



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000004591

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000846-88.2023.8.26.0294, da Comarca de Jacupiranga, em que é apelante MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, é apelado VR BENEFÍCIOS E SERVIÇOS DE PROCESSAMENTO S/A.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª 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 CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) E LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 8 de janeiro de 2025.

RENATO DELBIANCO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 24.187

Apelação Cível nº 1000846-88.2023.8.26.0294
Apelante: MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES
E SERVIÇOS LTDA.
Apelado: VR BENEFÍCIOS E SERVIÇOS DE
PROCESSAMENTO S/A
Interessados: PREFEITO MUNICIPAL DE CAJATI e outro
Comarca: JACUPIRANGA
Juiz de 1º Grau: FABIO RODRIGO DE MORAES

APELAÇÃO – Mandado de segurança – Licitação – Pregão Eletrônico – Pretensão à anulação dos atos administrativos praticados a partir do sorteio realizado entre todas as participantes do certame, sem distinção entre microempresas ou empresas de pequeno porte – Inadmissibilidade – Hipótese em que houve empate real e não empate ficto – Ausência de ilegalidade na adoção do sorteio entre todas as licitantes como critério de desempate – Inaplicabilidade do direito de preferência previsto nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006 no caso concreto – Precedentes deste E. Tribunal de Justiça - Sentença mantida – Recurso desprovido.

Trata-se de apelação interposta em face da r. sentença de fls. 398/403, que denegou a ordem pleiteada no mandado de segurança almejando à anulação dos atos administrativos praticados no Pregão Eletrônico n. 18/2023, promovido pelo Município de Cajati, a partir do sorteio realizado entre todas as participantes do certame, sem distinção entre microempresas e empresas de pequeno porte.

Sustenta a apelante (fls. 406/420), em síntese, que os artigos 44 e 45 da Lei Complementar n.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

123/2006 preveem o direito de preferência na contratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, independentemente de empate real ou ficto. Alega que o artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal assegura tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, além do que a homologação e a adjudicação não inviabilizam o questionamento judicial a respeito da legalidade do certame.

O recurso recebeu resposta (fls. 429/440).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 453/457).

Não há oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

1. Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda. impetrou mandado de segurança afirmando que participa Pregão Eletrônico n. 18/2023, promovido pelo Município de Cajati, para contratação de empresa especializada para prestação de serviços de fornecimento e administração de vale alimentação na forma de cartões magnéticos, destinados a servidores e empregados públicos municipais. Aduz que na sessão pública do certame, todas as participantes apresentaram proposta de taxa de administração de 0%. Diante disso, o pregoeiro determinou sorteio entre todos as licitantes, sem garantir às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado. Afirma que, todavia, o sorteio deveria ser realizado apenas entre as microempresas e empresas de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pequeno porte, nos termos dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006 e do artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal. Diante disso, requer a anulação de todos os atos do procedimento licitatório que ocorreram a partir do sorteio.

Denegada a segurança, a impetrante apelou.

2. Não se olvida que a Constituição Federal, em seu artigo 170, inciso IX, assegura "*tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País*".

A Lei Complementar n. 123/2006, por sua vez, dispõe:

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.

Infere-se, portanto, que nas licitações na modalidade pregão, há empate quando a empresa de pequeno porte ou a microempresa apresentar a proposta igual ou até 5% superior ao melhor preço (empate ficto). Neste caso, fica a empresa de pequeno porte ou a microempresa facultada a apresentar proposta de valor inferior ao ofertado pela então vencedora, e em assim o fazendo, a sua proposta será adjudicada.

Na hipótese, contudo, não houve empate ficto, mas empate real, uma vez que todas as licitantes apresentaram propostas iguais, com oferta de taxa de administração de 0%. E observa-se não ser possível proposta de taxa de administração negativa, conforme item 8.2.1 do edital do certame (fl. 71).

Diante disso, não se verifica nulidade na realização do sorteio entre todos os participantes, pois, como se viu, não era possível que as empresas de pequeno porte ou as microempresas apresentassem índice inferior aos já ofertados.

Insta salientar que inexistente previsão legal ou editalícia determinando a realização de sorteio somente entre as microempresas ou empresas de pequeno porte quando há empate entre as ofertas de todas as licitantes.

Dessa forma, não há falar em ilegalidade no ato administrativo que determinou a realização de sorteio entre todas as participantes do certame, conforme previsto na cláusula 7.17 do edital (fl. 70).

No mesmo sentido decidiu este E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PREFERÊNCIA A MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – Possibilidade de se discutir por meio de mandado de segurança a legalidade do certame, mesmo após sua homologação e adjudicação – Precedente do C. STJ – Impetrante que, como única empresa de pequeno porte concorrente em pregão, alega possuir direito de preferência sobre as demais na contratação – Descabimento – Preferência prevista nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 que não se aplica em caso de empate real entre as propostas, quando as concorrentes se encontram em igualdade de condições materiais – Tese que resultaria na contratação automática da impetrante, sempre que concorresse com empresas de maior porte, em afronta ao princípio da isonomia – Denegação da ordem que é de rigor – Precedentes deste E. Tribunal – Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Patrocínio Paulista – Vara Única; Data do Julgamento: 19/12/2023; Data de Registro: 19/12/2023)

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – Mandado de segurança – Licitação – Município de São Joaquim da Barra – Pretensão de suspensão de resultado de pregão – Alegação de violação do direito de preferência na contratação de empresa de pequeno porte ou microempresa – Critério de desempate – Sorteio que deve ser realizado entre todos os concorrentes em caso de empate real – EPP e ME que têm prioridade na hipótese de possibilidade de apresentação de melhor proposta – Inteligência dos artigos 44 e 45, da LC nº 123/06 – Ato da administração que tem suporte legal – Sentença reformada para a denegação da ordem impetrada – RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1003633-32.2023.8.26.0572; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro de São Joaquim da Barra – 1ª Vara; Data do Julgamento: 10/08/2024; Data de Registro: 10/08/2024)

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. Pretensão de suspensão de resultado de pregão e realização de novo sorteio. Alegação de violação do direito de preferência na contratação de empresa de pequeno porte ou microempresa. Critério de desempate. Sorteio que deve ser



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

realizado entre todos os concorrentes em caso de empate real. EPP e ME que têm prioridade na hipótese de possibilidade de apresentação de melhor proposta. Inteligência dos artigos 44 e 45, da LC nº 123/06. Ato da administração que tem suporte legal. Julgados desta E. Corte. R. sentença reformada para denegar a segurança. REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO.

(TJSP; Remessa Necessária Cível 1002562-10.2023.8.26.0082; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Boituva - 1ª Vara; Data do Julgamento: 19/12/2024; Data de Registro: 19/12/2024)

Por tais motivos, a ordem era mesmo de ser denegada.

3. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão tenha sido analisada.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

RENATO DELBIANCO
Relator