. 36).

Na manifestação sobre as impugnações ofertadas, a autoridade impetrada consignou:

“Com relação ao critério de desempate que consta do edital para as ME/EPPs (Capítulo VIII, item 2 e seus subitens), nada ilegal existe.

Veja que na nossa Constituição Federal, artigo 170, Inciso IX, tal preferência já é explicitada sendo que desse dispositivo veio a gênese da Lei Complementar n.º 123/06 onde, no artigo 44 é assegurado nas licitações, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. E, não é só isso, a própria lei de licitações (8666/93) em seu artigo 3.º, § 14, já determina que *'as preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei'*” (fls. 106).

Segundo a agravante, os mencionados itens do Edital devem ser retificados, uma vez que a Lei de Licitações (n.º 8.666/1993) e a Lei Complementar n.º 123/2006 não estabelecem a preferência para ME/EPP no caso de empate real (empate entre propostas iniciais), mas somente nos casos de empate ficto de propostas.

Segundo se depreende dos autos, houve empate real de

propostas entre as ME/EPP participantes de licitação *sub judice* (Pregão Eletrônico n.º 126/2023).

A Lei Complementar n.º 123/2006, que, dentre outras questões, institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabelece:

Artigo 44 – Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. ([Vide Lei n.º 14.133, de 2021](#))

§ 1.º - 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.

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

Em sede liminar do *writ*, ainda não é possível, com convicção, compreender-se que as regras previstas pela Lei n.º 8.666/1993 e pela Lei Complementar n.º 123/2006 não possam também ser estendidas à preferência para ME/EPP, em caso de empate real e não somente nos casos de empate ficto de propostas. Na verdade, nem é tão cristalina a diferença apontada pela recorrente entre os dois tipos de empate.

No mais, dispõe a Lei n.º 14.442/2022:

Artigo 3.º - O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2.º desta Lei, não poderá exigir ou receber:

I – qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

Acerca da matéria, preleciona o Eminentíssimo Desembargador Fernão Borba Franco:

“A finalidade da lei é a de impedir o dano social decorrente da prática da taxa negativa. O deságio é primeiramente transferido para fornecedores de alimentação/refeição e assim será inexoravelmente repassado aos trabalhadores, seja por meio do aumento de preço dos produtos, seja por acarretar no recebimento dos benefícios em valores que não condizem com os de mercado” (Agravo de Instrumento n.º 2300081-70.2022.8.26.0000 – Mirandópolis – 7.ª Câmara de Direito Público – j. 20.03.2023, V.U.).

Nesse sentido, é oportuna a menção aos precedentes da lavra do mencionado Relator:

Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Decisão recorrida que indeferiu a tutela de urgência. Irresignação da impetrante. Não acolhimento. Ato impugnado que decorre de previsão legal e que, portanto, deve prevalecer sobre o edital. Decisão mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2300081-70.2022.8.26.0000;

Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7.^a Câmara de Direito Público; Foro de Mirandópolis – 2.^a Vara; Data do Julgamento: 20/03/2023; Data de Registro: 20/03/2023);

Apelação. Mandado de segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético. Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7.^a Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga – 4.^a Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023).

Observa-se que maiores considerações acerca da matéria em análise não devem ser tecidas, sob pena de invasão precoce da esfera pertencente ao mérito, o que é incabível na espécie. De fato, no presente recurso, tão somente pode ser examinada a presença ou não dos requisitos que ensejam a concessão da liminar.

Em outras palavras, no julgamento do presente recurso em face de decisão que indeferiu pedido liminar em sede mandamental, é inviável maior digressão sobre o direito invocado, uma vez que o exato alcance da relação jurídica existente entre as partes somente pode ser dirimido no julgamento do *writ*.

Pelas razões acima expendidas, conclui-se que o *decisum*



impugnado deve ser prestigiado em sua integralidade.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

OSVALDO DE OLIVEIRA

Relator

...