



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo

18 ° Legislatura - 2021/2024

MUNICÍPIO DE INTERESSE TURÍSTICO - MIT

Pedido de Esclarecimentos Nº 04

Ref. Pregão Presencial Nº 01/2023

Solicitante: MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS

E-mail: rafaella.araujo@megavalecard.com.br

Data e Horário da solicitação: 14/06/2023 às 16:46 horas

Pedido de Esclarecimento Formulado:

"Boa tarde prezados da Câmara Municipal de São Miguel Arcanjo!
Tudo bem?"

A empresa MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS, CNPJ nº 21.922.507/0001-72, interessada em participar do certame supracitado busca esclarecer:

1 – Qual é a empresa que presta o serviço do objeto atualmente e qual a taxa de administração adotada no contrato?

2 – É correto o entendimento de que o valor a ser considerado para a proposta inicial deverá ser R\$ 960.000,00 conforme modelo de proposta ou R\$ 962.880,00 conforme item 2.1 e 2.2.2, contendo a taxa máxima aceitável de (0,3%)?

3 - O edital prevê em seu item 8.20 o desempate através do disposto no art. 60 da Lei 14.133, de 2021. Importante observar a luz do referido artigo:

"§ 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006."

A Lei Complementar nº 123/2006 assegura o direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte como critério de desempate nas licitações, assim dispendo: Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Portanto em razão do que reza o artigo acima a Lei 123/2006 preconiza o direito de preferência para ME/EPP's tanto quando houver empate REAL, como FICTO.

Portanto, é correto o entendimento que será concedido o tratamento de preferência na contratação às microempresas e empresas de pequeno porte?



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo

18 ° Legislatura - 2021/2024

MUNICÍPIO DE INTERESSE TURÍSTICO - MIT

Sendo o que se apresenta para o momento, externamos votos de estima e apreço;
Atenciosamente.”

Data da resposta pelo Pregoeiro: 19/06/2023

Resposta Formulada:

Quesito 1: Qual é a empresa que presta o serviço do objeto atualmente e qual a taxa de administração adotada no contrato?

Resposta: Atualmente a Câmara Municipal de São Miguel Arcanjo não possui o serviço contratado, sendo assim, esta será a primeira vez que o objeto será licitado.

Quesito 2: É correto o entendimento de que o valor a ser considerado para a proposta inicial deverá ser R\$ 960.000,00 conforme modelo de proposta ou R\$ 962.880,00 conforme item 2.1 e 2.2.2, contendo a taxa máxima aceitável de (0,3%)?

Resposta: O valor de R\$ 960.000,00 é referente ao repasse estimado aos servidores. O valor da Taxa Administrativa deverá ser demonstrado separadamente em campo específico, devendo este, ser reproduzido também por extenso conforme modelo de proposta (Anexo IV). O valor total somado com sua respectiva taxa também deverá ser demonstrado em campo específico conforme modelo de proposta (Anexo IV).

Quesito 3: O edital prevê em seu item 8.20 o desempate através do disposto no art. 60 da Lei 14.133, de 2021. Importante observar a luz do referido artigo:

"§ 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006."

A Lei Complementar nº 123/2006 assegura o direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte como critério de desempate nas licitações, assim dispendo: Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Portanto em razão do que reza o artigo acima a Lei 123/2006 preconiza o direito de preferência para ME/EPP's tanto quando houver empate REAL, como FICTO.

Portanto, é correto o entendimento que será concedido o tratamento de preferência na contratação às microempresas e empresas de pequeno porte?



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo

18 ° Legislatura - 2021/2024

MUNICÍPIO DE INTERESSE TURÍSTICO - MIT

Resposta: É incorreto o entendimento referente ao tratamento de preferência na contratação às microempresas e empresas de pequeno porte em caso de empate real. Tal entendimento poderá ser verificado no parecer nº119/2023 da Procuradoria Legislativa, na qual encontra-se em anexo a este pedido de esclarecimentos.

Na espera de ter sanado todas as dúvidas, renovamos nossos préstimos de elevada estima e especial consideração.

Att.

MATEUS SIDOW DE CAMPOS

Pregoeiro



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo
Procuradoria Legislativa
Prédio "Casa de Leis Vereador José Ramos"

PARECER Nº 119/2023

Consulta Jurídica

Consultante: Mateus Sidow de Campos - Pregoeiro
Assunto: Forma de pagamento. Cartão Alimentação. Dúvidas sobre o critério de desempate.
Destino: ao consultante.

1 - RELATÓRIO

Trata-se consulta formulada pelo Sr. Mateus Sidow de Campos (Pregoeiro), sobre os seguintes pedidos de informação da empresa Megavale Card:

Citação na íntegra, destaques meus:

[...] 3 - O edital prevê em seu item 8.20 o desempate através do disposto no art. 60 da Lei 14.133, de 2021. Importante observar a luz do referido artigo:

"§ 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006."

A Lei Complementar nº 123/2006 assegura o direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte como critério de desempate nas licitações, assim dispondo: Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Portanto em razão do que reza o artigo acima a Lei 123/2006 preconiza o direito de preferência para ME/EPP's tanto quando houver empate REAL, como FICTO.

Portanto, é correto o entendimento que será concedido o tratamento de preferência na contratação às microempresas e empresas de pequeno porte?

Juntamente do questionamento, o solicitante encaminha sentença de 1º grau não transitada em julgado, em que se logrou vencedor em mandado de segurança interposto contra a Comissão do Pregão da Câmara Municipal de Descalvado.

Em resumo, a D. Decisão aponta que o artigo 44, *caput*, da Lei Complementar 123/2006 deve ser interpretado de forma isolada de seus parágrafos (os quais lhe



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo
Procuradoria Legislativa
Prédio "Casa de Leis Vereador José Ramos"

conferem interpretação autêntica¹) e do art. 45 (que regulamenta o procedimento que **obrigatoriamente deve ser adotado**, caso ocorra a situação do art. 44).

Com base nisto, o questionamento do solicitante se refere a este ponto: havendo empate real entre ME/EPPs e empresas de outros portes, haverá preferência de contratação às ME/EPPs?

Em outros termos: havendo empate genuíno entre empresas de diferentes portes, a Administração deverá contratar uma ME/EPP, desconsiderando as regras da LC 123/2006, conferindo a elas uma interpretação distorcida, e a regra do art. 60 da Lei 14.133/2021, que regula, efetivamente, o denominado *empate real*?

É o relatório. Passo à análise.

2 – EXAME JURÍDICO

A Lei Complementar nº 123/2006, ao disciplinar como critério de desempate o direito de preferência de contratação das microempresas e empresas de pequeno porte nos artigos 44 e 45, estabeleceu procedimento a ser adotado naquilo que se convencionou chamar de *empate ficto*:

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 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;

¹ Interpretação autêntica é aquela em que o legislador delimita o campo de conceituação do termo que se refere. Exemplo comum é o conceito penal de funcionário público do art. 327 do Código Penal, ou de agente público, do art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa.



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo
Procuradoria Legislativa
Prédio "Casa de Leis Vereador José Ramos"

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.

E por que empate ficto?

Porque empate (o "empate real") é a *conclusão de qualquer disputa sem vencedor*², é quando se *tem um resultado igual*³. Não foi este empate que tratado no caput do art. 44 da LC 123/2006.

Como sabemos disso?

A partir de seus §§ 1º e 2º, que **delimitam e conceituam**, preferenciando as ME/EPP, o **conceito de empate**. É empate quando uma ME/EPP apresentar proposta em até 5% superior ao valor da originalmente vencedora, nos casos de pregões, ou ainda em até 10%, em outras modalidades licitatórias.

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

Em outras palavras: em caso de empate, que aquele conceituado nos §§ 1º e 2º, o critério de desempate será a possibilidade de a ME/EPP apresentar uma melhor proposta.

² <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/empate/>

³ <https://www.sinonimos.com.br/empate/>



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo
Procuradoria Legislativa
Prédio "Casa de Leis Vereador José Ramos"

O critério de desempate é uma segunda chance às ME/EPPs. É esta a sua **preferência de contratação**: ter uma outra oportunidade para repensar e, se entender possível, melhorar sua proposta. Segunda chance que, no pregão, **deverá** ser exercida em até 5 minutos, sob pena de continuar vencedora a empresa de porte diverso.

Não há, friso, qualquer ponto da lei que nos permita inferir que, em caso de empate real (igualdade verdadeira das propostas), será contratada uma ME/EPP. Somente seria possível formular esta interpretação se a lei nos trouxesse: *ocorrendo empate, será contratada a ME/EPP*. Fosse para aplicar isoladamente o *caput* do art. 44 da LC 123/2003, o legislador não teria delimitado conceitos nos seus §§ 1º e 2º e nem regulamentado o procedimento a ser utilizado como critério de desempate e preferência de contratação no art. 45. Estas regras não existiriam.

Dito isto, embora se respeite, pois é inerente ao Direito a divergência, a interpretação que condiciona diretamente à contratação de uma ME/EPP em caso de empate *real sem observar o art. 60 da Lei 14.133/2021* fere, a princípio, o princípio de ordem econômica da livre concorrência (CRFB, 174, IV), pois confere substrato a uma reserva de mercado indevida, pois privilegiada⁴.

Pensemos na seguinte situação: nesta ótica interpretativa trazida pelo solicitante, nas licitações de auxílio alimentação/refeição mediante cartão de pagamento, nas quais o empate real inicial é muito provável, já que o deságio é uma realidade imposta pela 14.442/2022, a Administração sempre deveria contratar a ME/EPP. E isto independentemente do valor da licitação: R\$ 10.000,00 ou R\$ 10.000.000.000,00.

Se o legislador houvesse pontuado desta forma, teríamos, penso, flagrante inconstitucionalidade na sua postura, pois, o Estado, a pretexto de intervir na ordem econômica em forma de incentivo, estaria deturpando as contratações públicas para criar reservas de mercado às ME's/EPP's através de verbas públicas: inicialmente, ele impediria a Administração de obter melhores propostas proibindo o deságio e *forçando* as licitações a **iniciarem** empatadas, e depois, ele determinaria a esta mesma Administração que contratasse ME's/EPP's em primeiro lugar.

E o legislador não atuou desta maneira. Assim, em última consequência, além de a contratação preferencial em caso de empate real violar a **própria legalidade** (CRFB, art. 37), a qual a a Administração possui dever de obediência, o entendimento

⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo
Procuradoria Legislativa
Prédio "Casa de Leis Vereador José Ramos"

postulado pelo licitante transgride o princípio da **livre concorrência** (CRFB, art. 170, IV) **subvertendo** o papel interventor do Estado no aspecto **incentivador**, transformando-o em **abusivo**, bem como infringe os princípios licitatórios do interesse público e da competitividade, pois intenta que a Administração se curve a intenções privadas de segmentos econômicos através do instrumento legítimo de contratação pública: a licitação.

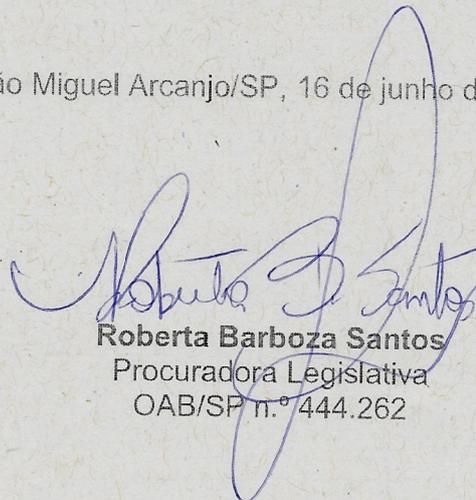
3.- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto, considero **incorreto o tratamento de preferência na contratação às microempresas e empresas de pequeno porte em caso de empate real**, conforme sinalizado pretendido pela solicitante.

Considerando a decisão judicial favorável de 1º grau apresentada pelo solicitante, recomendo ao Pregoeiro a submissão deste parecer à Presidência, para conhecimento do caso e ratificação dos fundamentos, ou, entendendo de forma diversa (tal como a decisão judicial, por exemplo), para adoção das medidas cabíveis para a alteração do edital.

A apreciação superior.

São Miguel Arcanjo/SP, 16 de junho de 2023.



Roberta Barboza Santos
Procuradora Legislativa
OAB/SP n.º 444.262



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo

Prédio "Casa de Leis Vereador José Ramos"

REMESSA

São Miguel Arcanjo, 16 de junho de 2023.

À Presidência

Ref. Pregão Presencial n.º 01/2023 e Pedido de Esclarecimentos

Assunto: Parecer nº 119/2023 e apreciação.

Senhor Presidente,

Conforme orientação jurídica estou encaminhando o parecer nº119/2023 para conhecimento, devida apreciação e posterior submissão caso seja do mesmo entendimento de vossa senhoria.

Ante ao exposto, remeto o processo a presidência para apreciação.

MATEUS SIDOW DE CAMPOS

Pregoeiro



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo

Prédio "Casa de Leis Vereador José Ramos"

DESPACHO DE AUTORIZAÇÃO

CONSIDERANDO o pedido de esclarecimentos encaminhado pelo Sra. Rafaela Araújo da MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS.

CONSIDERANDO o parecer nº 119/2023 da procuradoria legislativa onde trata do respectivo pedido de esclarecimento formulado.

DETERMINO:

- a) Acatamento do parecer nº 119/2023 da procuradoria legislativa;
- b) Regular andamento do processo;

Gabinete da Presidência, 16 de junho de 2023.

CLAUDIO MIGUEL FERREIRA FILHO
Presidente da Câmara Municipal