



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000357358

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 3012705-42.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes COORDENADOR DE ADMINISTRAÇÃO DA SECRETARIA DA JUSTIÇA E CIDADANIA e ESTADO DE SÃO PAULO, 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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

7ª Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento nº 3012705-42.2024.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Juízo de primeiro grau: Luis Eduardo Medeiros Grisolia

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo

Agravada: Verocheque Refeições Ltda.

Voto nº 41502

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 Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão que, no Mandado de Segurança impetrado por Verocheque Refeições Ltda. em face de 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 estão presentes os requisitos da medida concedida e que o caso apresenta patente perigo de dano inverso, já que todos os servidores ficarão sem o vale alimentação, violando o interesse público primário do direito social

à alimentação dos agentes públicos beneficiários.

Requeru a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento para cassar a liminar concedida.

O efeito suspensivo foi indeferido (fls. 15/16).

Foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fls. 25/45).

A Douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se às fls. 53/54.

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).

Veja que 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 FELIX FISCHER, DJ 08.05.2006 p.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

240).

Diante disso, dá-se provimento ao recurso.

EDUARDO GOUVÊA

Relator