



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DE
MINAS GERAIS**

U R G E N T E !!!

PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA ERA/MG

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 40/2023

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 126/2023

SESSÃO DE PROCESSAMENTO DO PREGÃO – 28/09/2023 ÀS 08h30

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS

LTDA, pessoa jurídica de direito privado, representada neste ato pelo sócio administrador Sr. Rafael Prudente Carvalho Silva, RG nº. 44.116.702-0 e CPF sob o nº 350.882.968-51, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº. 21.922.507/0001-72, com sede em Barueri/SP, à Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº 939, 8º andar, Torre I, Ed. Jacarandá, Bairro Sítio Tamboré Jubran – licitacao@megavalecard.com.br, (11) 35040770, por seus advogados que esta subscreve, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, a fim de:

IMPUGNAR COM MEDIDA DE URGÊNCIA

Os termos do Edital em referência, que adiante especifica o que faz na conformidade seguinte:

I - TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, quanto à tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 28/09/2023 a representante interpõe medida adequada dentro do prazo legal estampado pelo artigo 41, §1.º da lei 8666/1993 e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005.

II - DOS FATOS

A Impugnante atua com forte destaque em âmbito nacional no mercado de gerenciamento de cartões alimentação, refeição e benefícios, deste modo, deseja participar da licitação na modalidade **Pregão Eletrônico** promovido pela Prefeitura Municipal de Nova Era/MG, cujo objeto é:

“1.1 - A presente licitação tem por objeto a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE IMPLEMENTAÇÃO, GERENCIAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO, VIA CARTÃO MAGNÉTICO E/OU CARTÃO ELETRÔNICO, COM TECNOLOGIA DE CHIP, E RESPECTIVAS RECARGAS DE CRÉDITOS MENSAIS, EM QUANTIDADE E FREQUÊNCIA VARIÁVEL, NAS QUANTIDADES, QUALIDADES E CONDIÇÕES DESCRITAS NO ANEXO I (TERMO DE REFERÊNCIA).**”

Ocorre que ao analisar o edital do certame verificou-se a existência de cláusulas abusivas que direcionam do procedimento licitatório, que restringe o caráter competitivo do certame e fere a lisura do procedimento licitatório, impondo-se a sua reformulação e consequente republicação **especialmente no que diz respeito ao item 19.3 – Do Critério de Desempate** -, previsto em desacordo com a legislação. Vejamos:

19.3 - O critério de julgamento da proposta será o de menor percentual (menor taxa de administração).

Na hipótese de apresentação de propostas inicial no sistema, ou na fase de lances, os percentuais ficarem empatados², será utilizado como critério de desempate nesta ordem:

1º - Menor percentual cobrado pela empresa aos estabelecimentos credenciados. Este percentual não entrará na fase de lances, devendo ser informado uma única vez no sistema.

OBS: Caso a empresa decida por não informar o percentual a ser cobrado dos estabelecimentos credenciados, poderá ficar fora da disputa no caso de empate entre as propostas.

2º - Persistindo o empate será realizado o sorteio.

Referida exigência constitui **grave ilegalidade à Lei nº 8.666/93**, visto que acaba direcionando o objeto da licitação, e impedindo a ampla participação, assim, busca esta Impugnação a apuração do ocorrido, com a consequente correção do ato convocatório.

III – DO CRITÉRIO DE DESEMPATE – DA ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE – DA FALTA DE INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO – CONTRATO ENTRE PARTICULARES

O Edital em questão, inovou quanto ao critério de desempate adotado, sendo:

Na hipótese de apresentação de propostas inicial no sistema, ou na fase de lances, os percentuais ficarem empatados², será utilizado como critério de desempate nesta ordem:

1º - Menor percentual cobrado pela empresa aos estabelecimentos credenciados. Este percentual não entrará na fase de lances, devendo ser informado uma única vez no sistema.

OBS: Caso a empresa decida por não informar o percentual a ser cobrado dos estabelecimentos credenciados, poderá ficar fora da disputa no caso de empate entre as propostas.

2º - Persistindo o empate será realizado o sorteio.

Ocorre que da forma como está disposto no edital, a **Administração interfere diretamente** na relação comercial entre as empresas participantes e sua rede credenciada, afrontando a relação comercial, o que vai além do objeto licitado e é rechaçado pelos Tribunais de Constas do País.

O objeto licitado é o gerenciamento, implementação e administração de crédito/vale alimentação aos servidores municipais da Prefeitura Municipal de Nova Era/MG, oportunizada através de rede de estabelecimentos credenciados, razão pela qual o contrato será firmado entre o órgão impugnado e a licitante vencedora, não fazendo parte deste, a rede credenciada, **a qual será contratada diretamente pela licitante vencedora** para efetuar os serviços de GERENCIAR E ADMINISTRAR o benefício.

Assim ao adotar como critério de desempate com base em negociação COMERCIAL entre particulares, compromete o presente certame, visto que vai diretamente contra os princípios que regem as licitações.

AO FORÇAR OU IMPOR BARREIRAS E/OU OBRIGAÇÕES AO RELACIONAMENTO ENTRE A CONTRATADA E OS ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS, O ÓRGÃO IMPUGNADO ULTRAPASSA O OBJETO LICITADO, BEM COMO OS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA.

Tal procedimento é absolutamente intolerável.

Em situações semelhantes, já decidiu a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça:

“(…) considerada a existência de infração à ordem econômica decidido pela instauração de processo administrativo com o fim de ser apurada a existência de condutas anti-concorrenciais possíveis de enquadramento no art. 21, incs. II, IV, V, VI e XIV do citado dispositivo legal, relativas a atuação concertada das representadas, limitando ou dificultando o acesso, o funcionamento e o desenvolvimento de empresas concorrentes no mercado de atuação da representante **por meio de imposição de cláusulas comerciais injustificáveis, as quais, se não cumpridas, levariam ao rompimento das relações comerciais entre estas e aquelas, assim como por impedir à Representada o acesso a suas**

fontes de insumos. Notifiquem-se as representadas obedecendo o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 33, da Lei nº 8.884/94. ”

Um dos insumos para o negócio da Impugnante, por certo, é sua rede credenciada. Assim, **não é permitido ao órgão licitante intervir na negociação entre a Contratada e sua rede credenciada colocando limites para as negociações**, tampouco na forma de contratação dos estabelecimentos a serem credenciados, onde por meio deste, disponibilizam os recursos a serem adquiridos pelos servidores.

Adotar como critério de desempate A MENOR TAXA DE ADMINISTRAÇÃO A SER COBRADA DA REDE CREDENCIADA **é exigir que a empresa que sequer foi declarada vencedora, faça negociações incertas, inclusive gerando prejuízo a estas que, como dito anteriormente, obtém insumos através da rede a qual credencia, que também ganham com os cartões que serão usados em seus estabelecimentos.**

Assim, a referida previsão no ato convocatório se mostra desarrazoada e impertinente, tendo em vista a negociação comercial ser medida que compete apenas a contratante e os estabelecimentos que pretendem se credenciar, **não sendo a Administração Pública apta a intervir ou apurar tais procedimentos.**

A intervenção do Órgão Impugnado constitui flagrante intervenção à rede credenciada, sendo este o entendimento consolidado no Tribunal de Contas de São Paulo, como exemplo, sobre a intervenção dos Órgãos em meio a rede de estabelecimentos credenciados:

“ (...) Sem embargo da elogiável preocupação de se garantir as melhores condições de compra para os futuros beneficiários desta contratação – na medida em que se alega ser tal requisito responsável pelo credenciamento de fornecedores de grande porte – **entendo que essa disposição realmente extrapola os limites da atividade de produção de regras da licitação, por interferir em relações jurídicas**

do direito privado, travadas entre a licitante vencedora e terceiros, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federa). Grifo grosso. TC-000858/006/09.

“No que se refere à fixação, pela Prefeitura, de taxas de serviços máxima a ser praticada pelas empresas junto aos estabelecimentos conveniados, tal como inclui a i.SDG, é assunto que excede os limites da competência administrativa. Deve, portanto, ser revista”. TC-000363/006/09”

Leia-se o art. 3º da Lei 8.666/93 e também da vedação a exigências não razoáveis:

“ 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.

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. ”

Matéria semelhante a essa discutida, foi objeto de Representação apresentada pela empresa Trivale Administração Ltda no Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, onde se buscou a apuração de ilegalidade ocorrida quanto ao pagamento dos estabelecimentos conveniados disposto no Pregão Eletrônico do Município de Alcinópolis.

A impugnante pede vênia para transcrever trechos da decisão, que em sede de liminar suspendeu o certame questionado:

“ I- RELATÓRIO

Trata-se de DENÚNCIA com pedido de medida liminar oferecida, com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, por Trivale Administração Ltda., pessoa jurídica de direito privado, devidamente representada e qualificada em documentação anexa ao expediente inicial; em desfavor do Município de Alcinópolis/MS, em razão de possível irregularidade contida no instrumento convocatório do procedimento licitatório Pregão Presencial –edital nº 016/2015 – Processo Administrativo nº 049/2015.

(...)

Os relatos feitos pela empresa denunciante informam que a Autoridade Promotora do Certame, ao produzir as regras da licitação, fez constar exigência restritiva ao caráter competitivo do certame, no momento em que determinou, na cláusula 16.2 dos serviços prestados pelas empresas a ela credenciadas em até 5 (cinco) dias após o recebimento dos valores repassados pela contratante.

(...)

III – DO MÉRITO DA DENUNCIA

Inadvertidamente, é o que parece ter feito o Município de Alcinópolis no caso apresentado. A exigência relativa À fixação de prazo para empresa contratada realizar os pagamentos junto à sua rede de parceiros credenciados expressa conteúdo obrigacional nitidamente estranho ao objeto do contrato a ser celebrado entre a Administração Municipal e a empresa vencedora do certame, impondo cláusula que extrapola os limites de competência de atuação do Poder Público na adoção das regras de procedimento licitatório, na medida em que parece pretender interferir nas relações jurídicas, indubitavelmente de direito privado, existentes entre a licitante vencedora e terceiros a ela vinculados. Em situação semelhante já decidiu a Corte Estadual de Contas de São Paulo, no julgamento do Processo TC- 000858/006/09, de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, cujo trecho transcrevo para fundamentar esta decisão:

(...)

No caso denunciado, a Autoridade Promotora do Certame violou a proibição do art. 3º, § 1º, da Lei de Licitações e Contratos, feita pelo legislador e dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório. A regra vincula qualquer autoridade cuja gama de atribuições e competências se refiram à formalização do instrumento de convocação de interessados, e compreende quaisquer espécies de exigências que, direta ou indiretamente, possam afetar a seleção das propostas apresentadas, **que sejam desnecessárias e inadequadas, e cuja previsão seja orientada a beneficiar certos particulares em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa à Administração.**

(...)

IV – DA DECISÃO

(...)

DEFIRO LIMINARMENTE O PEDIDO, determinando ao Prefeito Municipal de Alcinópolis/MS, Sr. Ildomar Carneiro Fernandes; e ao servidor municipal responsável pela condução do procedimento licitatório, Sr. Leonam Miranda da Silva, que adotem com urgência as seguintes providências:

I – A SUSPENSÃO DO CERTAME até que seja feita a correção do Edital do Pregão Presencial n.º 016/2015, para excluir a exigência contida no item 16.2 do instrumento convocatório, referente à obrigação imposta à empresa contratada de realizar o pagamento dos serviços prestados pelas empresas a ela credenciadas em até 5 (cinco) dias após o recebimento dos valores repassados pelo Município, por violação da disposição do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, em razão de absoluta impertinência e irrelevância ao específico objeto do contrato, falta de previsão legal, e por não se mostrar indispensável à garantia das obrigações a serem pactuadas e restringirem o caráter competitivo do certame;”

À Administração, não é lícito, querer dirigir o comportamento da empresa licitante com relação a seus parceiros comerciais, tampouco ADOTAR COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE a negociação entre particulares.

Portanto, necessário adotar os critérios de desempate previstos em LEI os quais foram criados justamente para essas situações, tais como o critério previsto na Lei Complementar 123/06 GARANTINDO A PREFERÊNCIA NA CONTRAÇÃO ENTRE EMPRESAS ME/EPP.

**Vejamos decisão JUDICIAL PROFERIDA NO MANDADO DE
SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA A CÂMARA MUNICIPAL DE
DESCALVADO, ONDE VERIFICA-SE CLARAMENTE A ORDEM DA
APLICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE A SEREM ADOTADOS:**

“(…)

Fundamento e decido. (…)

As controvérsias são sobre a possibilidade jurídica de distinção entre empate ficto e empate real para fins de aplicação do direito de preferência de empresa de pequeno porte estatuído na lei complementar federal nº 123/2006 e sobre o critério ou o procedimento para o desempate constatado no certame.

(…)

O caput do art. 44 da lei 123/2006 positivou a preferência para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte pelo Poder Público no âmbito licitatório.

O instituto veio para cumprimento do disposto no art. 170, IX, c.c. art. 179 da CF/88 e para realização dos objetivos indicados na lei geral de licitações, vide art. 3º, §14 c.c. art. 5-A da lei 8.666/93.

“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.” Constituição Federal.

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” Constituição Federal.

“Art. 3º Omissis

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.” Lei 8.666/93.

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.” Lei complementar 123/2006.

Essa preferência de contratação é reservada para o caso de empate, situação que não se confunde com o inadequadamente denominado “empate ficto”, positivado no art. 44, §§1º e 2º, da lei complementar nº 123/2006, ou com o procedimento para solução do “empate ficto”, positivado no art. 45 da lei referida.

Explica-se.

O “empate ficto” foi criado com objetivo de permitir ao licitante de menor porte econômico (microempresas e empresas de pequeno porte) uma segunda oportunidade para oferecer, dentro do procedimento da licitação, proposta mais vantajosa para a administração pública em comparação com a proposta mais bem classificada e oferecida pelo licitante de maior porte econômico.

Em outras palavras, o “empate ficto” constitui-se juridicamente em incidente procedimental que permite às microempresas e às empresas de pequeno porte a readequação da proposta original para reajustá-la economicamente, garantindo-lhes posição material de vantagem na disputa suficiente para lhes oportunizar a real e concreta possibilidade de vencer o certame, a despeito do grande poder econômico do adversário.

Confirma sua natureza jurídica de incidente o fato de que sua operacionalização se dá como fase do procedimento licitatório, a saber: somente após o julgamento das propostas (momento em que elas deixam de ser sigilosas) e após a divulgação do conteúdo econômico da proposta que, produzida pelo licitante de maior porte econômico, foi considerada a mais bem classificada.

Após o julgamento e classificação das propostas, o responsável pela licitação verificará qual é a vencedora, se a vencedora é pessoa de maior porte econômico e, caso existam, quais microempresas ou empresas de pequeno porte se situam na zona do “empate ficto”. Então, esse responsável irá lhes dar ciência do conteúdo econômico da melhor proposta e irá lhes permitir o reajuste da própria proposta, o que, em termos comuns, é conhecido por “cobrir a oferta”.

Desse modo, para operacionalizar o incidente de “empate ficto” e permitir o exercício do direito de readequação econômica da proposta por parte de microempresa ou empresa de pequeno porte, deve-se verificar cumulativamente:

- 1) a existência de licitantes com qualificações jurídico-tributárias mistas, aqui compreendida a existência simultânea de licitantes qualificadas como microempresa ou empresa de pequeno porte e as demais que assim não se qualifiquem; e
- 2) a existência de uma situação denominada de “empate ficto” no conteúdo econômico da proposta dos licitantes qualificados como microempresa ou empresa de pequeno porte em comparação com o conteúdo econômico da proposta de licitante de maior porte econômico mais bem classificada.

Ausente um ou outro, não se realiza o incidente.

Em sede de incidente de “empate ficto”, somente poderá ser adjudicado o objeto da licitação à empresa de pequeno porte ou ao microempresário se ele efetivamente realizar o oferecimento de proposta ainda mais vantajosa.

Essa exigência não se repete no simples empate.

Com efeito, a solução do empate não requer modificação do conteúdo econômico da proposta, mas a mera eleição de uma das propostas por meio da aplicação de um critério de desempate.

Logo, “empate ficto” e empate não são situações jurídicas equivalentes nem contrapostas, motivos pelos quais merecem diferentes tratamentos jurídicos, como efetivamente fez a legislação.

O art. 45 da lei complementar referida apenas se presta a esmiuçar em detalhes como se dá o procedimento adotado no incidente de solução do “empate ficto”.

Cabe registrar, por fim, que não é por outra razão que o caput do art. 44 da lei complementar 123/2006 é expreso em estabelecer a qualificação jurídico-tributária como “critério de desempate”, enquanto seus parágrafos desenharam o conceito do que é entendido por “empate”, aqui adjetivado de “ficto”. A conclusão demanda a atenta leitura dos textos legais e o seu cotejo aos mencionados objetivos descritos no art. 3º, §14 c.c. art. 5-A da lei 8.666/93 e aos princípios regentes constantes dos art. 170, XI, c.c. art. 179 da CF/88, procedimento interpretativo que permite visualizar as situações como independentes e diversas, inconfundíveis, portanto.

“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.”

Logo, no âmbito de licitação com pessoas jurídicas de qualificações mistas, o critério de solução a ser verificado em primeiro lugar, para o caso de empate, com propostas de idêntico teor econômico, é aquele que prestigia a contratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, nos termos do art. 44, caput, da lei complementar 123/2006.

A despeito da confusão de conceitos e da incompreensão das diferenças dos institutos, houve adequada previsão no edital (item 6.9).

Logo, para esta situação de empate, não deve ser realizado sorteio e não se aplicam os critérios descritos no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93.

Lado outro, inexistente microempresa ou empresa de pequeno porte, ou se o empate se der somente entre microempresa ou empresa de pequeno porte, adotam-se os critérios descritos no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93, sem modificação do conteúdo econômico das propostas, ou, caso a solução não venha por meio deles, faz-se o sorteio, o que também está previsto em edital (itens 6.8 e 6.10).

"6.8. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no parágrafo segundo do artigo terceiro, da lei federal n.º 8.666/93, a classificação se fará por sorteio, em ato público, para o qual todos os Licitantes serão convocados."

"6.9. Se houver empate, será assegurado, também, o exercício do direito de preferência as licitantes enquadradas como ME (Microempresa) ou EPP (Empresa de Pequeno Porte), conforme art. 44, Lei Complementar n.º 123 de 14 de dezembro de 2.006, nos seguintes termos:" "6.10. Em caso de empate de preços, entre duas ou mais propostas apresentadas por licitantes não

enquadradas como ME (Microempresas) ou EPP (Empresas de Pequeno Porte), e depois de obedecido ao disposto no §2º, do art. 3º, da Lei Federal n.º 8.666/93, a classificação far-se-á por sorteio, em ato público, para o qual os licitantes serão convocados, nos moldes do §2º, do art. 45, da aludida lei."

Para esta situação, uma das propostas é eleita vencedora somente pela aplicação do critério de desempate ou pela realização do sorteio, cabendo aqui o registro de que o parâmetro para desempate previsto no art. 3º, §2º, inciso V, da lei 8.666/93 somente poderia ser invocado para escolha do licitante efetivamente obrigado à reserva de posições para pessoas com deficiência. Não bastaria a mera contratação de pessoa com deficiência. Sem prejuízo, no âmbito de licitação com pessoas jurídicas de qualificações mistas, a existência de situação de “empate ficto”, nos termos conceituados no art. 44, §§1º e 2º, da lei complementar 123/2006, determina a operacionalização/instauração do incidente de retificação/readequação do conteúdo econômico das propostas que se encontrem nessa condição conforme previsto no art. 45 da referida lei e nos itens 6.9.1 e seguintes do edital (vide fls. 69 e 70).

Inexistente microempresa ou empresa de pequeno porte, não é possível o incidente de “empate ficto”.

Por fim, cabe o registro que não há antinomia entre os critérios de desempate apontados no art. 3º, §2º, da lei 8.666/93 e o critério previsto no art. 44, caput, da lei complementar 123/2006. Este último precede os primeiros se houver empate entre licitantes de qualificações jurídico-tributárias diversas, conclusão que é extraída dos termos do art. 3º, §14, c.c. art. 5-A da lei 8.666/93, tudo com esteio no art. 170, IX, c.c. art. 179 da CF/88.

É nesse sentido recente decisão adotada pelo TJ/SP em caso envolvendo as mesmas partes desse feito, porém em sede de licitação realizada com o mesmo objeto no Município de Votuporanga.

Confira-se:

"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: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara

Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023)"

A conclusão é de que a realização do sorteio se deu divorciada das disposições legais e editalícias, ferindo direito líquido e certo da impetrante, empresa de pequeno porte, no aspecto da adequada aplicação dos critérios de desempate. Logo, o ato de fls. 96/99 fica anulado e, por consequência, todos os demais que dele decorreram.

Registro, por fim, que a correquerida não exibiu mínimo indício, por meio de prova idônea e pré-constituída, que revele incompatibilidade do porte econômico da impetrante, sendo incabível dilação probatória nessa via.

Ante o exposto, CONCEDO a segurança para reconhecer a nulidade do ato atacado, materializado no documento de de fls. 96/99, para determinar a invalidação de todos os demais que dele decorrem. JULGO EXTINTO o processo com resolução do mérito, nos termos

do artigo 487, inciso I do CPC.

A liminar concedida fica confirmada.

Custas na forma da lei.

Incabíveis os honorários advocatícios na espécie (art. 25, L. 12.016/09).

Em caso de recurso, ouça-se a parte contrária e remetam-se os autos à Instância Superior.

Com o trânsito em julgado, sem recurso das partes, remetam-se os autos ao Tribunal para revisão, nos termos do art. 14, §1º, da lei 12.016/09, com as nossas homenagens.

Publique-se. Intimem-se."

Diante de todo o exposto, requer sejam retificadas/excluídas tais ilegalidades que constam no edital no que se refere ao critério de desempate adotado com base na taxa a ser cobrada dos estabelecimentos credenciados, devendo, inclusive, ser definido novo critério de desempate **PREVISTO EM LEI**, respeitando, inclusive a preferência na contratação das empresas ME/EPP conforme LC 123/06.

IV - DA RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DE COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - RESPONSABILIDADE PELA INCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS INDEVIDAS NO EDITAL

A responsabilidade decorre em regra da violação de um dever jurídico a que estava submetido o agente. Cabe então indagar: quais são os deveres atribuídos aos membros da Comissão Permanente de Licitação? A Lei nº 8.666/1993, no art. 6º, inciso XVI, estabelece que essa comissão tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes. Ao longo do referido diploma legal, encontraremos outros dispositivos que tratam de procedimentos que devem ser adotados pela comissão.

Assim, é fundamental identificar quais são os deveres atribuídos a tais agentes, lembrando que é possível que normas internas do órgão ou da entidade da Administração Pública disciplinem tarefas que devem ser desempenhadas pelos agentes envolvidos no certame.

Vale lembrar ainda que o art. 82 da Lei 8.666/93, prevê que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da Lei de Licitações ou que atuem visando a frustrar os objetivos do certame estão sujeitos às sanções previstas na própria Lei “e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar, vejamos:

Artigo 82 Lei 8.666/93:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Conforme determina a legislação e a maciça Jurisprudência o Agente Administrativo, no exercício da função de membro de Comissão Permanente de Licitação, responde diretamente por atos praticados em desacordo com a Lei, e com o Objetivo de frustrar os objetivos da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa ao ente Público

Nesse sentido o TCU vem se posicionando:

Acórdão nº 1.456/2011 – Plenário

Trecho do Voto:

“27. De fato, restou assente que os membros da CPL não agiram com a devida diligência no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de fácil percepção, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção. Além disso, a mesma comissão não atendeu a contento o princípio da publicidade quando da alteração de data para a realização da visita técnica, dando ensejo, inclusive, à interposição de recurso por parte de uma das licitantes que não tomou ciência do fato.

Acórdão nº 2.561/2004 – 2ª Câmara, ratificado pelo Acórdão nº 2.068/2005 – 2ª Câmara.

Trecho do Relatório:

“Conforme relatado, foram inseridas, no edital, várias condições injustificadas e/ou desnecessárias para a execução do objeto, mas que estabeleceram distinções entre os participantes, restringindo o caráter competitivo. Como consequência, restou configurada afronta ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, ensejando audiência dos responsáveis, no caso, a coordenadora-geral de informática e telecomunicações, responsável pela área técnica que estabeleceu os critérios do Edital de Concorrência, e o subsecretário de assuntos administrativos, responsável pela sua análise e aprovação, para que apresentem suas razões de justificativa em relação às seguintes ocorrências:

(...)

Acórdão nº 557/2006 – Plenário.

Trecho do Voto:

“5. Do momento que foi proferido o Acórdão 1.859/2004 - P, chamo atenção para o seguinte trecho do Voto Revisor;

‘Manifesto-me em linha de concordância com o Ministério Público junto ao TCU e com o eminente Ministro Ubiratan Aguiar no sentido de que houve direcionamento no certame licitatório. No entanto, embora concorde com a existência de direcionamento, entendo que somente o Sr. ..., Diretor Técnico da Superintendência do Porto de Itajaí, deve ser responsabilizado. No que se refere ao Superintendente do Porto de Itajaí, Sr. ..., em linha de concordância com o Ministério Público, entendo que suas contas devem ser julgadas regulares com ressalva. Embora esse agente público tenha assinado o edital de licitação - que contém o Memorial Descritivo por meio do qual se operou o direcionamento do certame -, **ficou comprovado que foi o Diretor**

Técnico o responsável direto pela elaboração das especificações que levaram à restrição do caráter competitivo da licitação. Foi ele, também, quem elaborou a planilha de custos de forma inadequada, o que levou a apresentação de orçamentos irreais por parte da COPABO. Quanto aos membros da comissão de licitação - em linha de concordância com o Ministro Ubiratan Aguiar e de discordância com o Parquet -, creio que suas contas devam ser julgadas regulares com ressalva’.

Assim, pelo todo acima exposto, a empresa impugnante esclarece, que nos termos da legislação e Jurisprudências acima, caso haja prejuízo ao erário Público, em razão das apontadas cláusulas e termos restritivos constantes do edital, adotará as devidas denúncias aos órgãos competentes para que os agentes administrativos sejam devidamente responsabilizados.

V– DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do exposto, requer-se seja a presente **IMPUGNAÇÃO** julgada **PROCEDENTE**, com efeito para:

a) seja EXCLUÍDO do presente no Edital o critério de desempate previsto no item 19.3, devendo serem previstos aqueles que constam na LEI – respeitando a LC 123/06 -, visto que o quanto previsto no ato convocatório constitui ato lesivo aos princípios da Administração Pública, reestabelecendo, assim, a competitividade hoje prejudicada.

b) seja determinada a suspensão liminar do procedimento licitatório, cuja ABERTURA DAS PROPOSTAS encontra-se programada para às 08h30 do dia 28/09/2023; com o acolhimento das impugnações com a determinação de revisão do instrumento convocatório.

c) Determinar-se a republicação do Edital, escoimado dos vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93.

d) Requer, ainda, que todas as intimações, caso encaminhadas eletronicamente, sejam enviadas ao e-mail licitacao@megavalecard.com.br e rafael@megavalecard.com.br.

Termos em que,
Pede Deferimento.

São José do Rio Preto - SP, 22 de setembro de 2023

A handwritten signature in blue ink, consisting of a series of fluid, overlapping loops and strokes, representing the name Rafael Prudente Carvalho Silva.

MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

Rafael Prudente Carvalho Silva

OAB/SP 288.403