



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE JOAÇABA, ESTADO DE SANTA CATARINA

Referência: Emissão de Vale Alimentação aos Servidores Municipais
Edital de Pregão Presencial nº. 041/2016/PMJ

LINK CARD ADMINISTRAÇÃO DE BENEFÍCIOS EIRELI,

com endereço na Rua Rui Barbosa, 449, Bairro Centro, município de Buri/SP, Telefone: (19) 3114-2700– e-mail: licitação@linkbeneficios.com.br, devidamente inscrita no CNPJ/MF 12.039.966/0001-11, Inscrição Estadual nº 229.017.126.114, Inscrição Municipal nº 03150/10, vem, respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, por meio de seu procurador subscrito *in fine*, nos termos do item 8 do edital, interpor:

RECURSO ADMINISTRATIVO COM EFEITO SUSPENSIVO
“sob a forma de memoriais”

em face das equivocadas decisões, a primeira que não concedeu o direito de preferência em vista do *empate real* entre as propostas, e, depois que habilitou indevidamente a empresa Nutricard Administradora de Benefícios Ltda., o que faz, nesta, ou melhor forma de direito, solicitando a devida vênua para aduzir e ao final requerer que segue:



MEMORIAIS DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Nada obstante o apreço e imensurável respeito que temos pelo Douto Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, a decisão que realizou sorteio em detrimento da concessão do direito de preferência na forma estatuída na Lei Complementar 123/06 merece ser imediatamente reformada, posto que tomada à míngua de fundamentação.

Ademais, caso não seja utilizado o necessário **juízo de retratação¹ conferido pela Súmula nº 473 do STF**, roga-se pela remessa das presentes razões recursais à Autoridade Superior, bem como requer-se cópias integrais do processo licitatório para análise dos órgãos de controle externo, em especial, MP - Ministério Público.

I. DA TEMPESTIVIDADE

Conforme consta no instrumento convocatório e, por consequência, na Lei 10.520/02, o licitante tem até 03 (três) dias para apresentar seus memoriais de recurso administrativo após a declaração do vencedor.

Infere-se, que a empresa Recorrente tem até **22 de setembro de 2014** para apresentar suas contrariedades sobre as irregularidades ocorridas na sessão pública de processamento do pregão. Sendo, portanto, tempestivo o presente recurso administrativo.

¹ O pregoeiro 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 ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. *Sumula STF 473*

A handwritten signature in blue ink, located in the bottom right corner of the page. The signature is stylized and appears to be a single name.



II. DA LEGITIMIDADE AD CAUSAM

A ora Recorrente é uma empresa devidamente constituída para exercer a atividade empresarial de emissão de vale alimentação/refeição por meio de cartão magnético e/ou microprocessado, consoante se denota do seu contrato social anexo.

Sendo assim, no regular exercício de sua atividade a Recorrente participou do procedimento licitatório em referência, restando como a via adequada para resguardar os seus direitos a interposição de recurso administrativo.

III. DA SÚMULA DOS FATOS

No dia **19 de setembro de 2016**, as quatorze horas, deu-se a abertura do pregão supramencionado, tendo como objeto a: “contratação de empresa especializada para efetuar o repasse de valores referentes ao vale alimentação aos servidores do Município de Joaçaba, por meio de cartão magnético, para aquisição de alimentação em estabelecimentos comerciais cadastrados.”

Conforme consta textualmente na ata da sessão pública as empresas **LINK CARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS EIRELI EPP** e **FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA ME** foram as únicas a declarar preencher os requisitos para enquadramento na condição de microempresa e/ou empresa de pequeno porte, mediante a apresentação de Certidão Simplificada da Junta Comercial do Estado de São Paulo, junto à documentação de credenciamento.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be a stylized 'M' or 'L' with a flourish.



As demais participantes credenciadas no certame e que, conseqüentemente, apresentaram suas propostas comerciais, foram: Nutricard Administradora de Benefícios LTDA., Green Card Refeições Comércio e Serviços, Biq Benefícios Ltda., Sul Card Administradora de Cartões Ltda. ME, e Cooper Card Administradora de Cartões Ltda.

Após sequencialmente ordenadas as propostas escritas, teve início a etapa de lances verbais, sendo que, encerrada a disputa, todas as propostas restaram rigorosamente **empatadas** com a taxa de administração de 0% (zero) por cento. Ocorreu, então, o **empate real** entre as propostas apresentadas pelos licitantes.

Sendo assim, com o **empate real** entre as propostas, vez que são monetariamente idênticas, deveria ter sido realizado o sorteio entre as propostas das empresas **Link Card** e **Face Card**, pois ambas gozam do direito de preferência conferido pela Lei Complementar nº 123/06.

Porém, ao arrepio da legislação pertinente e do texto editalício, não se realizou sorteio entre as microempresas e/ou empresas de pequeno porte participantes, visto que, ao final da fase de lances verbais, o i. Pregoeiro determinou que o desempate da disputa ocorreria mediante a realização de sorteio entre todos os participantes.

Ora, com a sua decisão o Pregoeiro vilipendiou o caput do Artigo 44 da Lei Complementar 123/06, assim como o Artigo 170, inciso IX e o Artigo 179 ambos da Constituição Federal de 1989, os quais determinam o tratamento diferenciado a ser concedidos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte em certames públicos.

Salvo melhor juízo, a decisão do Pregoeiro de proceder ao desempate por meio de sorteio está alicerçada na falsa premissa de que a legislação não concede o benefício diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no caso de **empate real**.

A handwritten signature in blue ink, located in the bottom right corner of the page.



Importante frisar que a forma como o Pregoeiro da Prefeitura do Município de Joaçaba/SC interpretou a Lei Complementar nº 123/06 é única, uma vez que o entendimento comum e corrente é de que ocorrendo o **empate real entre as propostas**, e, havendo na disputa ME ou EPP, será essa declarada a vencedora.

Desta forma, fora realizado **IRREGULARMENTE** sorteio entre todas as empresas, sendo certo que a **NUTRICARD ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS LTDA** não é a lídima vencedora da disputa.

E mais, a Nutricard não poderia sequer ter sido habilitada, pois não logrou êxito em cumprir com o disposto em lei e edital, não houve a necessária apresentação da Certidão Negativa de Falência e Concordata (Recuperação Judicial) da sede.

Ora Nobre Julgador, licitação pública não pode ser encarada como uma simples gincana onde aquele que apresenta mais documentos vence, ou mesmo procedimento que se possa escolher aquele que melhor aprouver.

Diante do conjunto fático acima exposto, resta evidente que, ante ao **empate real**, a Comissão de Licitação de Joaçaba deveria ter realizado sorteio entre as beneficiárias da Lei Complementar nº 123/06, ou, mesmo, se esse não fosse o entendimento desclassificado a primeira colocada por não atender a legislação e convocar a segunda.

IV - DAS RAZÕES MERITÓRIAS

Ab initio, o Pregoeiro e sua equipe de apoio partem da equivocada premissa de que a interpretação do caput do Artigo 44 da Lei Complementar 123/06 depende necessariamente das hipóteses previstas no Artigo 45 e seus parágrafos.



Logo, verifica-se que a Lei Complementar 123/06 e Constituição Federal foram interpretadas de forma equivocada, pois a preferência na contratação das microempresas e empresas de pequeno porte se dá, igualmente, nos casos de **empate real**.

O certo é que em **igualdade de condições** será beneficiada à microempresa e/ou empresa de pequeno porte, obviamente, desde que isso não comporte prejuízo ao Erário, **vejamos tal alegação de forma mais clara:**

IV. 1. DA PREFERÊNCIA DAS MEs E EPPs NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Primeiramente, não escapa considerar que, deveras, tortuosa a questão que envolve os casos de **empate real**, principalmente, quando um dos licitantes se declara beneficiário do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

A situação acima exposta ocorreu no pregão em apreço, pois por imposição legal, e de acordo com a sistemática do edital, impossível à oferta de taxas negativas, o que acabou por desencadear o **empate real** entre as propostas.

Neste viés, não havia meios de ofertar um novo lance, de vez que isso implicaria em apresentação de taxa negativa, por tal situação a Comissão de Licitação deveria, automaticamente, ter convocado a empresa de pequeno porte melhor classificada, conforme comando estampado no caput do Art. 44 do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, *ipsis litteris*:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.



O **Artigo 44 da Lei Complementar 123/06** não deixa margem para maiores divagações, nos caso de *empate real* será assegurado o direito de preferência às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, isso independe de um novo lance.

Ainda assim, o legislador foi além do *empate real*, criou-se a figura do *empate ficto*, a qual não guarda relação com o caso em comento, uma vez que as propostas apresentadas continham o mesmo valor:

§ 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.

Portanto, criou-se o **empate ficto** situação em que uma beneficiária da LC 123/06 poderá ofertar um novo lance automaticamente inferior ao da primeira colocada não enquadrada na condição de ME ou EPP.

A par da existência dos **empates real e ficto**, as formas de como se deve proceder quando da ocorrência de um ou outro estão especificadas no Artigo 45, *ex vi*:

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.

Pela análise temporal do parágrafo terceiro do retromencionado diploma legal, extrai-se que em se tratando de **empate ficto** será assegurado direito de preferência para as MEs e EPPs, sendo-lhe oportunizado direito de ofertar um novo lance no prazo decadencial de 05 minutos. Sendo que, para a hipótese de **empate real** quem nos fornece a solução é o parágrafo segundo do aludido Artigo 45 que diz: **“disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte”.**

Logo, se a melhor proposta for de uma Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte – como é o caso do presente certame, está deverá ser declarada vencedora do certame, independente de apresentar um novo lance, **pois tem preferência na contratação.**



Ou melhor, havia duas propostas apresentados por detentoras do direito de preferência, Link Card e Face Card, por certo que deveria ocorrer sorteio entre elas, na forma prevista no Art. 45:

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

(...)

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**

Neste sentido, o subitem 7.17.2 do instrumento convocatório não discrepa, pois assegura expressamente que, ao final da etapa de lances, será concedido o tratamento favorecido dispensado às Mês e EPPs.

Ainda assim, cinge alinhavar que o fato de ser concedido o referido tratamento diferenciado à microempresa e/ou empresa de pequeno porte participante não representa qualquer prejuízo ao Erário, pois todas as propostas eram iguais.

Neste compasso, o **SISTEMA COMPRASNET**, por meio de seu canal de esclarecimento de dúvidas, deixa claro que quando o empate for a nível de propostas **(real)** a beneficiária da LC nº 123/06 será **AUTOMATICAMENTE** conduzida ao posto de arrematante, *ex vi*:

2.2.12 - Como desempatar quando o empate foi em nível de lances?

R - Se as empresas que estão empatadas não forem declarantes ME/EPP, o sistema automaticamente verificará se a próxima empresa após, é declarante ME/EPP e se o valor de seu lance é maior ou igual que o lance empatado + (mais) 5% (cinco por cento).

- Se ambas as premissas forem atendidas, o sistema automaticamente convocará esta empresa declarante, para ofertar um lance final. Se o valor deste lance, for menor do que o valor do lance que está empatado, o sistema dará como vencedora esta empresa.
- Se esgotarem-se as empresas ME/EPP e não houve desempate, o sistema desempatará o certame, dando como vitoriosa a empresa (de grande porte) que enviou o lance primeiro.
- Se mesmo assim, o usuário constatar que as empresas que estão empatadas, enviaram seus lances em horários exatamente iguais, ele deverá proceder ao desempate através de um sorteio presencial, convocando as empresas empatadas.
- Se as empresas que empataram forem todas declarantes, o sistema, automaticamente, dará como vencedora do certame, a empresa declarante que enviou a proposta primeiro.
- Se o pregoeiro observar que as empresas que estão empatadas, enviaram seus lances em horários exatamente iguais, ele poderá propor às empresas que estão empatadas, um desempate, condicionado ao envio de um único lance (através do chat). Aquela que ofertar o menor lance, será a ganhadora, sendo que o valor deste lance que desempateou o certame, será inserido, na fase de Aceitação, no campo "Valor Negociado" com a devida justificativa.
- Se nenhuma empresa quiser ofertar o lance ou se por casualidade, o lance for o mesmo, o pregoeiro procederá ao desempate através de um sorteio presencial, convocando as empresas empatadas.

Ninguém mais gabaritado no ramo de licitações públicas dos que os responsáveis pelo **SISTEMA COMPRASNET**, que é um site específico para as aquisições governamentais, segundo consta nos casos de *empate real* a preferência é da ME e/ou EPP.

As leis são as mesmas, tanto para a licitação eletrônica como para a presencial, sendo que o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte é autoaplicável em ambos os casos, devendo os administradores públicos aplica-lo sob pena de responsabilizações.



Veja Pregoeiro, não se trata de um entendimento isolado, **a Empresa Brasileira de Tecnologia – EBC**, nos autos do Pregão Presencial nº 32/2014 destinado à aquisição de Vale Cultura, **firmou o entendimento de que no caso de empate real deve ser convocada a ME e/ou EPP**, vejamos:

“(…) verificou-se que todas as empresas apresentaram o mesmo valor na proposta (...) **a taxa de administração foi de 0% (zero por cento)**. Deste modo, o Pregoeiro avocando o subitem 9.5. do instrumento convocatório onde cita: “após a etapa de lances, sendo verificada a ocorrência de empate, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos do art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 2006”.

Nas licitações de Vale Cultura, em que não é possível ofertar taxa inferior a 0% (zero), constantemente ocorre **empate real**, e as decisões são sempre as mesmas. A **CEAGESP**, em caso idêntico, declarou vencedora a empresa de pequeno porte participante:

UASG: 225001 - CIA, DE ENTREPÓSITOS E ARMAZENS GER. DE SP

Pregão Nº: 512014

Pregoeiro fala:
(30/10/2014 09:58:44)

2.2.11 – Como desempatar quando o empate foi em nível de Propostas, não havendo lances? Se todas as empresas que estão empatadas não forem declarantes ME/EPP, o sistema automaticamente dará como vencedora a empresa que enviou antes a sua proposta. Se mesmo assim continuarem empatadas, pois as propostas foram dadas em tempos exatamente iguais,

Pregoeiro fala:
(30/10/2014 09:58:02)



Pela regra do COMPRASNET:2.2.10 – Pode haver lances empatados? Sim. Uma empresa pode oferecer um lance exatamente igual ao da outra empresa concorrente. Esta regra foi definida pelo Ministério do Planejamento.

Pregoeiro fala:
(30/10/2014 09:56:34)

Todas as propostas terminaram empatadas.

Dentro destas perspectivas, a CBTU também realizou sorteio presencial, ou seja, se equivocou assim como o Pregoeiro de Joaçaba/SC, porém, o Departamento Jurídico reviu a decisão, no seguinte sentido:

Considerando que todos os licitantes apresentaram Taxa de Administração 0,0% a dúvida se resume no critério de desempate.

- Sorteio, na visão do Pregoeiro.
- Declarar vencedora a micro empresa participante, na visão Coordenação Técnica de Contratos desta Gerência Geral Jurídica.

Entendo que a divergência pode ser dirimida tomando por base o Art. 1º e seu Inciso III da Lei Complementar 123, de 14 Dez 2006, "verbis":

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, ..., especialmente no que se refere:

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, ...

Entendo que os dispositivos legais citados demonstram que a Lei em questão concede tratamento preferencial às microempresas e empresas de pequeno porte.

O intérprete deve chegar à finalidade principal da Lei. Na situação ora sob exame, quero crer, é o tratamento diferenciado e favorecido.

Em vista do exposto entendo que o Recurso interposto pela Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. deve ser acatado, devendo a esta ser adjudicado o objeto do Pregão ora sob exame.

Rio, 05 de Dezembro de 2014

FERNANDO DURAÑO SCHLEDER
Gerente Geral Jurídico

Praca Protocolo Jurídico, nº 211, 9º andar - Centro
20.221-901 Rio de Janeiro - RJ, Brasil
021 2799 4100

De GALIC
De acordo
em 5.12.14
AM
Hanni



O Parecer nº 031/2014/FDS/GAJUR assinado pela Gerente Geral Jurídico da Companhia Brasileira de Trens Urbanos deixa claro que a finalidade da LC 123/06 é privilegiar às Micro e Pequenas Empresas.

Dar efetividade aos Artigos 44 e 45 da L.C. nº 123/06 nos casos de *empate real*, homenageia a Constituição Federal, visto que o direito de preferência tem viés constitucional, a qual determina a concessão de tratamento diferenciado as MÊs e EPPs:

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - **tratamento favorecido** para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Tanto que prescreve:

Art. 146 - Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

[...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. [...]



E mais:

Art. 179 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Desta feita, o **direito a preferência na contratação** é claramente estabelecido pela Constituição Federal do Brasil, devendo ser sempre concedido, independente de qualquer restrição, de vez que se trata de mandamento constitucional. Como se sabe, a rigor, não há mandamento legal superior.

Com efeito, de modo aclarar o assunto pede-se a devida vênua para citar a sábia decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. TRATAMENTO FAVORECIDO. ART. 44, LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. INCIDÊNCIA. O tratamento favorecido conferido às empresas de pequeno porte, com assento constitucional (art. 170, IX, CF/88), materializa-se, entre outras vantagens, na preferência de contratação, **não podendo ser ignorado, notadamente quando a apelada é a única licitante com tal qualificação, não fosse o atendimento as regras constantes do edital, inclusive no que diz com a comprovação de seu enquadramento e invocação à prerrogativa do art. 44, LC nº 123/06, de óbvia incidência no caso dos autos.** (TJ-RS, Apelação e Reexame Necessário Nº 70051984789, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 30/01/2013)



Destaca-se ainda, brilhante lição contida na fundamentação do Voto do Relator do Acórdão acima transcrito, que ao falar sobre como se proceder quando o edital não permite taxa de administração negativa, vejamos:

Até porque, como se procurou demonstrar, o tratamento favorecido atribuído às microempresas e empresas de pequeno porte tem matriz constitucional e se traduz, entre outras vantagens, pela preferência de contratação, não podendo ser ignorado, notadamente quando se trata de única concorrente que apresenta tal enquadramento – EPP.

Depois, se por um lado, **inviável a aplicação do artigo 45 da Lei Complementar nº 123/06, como propõe apelante, na medida em que implicaria aceitar a apresentação de proposta com taxa de administração negativa, vedada pelo Edital nº 046/2011 (item 3.5.1).**

Por outro, não se pode alijar simplesmente a licitante que se enquadra como EPP, com base em tal fundamento, sob pena de afronta ao artigo 44 da Lei Complementar nº 123/06 e ao princípio constitucional que assegura o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (art. 170, IX, CF/88).

No caso em voga, a Recorrente comprovadamente se enquadra na definição de empresa de pequeno porte, de maneira que na disputa se encontrava empatada com as demais empresas, especialmente com a outra microempresa, Face Card. Assim, imaginava-se que seria realizado sorteio entre as aludidas empresas, pois possuem preferência na contratação com a Administração Pública nos termos da Constituição Federal, Lei Complementar 123/06, Jurisprudência Pátria e até mesmo das regras dos Sistemas de Compras.

Portanto, não há razão plausível para restringir o alcance da LC 123/06, até mesmo porque, como mencionado alhures, a classificação da Recorrente como vencedora não representa acréscimo de preço.



Neste bordo, convém reproduzir as lições de Marçal Justen Filho:
“Deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação. (...)”

Por todo o exposto, como medida de justiça, o certame deve retornar a fase de classificação de propostas, de modo que seja realizado sorteio entre as propostas das empresas Face Card e Link Card, por serem beneficiárias do regime diferenciado.

IV.2. DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO DA ARREMATANTE

Inicialmente, se de um lado não ocorrer à convocação da empresa Link Card, ora Recorrente, por seus direitos de microempresa e/ou empresa de pequeno porte, deverá, por outro, ser chamada por ser a segunda colocada no certame, isso porque a arrematante, Nutricard, não logrou êxito em atender as disposições legais e editalícias.

Perscrutando os documentos de habilitação da empresa Nutricard, verifica-se que foi apresentada para fins de comprovação de qualificação econômico-financeira certidão negativa de falência e concordata (recuperação judicial) da filial situada na cidade de Medianeira/PR, sendo que o foro competente para decretação de falência é o da sede - Foz do Iguaçu/PR – conforme averbado no próprio Contrato Social.

A exigência de certidão negativa de falência, recuperação judicial, extrajudicial e concordata da participante, nos termos do subitem 6.1.8 encontra-se prevista no art.31, II, da Lei Federal 8.666/93:



Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

Com efeito, deveria ter sido apresentada a certidão negativa de falência e concordata da sede da licitante, que, segundo consta na oitava alteração do contrato social da Nutricard, é na Avenida Brasil, 1140, Sobreloja, Centro, CEP: 85.851-000, na cidade de Foz do Iguaçu/PR, esta é a sua sede.

Portanto, ao apresentar a certidão negativa de falência concordata de sua filial no município de Meridianeira/PR, a empresa Nutricard não cumpriu com a determinação legal prevista no inciso II do art. 31 da Lei 8.666/93.

Ora, somente a certidão negativa de falência de sua matriz (09.051.290/0001-77) tem valor jurídico, haja vista que, em conformidade com o art.3º da Lei 11.101/2005 (Lei de Falência), *“É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do **local do principal estabelecimento** do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”*.

No tocante a esta questão, há uma divergência na doutrina acerca do que é o local do principal estabelecimento. Uma primeira corrente diz que o estabelecimento principal é a sede estatutária ou contratual, ou seja, é a sede definida no contrato ou no estatuto social. A segunda posição fala que é a sede administrativa, local onde ocorre a administração da atividade comercial. Porém, a corrente majoritária é no sentido de que o principal estabelecimento é aquele que tem o maior complexo de bens, adotando um critério econômico, e evitando fraudes.



O Superior Tribunal de Justiça entende que o local do principal estabelecimento é o centro vital das principais atividades do devedor. Neste sentido, STJ/CC 37736 / SP - Julgamento em 11/06/2003:

Ementa. Processo civil. Competência. Conflito positivo. Pedidos de falência e de concordata preventiva. Principal estabelecimento. Centro das atividades. Competência absoluta. Prevenção. Juízo incompetente. Sentença de declaração de falência prolatada por juízo diverso daquele em que estava sendo processada a concordata. Pedido de falência embasado em título quirografário anterior ao deferimento da concordata. Nulidade da sentença.

Com a devida vênia a decisão classificatória registrada na Ata de Sessão Pública, deve ser revista, haja vista a disposição trazida pela Lei 11.101/2005 (Lei de Falência) que estabelece que apenas o estabelecimento principal é passível de sofrer falência.

Desta forma, se mostra razoável que o licitante comprove a sua qualificação econômico-financeira por meio da Certidão de Falência e Concordata de sua matriz, que no caso em comento é o seu estabelecimento principal, e onde está situada a sua sede administrativa, conforme disposto em seu Contrato Social.

Neste diapasão, a Instrução Normativa RFB nº 1470 de 30 de Maio de 2014, art.15, X, disciplina o seguinte:

Art. 15. São privativos do estabelecimento matriz, por se tratar de dados cadastrais e situações que dizem respeito à entidade, os atos cadastrais relativos:

(...)

IX - à falência;

X - à recuperação judicial;

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'M. S.', is located in the bottom right corner of the page.



Por tais fatos, resta claro que a Nutricard não apresentou o documento exigido em lei (art. 31, II da Lei 8.666/93), motivo pelo qual, em respeito aos princípios norteadores da atuação administrativa, especialmente da legalidade, deve ser declarada inabilitada.

V. DO PEDIDO

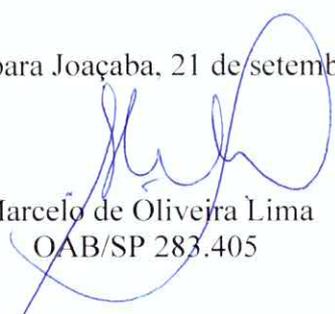
Dentro dessa ordem de ponderações, e diante das evidenciadas provas, a Recorrente requer se digne o Emérito Julgador a, com o muito que deverá Vossa suprir com os vastos cabedais jurídicos, desse Íncrito Julgador, uma vez ultrapassadas as prefacias arguidas, no mérito julgar inteiramente e cabalmente **PROCEDENTE** o presente recurso administrativo, a efeito de inabilitar a empresa Nutricard, por não ter apresentado a certidão negativa de falência e concordata de sua sede;

Requer com a inabilitação da empresa Nutricard, seja convocada a segunda colocada no sorteio, Link Card, para que apresente os documentos de habilitação e, em sendo constatado o atendimento, seja declarada vencedora;

Requer, caso não seja esse o entendimento, realize sorteio apenas entre as empresas detentoras do direito de preferência previsto em lei.

Termos em que,
Pede deferimento.

De Campinas para Joaçaba, 21 de setembro de 2016.


Marcelo de Oliveira Lima
OAB/SP 283.405