



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000277290

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1003513-70.2023.8.26.0157, da Comarca de Cubatão, em que é apelante -----, são apelados MUNICÍPIO DE CUBATÃO, ----- PRESIDENTE DA COMISSAO ESPECIAL TRANSITORAIA DO MUNICIPIO DE CUBATAO e PROCURADOR GERAL DO MUNICIPIO DE CUBATAO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª 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 FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA (Presidente sem voto), DJALMA LOFRANO FILHO E BORELLI THOMAZ.

São Paulo, 4 de abril de 2024.

SPOLADORE DOMINGUEZ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 20323

Apelação nº 1003513-70.2023.8.26.0157

Comarca: Barueri

Apelante: -----

Apelados: Município de Cubatão Barueri e outros

MM. Juiz: Rodrigo Pinati da Silva

MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO –
MUNICÍPIO DE CUBATÃO – CONTRATAÇÃO DE
AGÊNCIA DE PUBLICIDADE – CONCORRÊNCIA Nº
02/2023 - TÉCNICA E PREÇO – EMPRESA DE
PEQUENO PORTE (EPP) – Pretensão de aplicação das regras
de preferência estabelecidas na Lei Complementar nº
123/2006 – Descabimento, na espécie – Direito de preferência
que se aplica, como critério de desempate, quando possível a
oferta de proposta de preço inferior àquela considerada



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

vencedora – Inteligência dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 e Decreto Federal nº 8.538/2015, artigo 5º, §8º – Impetrante (EPP) que, apesar de ter ofertado a melhor proposta de preço, foi classificada em 2º lugar, após a somatória de ambos os quesitos (menor preço e melhor técnica) – Impossibilidade de se facultar a apresentação de proposta de preço inferior, pois não houve empate neste quesito - Sentença denegatória da segurança mantida.

Recurso não provido.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ----- contra ato da Presidente da Comissão Especial Transitória (CET) do Município de Cubatão e responsável pela Concorrência nº 02/2023 e outro, no âmbito do qual pretende questionar a decisão administrativa que a desclassificou do respectivo procedimento licitatório para a contratação de agência de publicidade, argumentando, em síntese, ser “*Empresa de Pequeno Porte (EPP) (...) e, em razão disso, as regras de preferência estabelecidas na Lei Complementar nº 123/2006 são a ela aplicadas*” (fl. 8).

A r. sentença de fls. 376/379, cujo relatório é adotado, denegou a “*SEGURANÇA e, por consequência EXTINGO o feito com fundamento no artigo*

2

487, I do Código de Processo Civil” (fl. 379).

Apela a impetrante (fls. 389/407) pretendendo, em síntese, a inversão do julgado, requerendo: “*(i) seja concedida a tutela antecipada recursal, para o fim de SUSPENDER o Contrato celebrado em 13/09/2023, decorrente da Concorrência nº 02/2023, entre a MUNICIPALIDADE DE CUBATÃO e a -----, com fundamento no Art. 300 do CPC e pela presença dos requisitos do perigo da demora e da demonstração da probabilidade do direito; (ii) o total provimento do presente Recurso de Apelação para Reformar a Sentença de fls. 376/379 proferida na origem, para que ao final seja concedida a segurança, confirmando-se integralmente a antecipação de tutela recursal para ANULAR o Contrato em questão, nos termos acima requeridos, uma vez maculado de ilegalidades decorrentes do Processo Licitatório.*” (fl. 406).

Contrarrazões às fls. 415/429 e 430/457.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Eis o breve relato.

Inicialmente, fica prejudicado o pedido de concessão de tutela antecipada recursal, “*para o fim de SUSPENDER o Contrato celebrado em 13/09/2023, decorrente da Concorrência nº 02/2023, entre a MUNICIPALIDADE DE CUBATÃO e a -----, com fundamento no Art. 300 do CPC e pela presença dos requisitos do perigo da demora e da demonstração da probabilidade do direito*”, ante o pronto julgamento do presente recurso, aliado aos fundamentos abaixo deduzidos.

Prosseguindo, na lição de Hely Lopes Meireles:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração.” (in Mandado de Segurança e

3

Ações Constitucionais, 33ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pág. 37).

A impetrante defende que teve ferido seu direito líquido e certo na participação do certame - Concorrência nº 02/2023 do Município de Cubatão -, uma vez que ofertou proposta com melhor oferta financeira à municipalidade, todavia “*restou classificada em 2º lugar no certame, ficando atrás da ----- (que apenas concedeu os descontos necessários à pontuação máxima nos limites editalícios) que foi declarada como a vencedora da presente Concorrência (...)*” e que “*a diferença entre a ----- e a ----- é ínfima, DE APENAS 2,68 PONTOS, que também é a mesma diferença em percentual!*” (fl. 7). Sustenta que por ser empresa de pequeno porte (EPP), as regras de preferência estabelecidas na Lei Complementar nº 123/2006 são a ela aplicadas, em qualquer tipo de proposta, seja de técnica ou preço, enfatizando que a sua pontuação é “*APENAS 2,68% (dois vírgula sessenta e oito por cento) menor que*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a da NACIONAL e, portanto, estaria na margem legal de “empate ficto” trazida pelo §1º do Art. 44, que é de 10% (dez por cento)” (fl. 13).

Pois bem.

Estabelecem os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 a respeito da preferência das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, nos seguintes termos:

“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

4

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.” (g.n.)

“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



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

5

*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.” (g.n.)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim, conforme o regramento previsto nos supracitados artigos, o direito de preferência de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) tem aplicação, em regra, nas hipóteses em que seja possível a oferta de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora.

Inclusive, o Decreto Federal nº 8.538/2015, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte e outros nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal, prevê, no artigo 5º, §8º, especificamente a respeito das licitações do tipo técnica e preço, o quanto segue:

“Art. 5º Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

6

§8º - Nas licitações do tipo técnica e preço, o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior; nos termos do regulamento.” (g.n.)

Na espécie, trata-se de processo licitatório, na modalidade de concorrência, por “*Técnica e Preço*” (fl. 84), extraído-se do edital (fls. 84 e seguintes), inclusive, a aplicação dos benefícios da Lei Complementar nº 123/2006 às empresas de pequeno porte, nos seguintes termos:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“C) DO JULGAMENTO FINAL DAS PROPOSTAS

8.13. *A Pontuação Final será obtida através da fórmula abaixo:*

$$PF = (NFPT \times 0,70) + (NFPP \times 0,30), \text{ onde:}$$

PF = Pontuação final

NFPT = Pontuação relativa à proposta técnica

NFPP = Pontuação relativa à proposta de preço

8.14. *Havendo empate, o desempate se dará através da atribuição da maior nota aos quesitos da proposta técnica, na seguinte ordem:*

a) Estratégia de Comunicação Publicitária;

b) Ideia Criativa;

7

c) Raciocínio Básico

d) Estratégia de Mídia e Não Mídia

8.15. *Após a utilização do critério de desempate, persistindo o empate, a decisão se fará através de sorteio que ocorrerá em sessão pública.*

8.16. *Será considerada vencedora, a Licitante mais bem classificada no julgamento final da média ponderada entre as Propostas Técnicas e de Preços.*

8.17. *Será assegurado, como critério de desempate, preferência de contratação para as empresas de pequeno porte, entendendo-se como empate aquelas situações em que o resultado final, constituído pela média ponderada das*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pontuações das Propostas Técnica e de Preço, alcançada pelas microempresas e empresas de pequeno porte, sejam iguais à média ponderada apresentada pela licitante mais bem classificada e desde que não seja esta uma microempresa ou empresa de pequeno porte.

8.18. *Ocorrendo o empate entre microempresas e empresas de pequeno porte, será realizado sorteio entre elas.*

8.19. *A empresa de pequeno porte que usufruir dos benefícios de que trata a lei complementar n. 123/2006 deverá apresentar, na forma da lei, juntamente com os documentos de habilitação, a declaração de que não se encontra em nenhuma das situações do parágrafo 4º. do artigo 3º. do citado dispositivo.” (fls. 117/118).*

Desse modo, **como destacado pela própria impetrante/apelante, no caso**

8

presente, não houve empate na média ponderada e, como salientado na r. sentença, *“não houve empate no quesito preço, eis que fato incontroverso nos autos ter a parte impetrante apresentado a proposta com melhor preço [fls.06/07; 190 e 317]. O tipo de licitação “melhor técnica” fica sujeito a critérios técnicos [Lei n. 8.666/93, art. 46, §1º]. Ausente empate entre as concorrentes no quesito preço, não há falar em aplicabilidade da regra prevista nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006.” (fl. 379).*

De fato, como dito acima, o direito de preferência da microempresa ou empresa de pequeno porte, com fundamento nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, aplica-se nos casos em que, verificado o empate entre as propostas, mostre-se possível a oferta de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora, que não é a hipótese versada nos autos, em que a empresaimpetrante (EPP) já apresentou o menor preço - fato incontroverso (fls. 7 e 317) -, não havendo empate



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

neste quesito, porém “*não obteve a maior nota final porque na somatória de ambos os quesitos (menor preço e melhor técnica) a empresa classificada em primeiro lugar (---) obteve pontuação maior (99,94) em relação à pontuação final da impetrante (97,26), restando inviável a concessão de prazo para a apresentação de nova proposta para cobrir a oferta vencedora sob pena de violação às regras editalícias.*” (fl. 321).

Assim, correta a r. sentença denegatória da segurança (fls. 376/379), valendo destacar a conclusão do D. Juiz sentenciante: “*O direito de preferência outorgado à microempresa ou empresa de pequeno porte enseja a ela a possibilidade de melhorar a proposta relativa ao preço apenas, o que não a favorece na hipótese, à vista do critério de adjudicação do edital [item 8.13, fls. 117]. A licitante não poderá alterar a parte da proposta relativa à técnica. Nesse sentido, o inciso I do artigo 45 da Lei Complementar nº 123/2006 dispõe acerca do direito de preferência ser exercido com a apresentação de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame.*” (fl. 379).

Em caso parecido, decidiu esta C. 13ª Câmara:

9

“Mandado de segurança. Licitação. Fornecimento de valealimentação a servidores da Câmara Municipal de Indaiatuba. Empate real entre as propostas. Direito de preferência a microempresas e empresas de pequeno porte. Intelecção do tema à luz dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006, 45, § 2º da Lei Federal 8.666/93 e artigo 37, XXI da Constituição Federal. Não formulação de proposta com preço inferior àquela considerada vencedora do certame, única situação autorizante de se adjudicar o objeto licitado em favor da impetrante. Inexistência de violação a direito líquido e certo. Legalidade do sorteio realizado entre todos os licitantes. Denegação da ordem que se impõe. Recursos e reexame necessário providos.”



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(Apelação / Remessa Necessária
1002139-37.2023.8.26.0248; Relator Des. BORELLI
THOMAZ; j. 20.09.2023 d.n.)

E, deste E. Tribunal, conforme indicado nos autos (fls. 335/341):

“Licitação. Tipo melhor técnica e preço. Microempresa. Benefícios da Lei Complementar nº 123/2006 (arts. 44 e 45). Critério de desempate aplicável tão somente no quesito menor preço. Microempresa que já apresentou proposta no menor preço, sendo inviável nova proposta para cobrir preço ofertado pelo concorrente. Distorção dos benefícios legais. Incabível nova proposta no quesito melhor técnica. Desprovemento de rigor. Segurança mantida. Recurso improvido.” (Apelação / Remessa Necessária 0007320-05.2010.8.26.0438, Relator Des. SIDNEY ROMANO DOS REIS, 6ª Câmara de Direito Público, j. 13.05.2013)

10

Não se verifica, portanto, qualquer irregularidade no procedimento licitatório em questão.

Para efeito de prequestionamento cumpre assinalar terem sido apreciadas todas as questões invocadas e não ter havido violação a qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional.

Observa-se, por fim, que eventuais embargos de declaração serão julgados em ambiente virtual (Resolução 549/2011, deste E. Tribunal de Justiça, com a redação dada pela Resolução 772/2017).

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo, como acima constou.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Oportunamente, dê-se ciência à douta Procuradoria Geral de Justiça, observando-se, todavia, que o Ministério Público não teve interesse em se manifestar na origem (fls. 183/184).

SPOLADORE DOMINGUEZ

Relator