



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000357357

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2359423-41.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, é agravado VEROCHECKE REFEIÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores FRANCISCO SHINTATE (Presidente sem voto), MÔNICA SERRANO E LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

EDUARDO GOUVÊA
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

7ª Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento nº 2359423-41.2024.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Juízo de primeiro grau: Luis Eduardo Medeiros Grisolia

Agravante: Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda.

Agravada: Verocheque refeições Ltda.

Voto nº 41119

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Recurso contra decisão que deferiu a liminar pleiteada para suspender o procedimento licitatório (Pregão 03/2024) – Direito de preferência previsto nos artigos 44 e 45 da LC nº 123/2006 aplicável quando possível a oferta de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora – Caso em que as propostas de preço foram apresentadas no menor valor possível, o que configura empate real entre as concorrentes e não ficto – Por esse prisma, aparente regularidade do critério adotado – Decisão reformada para indeferir a suspensão do Pregão – Recurso provido.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda. contra decisão que, no Mandado de Segurança impetrado por Verocheque Refeições Ltda. contra ato do Pregoeiro do Governo do Estado de São Paulo - Secretaria da Justiça e Cidadania, deferiu a liminar pleiteada para suspender o Pregão nº 03/2024.

Em síntese, alega a agravante que não há irregularidade no procedimento administrativo do Pregão em questão porque a Lei nº 123/2006 possibilita a preferência de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no caso de ocorrência de empate ficto ou real, considerando o art. 44, §1º dessa lei.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento para anular a decisão agravada, reconhecendo-se a regularidade do pregão.

O efeito suspensivo foi indeferido (fls. 26/27).

Decorrido o prazo legal, não foram apresentadas contrarrazões ao recurso.

É o relatório.

Importante destacar que a análise deste recurso se limita tão somente à verificação da presença dos requisitos legais para a concessão da medida de urgência pleiteada, sem avançar na questão de fundo da demanda originária, evitando proceder-se a um juízo de cognição exauriente.

De acordo com o art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009, a medida liminar tem caráter excepcional e deve ser concedida somente quando preenchidos os requisitos legais, condicionando-se à demonstração de forma cumulativa da relevância da fundamentação e do risco de ineficácia de medida

*“Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:
(...)*

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.”

In casu, cuida-se de Mandado de Segurança impetrando pela empresa Verocheque Refeições Ltda., ora agravada, em 16 de outubro de 2024, com o objetivo de suspender liminarmente o

Pregão nº 03/2024 e impedir a assinatura do contrato do ente público com a empresa vencedora, Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., ora agravante e, ao final, para anular a decisão administrativa de escolha dessa empresa, determinando-se que o desempate entre as demais empresas ocorra apenas entre as micro e pequenas empresas participantes do certame (fls. 01/38 dos autos de origem).

O Edital do Pregão nº 03/2024, com sessão pública em setembro de 2024 (fls. 50/131 dos autos de origem), tem por objeto a contratação de administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de documentos de legitimação – vale refeição e vale alimentação, na forma de cartão eletrônico ou de tecnologia similar, pelo critério de julgamento de menor preço.

Como conclusão do julgamento do recurso administrativo interposto pela impetrante (agravada), a empresa agravante sagrou-se vencedora em 02 de outubro de 2024 (fls. 132/145) porque teria atendido aos requisitos de habilitação previstos no edital.

Inconformada, a agravada impetrou o acima mencionado Mandado de segurança com pedido liminar de suspensão do processo licitatório, o que foi acatado pelo Juízo de primeiro grau em 16 de outubro de 2024 e contra tal decisão insurge-se a agravante.

Sobre a controvérsia trazida neste recurso, estabelece a Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (Vide Lei nº 14.133/2021)

§ 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: (Vide Lei nº 14.133, de 2021)

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;

E nesse mesmo sentido o Edital em questão dispôs sobre a preferência das microempresas e das empresas de pequeno porte nos itens 3.5.1 e 6.20 (fl. 53 e fl. 61 dos autos de origem). Ainda, o item 6.21 do Edital tratou especificamente da hipótese de empate entre propostas iguais (fl. 62 dos autos de origem).

Como bem apontado pela Douta Procuradoria Geral de Justiça, a legislação de regência prevê que, em caso de empate ficto entre microempresas e empresas de pequeno porte em seus lances no pregão eletrônico, será realizado sorteio entre elas, para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta, em atenção à regra do art. 45, inc. III, da Lei Complementar nº 123/2006.

Contudo, a situação dos autos é de empate real, já que as licitantes apresentaram proposta de mesmo valor (taxa de administração de 0%), ensejando a aplicação da Lei nº 14.442/2022 que veda a oferta de taxa de administração negativa.

Dessa forma, havendo diversas propostas empatadas com taxa de 0%, passa a estar caracterizado um empate real,

não havendo como assegurar o direito legal de preferência de “apresentar melhor oferta”, nos termos da LC nº 123/2006.

A distinção entre empate real e ficto tem embasado decisões deste Egrégio Tribunal de Justiça sobre a controvérsia, em uma interpretação sistemática dos art. 44 e 45 da LC nº 123/2006, adotando como solução o sorteio entre todos os licitantes empatados para evitar que as ME e EPP sejam sempre as vencedoras nos pregões.

Nesse sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. Insurgência contra r. decisão que deferiu medida liminar para suspender o Pregão Presencial nº 001/2023, edital nº 300/2023, até o desfecho da ação, baseada em necessidade de conferir tratamento preferencial às microempresas e empresas de pequeno porte. CABIMENTO DA INSURGÊNCIA. Agravada, empresa de pequeno porte, que alega direito de preferência em razão de empate das propostas. Empate entre todas as propostas iniciais, o que aponta para inexistência de proposta inicial mais bem classificada, estando ausente, a princípio, a caracterização do empate previsto no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006. Preferência prevista no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 que não se aplica em caso de empate real entre as propostas, quando as concorrentes se encontram em igualdade de condições materiais. Precedentes. Não preenchimento dos requisitos para a concessão de medida liminar. R. decisão agravada reformada. RECURSO PROVIDO.” (Agravado de Instrumento nº 2038815-95.2024.8.26.0000; 13ª Câmara de Direito Público; Relatora Des.^a Flora Maria Nesi Tossi Silva; Julgamento em 27/03/2024)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO LIMINAR PREGÃO ELETRÔNICO MUNICÍPIO DE IPERÓ Contratação de serviços de administração, gerenciamento, emissão, distribuição e fornecimento de vale alimentação aos servidores municipais Pretensão de suspender o pregão eletrônico Empate real entre as propostas apresentadas Sorteio realizado entre todos os licitantes Cabimento Preferência de desempate conferida à ME e EPP, nos termos do art. 44 e 45 da LC nº 123/06, que não tem o alcance almejado pela agravante Tratamento diferenciado e favorecido que não se sobrepõe aos princípios da legalidade, vinculação do Edital, isonomia e contratação da proposta mais vantajosa à Administração Precedentes deste E. TJSP - Decisão que indeferiu a liminar mantida. RECURSO IMPROVIDO.” (Agravado de Instrumento nº 2338418-94.2023.8.26.0000; 2ª Câmara de Direito Público; Relatora Des.^a Maria Fernanda de Toledo Rodovalho; Julgamento em 26.02.2024)

Nesse passo, revendo meu entendimento inicial por ocasião da análise do pedido suspensivo, reputo que a decisão agravada deve ser reformada para indeferir a suspensão do pregão.

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (EDROMS 18205 / SP, Ministro FELIXFISCHER, DJ 08.05.2006 p. 240).

Diante disso, dá-se provimento ao recurso.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDUARDO GOUVÊA

Relator