



RECURSO ADMINISTRATIVO
PREGÃO PRESENCIAL Nº 114/2023
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 246/2023

A empresa **FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA**, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº: 09.172.624/0001-60, estabelecida na AVENIDA PROFESSOR ARMANDO ALVES DA SILVA 633 - BAIRRO ZACARIAS CEP 35302-403 - CARATINGA/MG TELEFONE: (33) 4042-2588 neste ato devidamente representada pelo seu sócio Administrador, o Sr JAIDER MARTINS LOURENÇO, portador da Carteira de Identidade n.º M-7.508.670 e do CPF n.º 871.797.256-68, vem pela presente, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, contra a **EQUIVOCADA DECISÃO** proferida por essa respeitável Comissão de Pregão que pautou pela recusa dos benefícios concedidos as empresas cujo porte sejam ME e EPP, através da lei complementar 123/2006 alterada pela 147/2014, tudo conforme adiante segue, rogando, desde já, seja a presente dirigida à autoridade que lhe for imediatamente superior, caso V. Exa. não se convença das razões abaixo formuladas e, "*spont propria*", não proceda com a reforma da decisão ora atacada, decidindo, por consequência, o retorno do procedimento ao ponto onde ocorreu falha gigantesca da não concessão de benefícios legais.

Tempestividade e Conhecimento

É o presente Recurso Administrativo plenamente tempestivo, uma vez que a intimação para da Decisão Administrativa ora atacada se deu aos 03 (três) dias do mês de janeiro de 2024, Sendo o prazo legal para a apresentação da presente medida recursal foi de 03 (três) conforme previstos em edital, sendo assim as razões ora formuladas plenamente tempestivas, uma vez que o termo final do prazo recursal na esfera administrativa apenas se dará em data de 08 de janeiro de 2024, razão pela qual deve essa respeitável Comissão conhecer e julgar a presente medida, corroborando com o narrado acima, segue trecho do edital;

X - DA IMPUGNAÇÃO E RECURSOS

10.1 – *Impugnações aos termos deste edital poderão ser interpostas por cidadão, até o 5º dia útil, e por licitante, até o 2º dia útil, que anteceder a abertura das propostas, mediante petição a ser protocolizada na sala de Licitações, dirigida ao Pregoeiro.*

10.2 - *Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de **03 (TRÊS) DIAS PARA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO**, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começa a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos, nos termos do art. 4º, inciso XVIII da Lei 10.520/2002.*

10.3 - *O acolhimento do recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento. (grifo nosso).*



No que tange o seu conhecimento, cita-se o interesse recursal como fundamental neste caso, pois este, como se sabe, a recorrente **POSSUI SITUAÇÃO JURÍDICA DESFAVORÁVEL À RECORRENTE EM FACE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA**, restando comprovado o seu direito pois o interesse recursal depende do binômio **UTILIDADE/NECESSIDADE**, que neste caso mostra-se **VALIDA**, frente ao Pregoeiro Municipal e Comissão.

Do Poder de Autotutela e revisão dos próprios atos.

Preliminarmente, é necessário mencionar que a Administração Pública tem o poder de autotutela, isto é, possui a capacidade de controlar os próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos. Assim, a Administração não precisa recorrer ao Poder Judiciário para corrigir os seus atos, podendo fazê-lo diretamente. Nesse diapasão, ergue-se as Súmulas n. 346 e n. 473 do e. STF, *in verbis*:

Súmula n. 346 do STF: A administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula n. 473 do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Nesta medida, a autotutela impõe-se para a Administração Pública como um **poder-dever** de rever seus atos, realizando o controle de legalidades destes, o que pode ser feito independentemente de provocação, **infelizmente no presente caso, impõe-se** para a Comissão de Pregão da Prefeitura de Caratinga, o poder-dever de rever seus atos, no tocante a fase de propostas e lances do processo acima mencionado.

Dos Fatos

O presente recurso é interposto em virtude da memorável sessão ocorrida em 03 de janeiro de 2024, na estimada e serena Caratinga, na qual a notável comissão de apoio, sob a supervisão do pregoeiro, o Sr. Geovane de Freitas Moura, deliberou por viabilizar a continuidade do processo de habilitação da empresa CIMINI PRAIS CIA LTDA, **SE PAUTANDO APENAS NO VALOR OBTIDO NA FASE DE LANCES, SEM ATENTAR-SE QUE ESTAVA DIANTE DE UM EMPATE FICTO (ENTRE UMA ME E UMA LTDA) MACULANDO ASSIM TODAS AS DECISÕES POSTERIORES ENSEJANDO NO PRESENTE RECURSO**, mas, com a devida vênua, julgamento este, **EQUIVOCADO E PRECOCE**, pois trata-se de um procedimento recheado de inconsistências e decisões equivocadas, o pregoeiro traz consigo nas ações proferidas na sessão, manobras argumentativas para que a ausência do cumprimento de **DIVERSOS** itens primordiais em uma licitação que não podem simplesmente ser ignorados prejudicando o andamento do certame. Ocorre, porém, que tais ações revelam-se **INCABÍVEIS** perante a gravidade dos erros procedimentais, haja vista que atual legislação nos ampara e prevê a possibilidade de aceitação do nosso recurso, até mesmo pelo melhor valor, uma vez que realizado o desempate nos ditames da legislação específica, encontraria preço mais baixo e mais vantajoso para Administração.



Será demonstrado a seguir o motivo de reconsideração por parte da Comissão de Pregão, onde tais manobras realizadas serão apontadas, **POIS INCONTESTAVELMENTE O DESEMPATE É LEGAL, TRARIA CONSIGO SEGURANÇA JURÍDICA, CONSEQUENTEMENTE MELHORES PREÇOS E CUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS BASILARES DA LEI DE LICITAÇÕES, FERIDOS NESTE PROCEDIMENTO DE FORMA TRISTE E ESTRANHA, MEDIANTE TAMANHA EXPERIENCIA E COMPETÊNCIA DESTA COMISSÃO NA CONDUÇÃO DE DIVERSOS PROCESSOS.**

- ✚ **Desconsideração da Condição das empresas conforme item 5.5 a, b, e 7.3.2;**
- ✚ **Quando alertado sobre o empate ficto de que trata a LC 123/2006, simplesmente ignorou o fato;**
- ✚ **Não inserção na Ata das informações completas do acontecido, apenas relatou os desfechos como se perfeita ocorresse a sessão, deixando assim que a riqueza de detalhes se perdesse da ATA;**
- ✚ **Não Prevalência dos menores preços mediante o equívoco acontecido, e por fim possibilidade de compactuar com compra superfaturada no item 3, que não houve sequer fase de negociação, preço este mais alto que os praticados por outros postos da cidade, e muito mais alto que o apurado sobre o S-10, que é de melhor qualidade e negociado com valores muito melhores, além de ser mais alto que o estimado.**

Do Direito

Esta prática aparentemente tendenciosa que culminou com a equivocada decisão de não promover o desempate conforme dita a lei, fere de forma patente a legalidade do procedimento licitatório em tela, ademais, o princípio a competitividade é princípio atinente à licitação, e está diretamente ligado ao princípio da isonomia. Ora, manter as condições para que haja uma competição isenta de dirigismos, preferências escusas ou interesses dissociados da coisa pública é, em primeira instância, cuidar para que essas condições de participação do certame sejam equânimes para todos os interessados. Simplesmente, podemos afirmar que não há competição sem isonomia e não há isonomia sem competição.

O artigo § 1o do 3º da Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993 preconiza que: § 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 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.

Deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se aperfeiçoe da melhor forma possível, o que se traduz na seleção mais vantajosa para a Administração Pública:

“Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros”, José dos Santos Carvalho Filho CARVALHO FILHO, 2010, p. 227-228.

Neste sentido citamos deliberação do TCU:

“Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade,



da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade”

Desconsideração da Condição das empresas conforme item 5.5 a, b, e 7.3.2

Objetivando demonstrar de forma inequívoca a confusão cometida por essa respeitável Comissão na decisão administrativa acima apontada, faz-se necessária a transcrição do regramento editalício inerente aos itens mencionados, pois seu próprio edital mencionava a concessão de benefícios concedidos pela LC 123/2006, razão pela qual pede-se vênua para assim proceder:

5.5 - Deverá ser apresentado, no momento do credenciamento, para **EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO COM MICROEMPRESA (ME) OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE (EPP)**, de que trata desse edital, alternativamente, um dos seguintes documentos:

a) Em se tratando de sociedade empresária, **CERTIDÃO EXPEDIDA PELA JUNTA COMERCIAL DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO DA SEDE DA LICITANTE, COMPROVANDO A CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE**; ou, em se tratando de sociedades simples, documento equivalente emitido pelo Cartório de Registro da Pessoa Jurídica.

b) **DECLARAÇÃO DE MICROEMPRESAS OU EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, PARA EFEITOS DA LC 123/2006 E POSTERIORES ALTERAÇÕES, APRESENTAR CONFORME MODELO CONSTANTE DO ANEXO VII DESTE EDITAL.**

Ambos os documentos foram apresentados, deixando claro que era de conhecimento do Pregoeiro a condição de ambas as empresas, e neste caso, a única ME presente na sessão era a **FÓRMULA 1 AUTOPOSTO LTDA.**

Certidão Simplificada

Certificamos que as informações abaixo constam dos documentos arquivados nesta Junta Comercial e são vigentes na data de sua expedição.

Nome Empresarial:	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA			
Natureza Jurídica:	SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA			
CNPJ	Data de Arquivamento do Ato Constitutivo	Data de Início de Atividade		
09.172.624/0001-60	09/10/2007	09/10/2007		
Endereço Completo:				
AVENIDA PROFESSOR ARMANDO ALVES DA SILVA 633 - BAIRRO ZACARIAS CEP 35302-403 - CARATINGA/MG				
Objeto Social:				
COMERCIO VAREJISTA DE COMBUSTIVEIS E LUBRIFICANTES PARA VEICULOS AUTOMOTORES E TRANSPORTE RODOVIARIO DE PRODUTOS PERIGOSOS.				
Capital Social:	R\$ 570.000,00	Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123, de 2006)	Prazo de Duração	
QUINHENTOS E SETENTA MIL REAIS		MICRO EMPRESA	INDETERMINADO	
Capital Integralizado:	R\$ 570.000,00			
QUINHENTOS E SETENTA MIL REAIS				
Sócios/Participação no Capital/Espécie de Sócio/Administrador/Término do Mandato				
CPF/CNPJ	Nome	Participação no Capital	Espécie de Sócio/Administrador	Término do Mandato
871.797.256-68	JAIDER MARTINS LOURENCO	R\$ 285.000,00	SÓCIO / ADMINISTRADOR	xxxxxxx
703.063.116-15	SANDRA CRISTINA RODRIGUES SOUZA LOURENCO	R\$ 285.000,00	SÓCIO / ADMINISTRADOR	xxxxxxx
Administrador Nomeado/Término do Mandato				
CPF/CNPJ	Nome		Término do Mandato	
xxxxxxx	xxxxxxx		xxxxxxx	
Situação:	ATIVA	Status:	xxxxxxx	
Último Arquivamento:	29/12/2023	Número:	11321522	
Ato	315 - ENQUADRAMENTO DE MICROEMPRESA			
NADA MAIS#				



Cumpre-nos ressaltar, que o entendimento de muitos pregoeiros sobre empate ficto é muito controverso, pois alegam que as empresas ME e EPP nem se dignam a participar dos lances para invocar a sua condição sem baixar os preços, indo contra o princípio da economicidade, fato este que não ocorreu, pois como se pode comprovar abaixo a fase de lances foi extensa e com ótimos preços obtidos, deixando para usufruir do seu benefício apenas quando realmente estava perto do seu preço de custo, provando assim a sua idoneidade e verdadeira disputa de que trata a LC 123/2006:

HISTÓRICO DOS LANCES

Lote	Item	Descrição	Unid.	Valor de Referência	%
1	1	Gasolina comum	LTR	6,1000	-
		Lance Fornecedor		Valor Unitário	%
	1	Cimini Prais Cia Ltda		5,8000	
	2	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		5,7900	-0,17
	3	Cimini Prais Cia Ltda		5,7500	-0,69
	4	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		5,7400	-0,17
	5	Cimini Prais Cia Ltda		5,6900	-0,87
	6	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		5,6400	-0,88
	7	Cimini Prais Cia Ltda		5,5900	-0,89
	8	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		5,5500	-0,72
	9	Cimini Prais Cia Ltda		5,4900	-1,08
	10	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		5,4500	-0,73
	11	Cimini Prais Cia Ltda		5,4000	-0,92
	12	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		5,3900	-0,19
	13	Cimini Prais Cia Ltda		5,3500	-0,74
	14	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		Declinou	-

Lote	Item	Descrição	Unid.	Valor de Referência	%
1	2	Diesel S10	LTR	6,8900	-
		Lance Fornecedor		Valor Unitário	%
	1	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		6,2500	-
	2	Cimini Prais Cia Ltda		6,2000	-0,80
	3	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		6,1900	-0,16
	4	Cimini Prais Cia Ltda		6,1500	-0,65
	5	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		6,1000	-0,81
	6	Cimini Prais Cia Ltda		6,0500	-0,82
	7	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		6,0000	-0,83
	8	Cimini Prais Cia Ltda		5,9900	-0,17
	9	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		5,9800	-0,17
	10	Cimini Prais Cia Ltda		5,9500	-0,50
	11	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		5,9000	-0,84
	12	Cimini Prais Cia Ltda		5,8900	-0,17
	13	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		5,8500	-0,68
	14	Cimini Prais Cia Ltda		5,8000	-0,85
	15	FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA		Declinou	-



A questão do empate ficto é determinada pela legislação e de prática obrigatória nos certames:

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, de 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 DESTA 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;

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.

Além da previsão legal que por si só possibilita a utilização, há também a previsão jurisprudencial, através do link: <https://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/1327213>

No que cabe ao presente caso, depreende-se dos dispositivos apresentados, em resumo, que a Administração deve dar preferência de contratação nas licitações às microempresas e empresas de pequeno porte, no caso de haver empate ficto, oportunizando a ME ou EPP melhor classificada a oferecer nova proposta de preço em face da proposta considerada vencedora do certame, desde que esta segunda não tenha sido feita por uma ME ou EPP.

(...)

Nesse contexto, o empate ficto, de que trata o § 1º do art. 44 da LC 123/06, se configura após a fase da disputa de preços, uma vez que na modalidade pregão as propostas se renovam e somente são definitivamente classificadas após a apresentação de lances orais pelos licitantes. Na mesma linha, o —melhor preço||, de que trata o § 2º do art. 44, refere-se aquele melhor classificado na disputa de preços e não àquele apresentado na proposta escrita.

(...)

No presente caso, os três licitantes tiveram suas propostas escritas aceitas e classificadas para a disputa de preços, haja vista que estavam condizentes com os requisitos previstos no art. 4º da Lei nº 10.520/02, conforme consta na Ata da Sessão Pública, às fls. 476/478.

(...)

Da análise do Mapa de Apuração da disputa de preços, juntado aos autos à fl. 479, verifica-se que os últimos lances das competidoras, para o lote III, em ordem decrescente de classificação, foram os seguintes: Comércio de Pneus Pinheiro e Freitas LTDA – ME – R\$ 83.999,00 (oitenta e três mil novecentos e noventa e nove reais); RJ Comércio Atacadista e Varejista de Lubrificantes EIRELI – EPP – R\$ 71.550,00 (setenta e um mil quinhentos e cinquenta reais); e RG Pneus LTDA, ora denunciante, R\$ 71.500,00 (setenta e um mil e quinhentos reais).



A referida EPP então, utilizando-se do benefício conferido pela Lei Complementar nº 123/06, ofertou o preço de R\$ 71.499,00 (setenta e um mil quatrocentos e noventa e nove reais) e, com ele, sagrou-se vencedora do Lote III, em total conformidade com legislação que trata a matéria. Desta forma, esta Unidade Técnica entende a Lei Complementar nº 123/2006 foi aplicada corretamente durante o julgamento referente ao Lote III do Pregão Presencial para o Registro de Preços nº 025/2014 e em conformidade com o art. 4º da Lei nº 10.520, não assistindo razão à denunciante

O Tribunal de Contas de Minas Gerais, além disso entende pela autoaplicabilidade do Benefício.

REPRESENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE EM DESACORDO COM A NORMA LEGAL. POSSIBILIDADE DE AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE COMPROVAREM REGULARIDADE FISCAL NO ATO DA CONTRATAÇÃO. AUDIÊNCIAS. REJEIÇÃO DE RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. MULTA. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. Os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte por força dos arts. 42 e 43 da Lei Complementar n. 123/2006 independem da existência de previsão editalícia, sendo de observância obrigatória pela Administração, quando se deparar com situação fática que se subsume aos comandos normativos em destaque (TCU. Acórdão 2505/2009 — Plenário. Min. Rel. Augusto Nardes, Sessão 28/10/2009).

[...]

16. Outro aspecto abordado pela Representante é a ausência de previsão, no instrumento convocatório, de cláusulas que concedam às microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios contidos em seu Estatuto (Lei Complementar n. 123/2006). 17. Os arts. 42 a 49 daquele diploma legal estabelecem disposições diferenciadas para a participação em licitações de entidades empresariais caracterizadas como microempresas e empresas de pequeno porte.

[...]

18. Depreende-se, da leitura do trecho supracitado, não ser facultativa a aplicação de tais dispositivos, em oposição àqueles previstos nos arts. 47 e 48 daquela lei, disciplinados pelo art. 49 do mesmo diploma. Nesse caso, sim, considera-se facultativa à Administração a adoção dos procedimentos disponibilizados pelo Estatuto, ficando obrigada aquela, caso opte por utilizá-los, a mencioná-los expressamente no instrumento convocatório.

[...]



19. Apesar da ausência de previsão editalícia de cláusulas que concedam a estas categorias de empresas os benefícios previstos nos arts. 45 e 46 da lei supradita, não há impedimentos para a aplicação dos dispositivos nela insculpidos.

20. Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis.

21. Não se vislumbra, deste modo, a necessidade de inclusão, no edital, destes dispositivos, conforme requerido pela Representante (TCU. Acórdão 702/2007 — Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler, Sessão 25/04/2007). (grifo nosso) CONSULTA N. 862.465 194

A Advocacia-Geral da União também frisa esse posicionamento em sua Orientação Normativa n. 07 de 01/04/2009 <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1619.pdf>

O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar n. 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia.

Dessa forma, apesar de ser aconselhável a inclusão de dispositivo no edital prevendo a aplicação dos benefícios instituídos pelos arts. 42-45 da LC n. 123/06, a concessão desses benefícios deve ocorrer independentemente de sua inclusão, uma vez que decorrem de mandamento legal.

Com base nisso, em resposta à primeira questão formulada pelo consulente entende-se pela desnecessidade de regulamentação por lei ou decreto, bem como de previsão, no ato convocatório da licitação, dos benefícios dispostos nos arts. 42-45 da LC n. 123/06, em razão de sua autoaplicabilidade.

Na segunda questão é indagado se a ausência da regulamentação determinada especificamente pelo art. 77, § 1º, da LC n. 123/06, sujeita os gestores públicos a algum tipo de sanção e se o decurso do prazo de um ano estipulado obsta futura regulamentação. Cumpre, primeiramente, transcrever o artigo em referência:

Art. 77. Promulgada esta Lei Complementar, o Comitê Gestor expedirá, em 30 (trinta) meses, as instruções que se fizerem necessárias à sua execução.



§ 1º O Ministério do Trabalho e Emprego, a Secretaria da Receita Federal, a Secretaria da Receita Previdenciária, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão editar, em 1 (um) ano, as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Conforme se depreende da doutrina e jurisprudência citadas na análise da primeira questão formulada, considerando que o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às MEs e às EPPs, previsto nos arts. 42- 45 da Lei Complementar n. 123/06, é autoaplicável para a sua concessão, não há necessidade de se observar a obrigatoriedade estabelecida no art. 77 transcrito.

Isso posto, adentrando o cerne da segunda questão formulada pelo consulente, o comando do art. 77, § 1º, da LC n. 123/06, acerca da obrigatoriedade de regulamentação do tratamento diferenciado elencado em alguns dos dispositivos da lei complementar em comento, não se aplica especificamente aos privilégios previstos nos arts. 42-45 da referida lei, objeto da presente consulta. Logo, não há que se falar em imposição de sanção em caso de omissão legislativa regulamentadora desses benefícios.

Conclusão: pelas razões expostas, respondo à consulta nos seguintes termos: 1 — Diante da autoaplicabilidade do disposto nos arts. 42-45 da Lei Complementar n. 123/06, não é necessária a regulamentação para que o licitante usufrua dos privilégios ali dispostos. Apesar de ser recomendada a expressa previsão desses benefícios no edital, sua concessão deve ocorrer independentemente dessa previsão.

Um ponto a ser levantado, é o despreparo da representante da empresa **CIMINI PRAIS CIA LTDA** na sessão de pregão presencial, que não se atentou que ao ocorrer o declínio da ME concorrente, seu próximo lance deveria ser maior que **5% para não caracterizar o empate ficto**.

Devido ao conhecimento dessa limitação legal, normalmente as grandes empresas realizam cálculos para não configurar o empate ficto, a representante apenas cobriu o lance declinado, sem se atentar para a previsão legal, o correto seria então, o Pregoeiro indagar a empresa **FORMULA 1 AUTO POSTO LTDA** se a mesma cobriria a proposta da **CIMINI PRAIS CIA LTDA**, não haveria que se falar em prejuízo, já que se fosse realizado o desempate a prefeitura compraria mais barato que atualmente fora ofertado.

Sendo esse também o entendimento do Advogado especializado em licitações e contratos, Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP, Dr. Joel de Menezes Niebuhr, segue explicação do procedimento a ser adotado quando do empate ficto:



*“De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, **A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE NÃO É AUTOMATICAMENTE DECLARADA VENCEDORA, NA MEDIDA EM QUE O PREÇO DELA É DE FATO SUPERIOR AO MENOR PREÇO OFERTADO NO CERTAME, O QUE IMPORTARIA, SE FOSSE O CASO, DESVANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e vulneração aberta ao Princípio da eficiência, encartado no caput do artigo 37 da Constituição Federal. A rigor, reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do artigo 44 da Lei complementar nº 123/06, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame, conforme dispõe o inciso I do artigo 45 da mesma Lei complementar. ENFATIZA-SE QUE NÃO BASTA À MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE IGUALAR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO. A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE MAIS BEM CLASSIFICADA DEVE COBRIR O MENOR PREÇO ATÉ ENTÃO OFERTADO, REDUZI-LO. Se o fizer, prescreve o referido inciso I do artigo 45 da Lei complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela. (grifo nosso)”***

Ainda na seara do não atendimento a LC 123/2006, cita-se como gravoso, o não cumprimento das regras editalícias, pois o princípio da vinculação ao Instrumento convocatório é primordial para a resolução do caso narrado, pois possui extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993.

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.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.



Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual —a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada]]. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou



Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital. No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. Se o instrumento de convocação, normalmente o edital tiver falha, pode ser corrigido, desde que oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela. Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto.

Como se vê, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.

Neste sentido, ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à probidade administrativa.”

O empate ficto foi definido e estabelecido pela Lei Complementar 123/06.

Neste sentido ensina José dos Santos Carvalho Filho:

“O Princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade ilícita.”



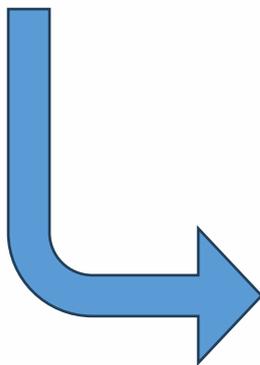
No mesmo sentido esclarece Maria Sylvia Zanella di Pietro.

“Segundo o princípio da legalidade, a Administração só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações particulares o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (2003:86) e corresponde ao que já vinha explícito no art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que o asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”

(...)omissis

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.”

Outro ponto que estranhamente nos chamou a atenção na presente sessão, ficando bem evidente mais um erro grosseiro por parte do Pregoeiro, é o julgamento do item 3, Óleo Diesel S-500 (comum), que não **FOI NEGOCIADO EM MOMENTO ALGUM**, ficando com o preço totalmente desconfigurado da realidade dos postos locais, inclusive do próprio licitante, uma vez que o **PREÇO PRATICADO NAS SUAS BOMBAS (R\$ 5,79)** é muito diferente do aplicado para os demais municípios, pois via de regra, um contrato de consumo alto ensejaria em melhores preços, mas no caso em tela, não aconteceu, vejamos os preços da bomba;





Ainda na esteira da indignação acima relatada, uma análise mais aprofundada, constata que o valor ficou acima até mesmo do **VALOR de referência de Edital (R\$ 6,48) (COMO ASSIMMM!!!)** conforme comprovado pelo próprio relatório emitido pela Prefeitura, pois se a ideia é comprar pelo menor preço, porque não houve negociação para se adequar **NO MÍNIMO** ao valor de referência, justo seria aplicar o preço da bomba, visto que o preço de compra do S-500 (comum) é bem menor que o S-10, conforme se comprova ainda na placa acima, **O S-10 É R\$ 0,20 CENTAVOS MAIS CARO DO QUE O COMUM**, ficando assim o questionamento deste item por motivação de **POSSÍVEL SUPERFATURAMENTO**, e valor acima do estimado no processo, um verdadeiro **ABSURDO!**

Lote	Item	Descrição	Unid.	Valor de Referência	%
1	3	DIESEL COMUM	LTR	6,4800	-
Lance				Valor Unitário	%
	1	Cimini Prais Cia Ltda		6,7500	-

Pelo exposto acima, concluímos que os argumentos apresentados, face ao que realmente ocorreu na sessão, não são motivos suficientes para a continuidade normal do processo, uma vez que, não fora concedido o tratamento legal e necessário as ME e EPP na fase de desempate, consequentemente a aquisição por um menor preço.

Deste modo, resta comprovado, que a **COMISSÃO TINHA O DEVER DE REALIZAR O DESEMPATE** preservando o melhor preço pautado pelos princípios legais que regem a licitação, em especial o da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, vinculação ao instrumento convocatório, do formalismo moderado e economicidade.

Dos pedidos

SOB TAIS AUSPÍCIOS, REQUER:

1 – QUE A PRESENTE PEÇA TEMPESTIVAMENTE MAEJADA SEJA CONHECIDA, E QUANTO AO MÉRITO SE DIGNE ESTE D. PREGOEIRO, DETERMINANDO O SEU IMEDIATO PROCESSAMENTO PARA, AO FINAL, ACOLHER OS FUNDAMENTOS APRESENTADOS E, POR CONSEQUINTE, DETERMINAR O RETORNO DO PROCEDIMENTO A FASE DE LANCES, RESPEITANDO O DESCRITO NA LEI 123/2006, SANANDO ASSIM QUALQUER VÍCIO PROCESSUAL QUE POSSA ACARRETAR PROBLEMAS FUTUROS PARA O PRÓPRIO PREGOEIRO;

2 – VOLTANDO A FASE DE LANCES, QUE SEJA FRUSTRADO O ITEM 03 VISTO QUE OS VALORES ESTÃO MUITO ACIMA DO REFERENCIADO NO EDITAL, EVITANDO ASSIM SUPERFATURAMENTO DO ITEM, MOTIVO QUE TAMBÉM PODE MACULAR O PROCEDIMENTO INCLUSIVE PROBLEMAS FUTUROS COM OS ÓRGÃOS DE CONTROLE.

3 – NA REMOTA HIPÓTESE DE SER MANTIDA A DECISÃO, QUE SEJA FEITA A REMESSA DO PRESENTE RECURSO À AUTORIDADE SUPERIOR, QUE DEVERÁ EMITIR DECISÃO FUNDAMENTADA.



4 - SE AINDA APÓS AS ETAPAS ANTERIORES, O RECURSO FOR NEGADO, PREZANDO PELA SEGURANÇA JURÍDICA, DEVIDO A DIVERSOS ERROS FORMAIS DENTRO DO PROCESSO, SOLICITAMOS O ENVIO ELETRÔNICO DE TODO O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DE CAPA A CAPA, NO PRAZO ESTABELECIDO NA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL, A FIM DE PROTOCOLO DE POSSÍVEL DENÚNCIA JUNTO AO TCE-MG FRENTE AOS EQUÍVOCOS QUE SE TORNARAM INSANÁVEIS APÓS A DECISAO DO NÃO ATENDIMENTO AOS PRECEITOS LEGAIS DA LC 123/2006 E 147/2014.

Data: 05 de janeiro de 2024

JAIDER MARTINS LOURENÇO

RG M7508670

CPF 871.797.256-68

Representante Legal