



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CRISTAIS PAULISTA
DO DE SÃO PAULO
União, transparência e Trabalho

PARECER JURÍDICO Nº 007/2023

Processo nº 7028/2023

Pregão Presencial nº 0028/2023

RECORRENTES: MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS, VEROCHECKE REFEIÇÕES LTDA
E ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA

1 - DO RELATÓRIO

Tratam-se de recursos administrativos interpostos em virtude da decisão que declarou vencedora a empresa M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA, no tocante ao procedimento licitatório em epígrafe, e que tem por objeto a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE CARTÃO ALIMENTAÇÃO PARA UTILIZAÇÃO PELOS SERVIDORES DA PREFEITURA DE CRISTAIS PAULISTA, EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS ESPECIALIZADOS, nos termos do edital e seus anexos.

2 - DA ADMISSIBILIDADE

Observa-se a tempestividade dos recursos interpostos pelas licitantes acima relacionadas. Por esta razão, os referidos pedidos serão conhecidos, e, no mérito, serão a seguir analisados.

3 - DOS OBJETOS RECURSAIS E DOS PARECERES

3.1 - MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA

A recorrente alega, em resumo, que: (a) haveria ilegalidade no sorteio realizado no procedimento licitatório sob análise, uma vez que a Lei Complementar nº 123/2006 garantiria a preferência na contratação das microempresas e empresas de pequeno porte, no caso de



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CRISTAIS PAULISTA
DO DE SÃO PAULO

União, transparência e Trabalho

empate das propostas; (b) a empresa Verocheque Refeições Ltda, também participante do pregão em epígrafe, não faria jus ao enquadramento fiscal de empresa de pequeno porte - EPP, razão pela qual deveria ser excluída de eventual sorteio entre as empresas que se inserem nos benefícios da LC ° 123/2006; (c) a empresa Rom Card Administradora de Cartões Ltda, também participante desta licitação, atestou seu desenquadramento com ME e EPP em recente certame licitatório, razão pela qual deveria ser excluída de eventual sorteio entre as empresas que se inserem nos benefícios da LC ° 123/2006.

Diante de tais questionamentos, opina-se pelo **não provimento do recurso**, pelas seguintes razões de direito:

Em relação à aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006, com suas disposições sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, o que se pode observar é que mencionada preferência das ME/EPPs é apenas uma norma e não um princípio, devendo se submeter aos princípios da vinculação ao edital, vedação ao enriquecimento sem causa e competitividade.

A interpretação de alguns operadores do direito de que a preferência seria um mero critério de desempate acarretaria a subversão do sistema axiológico, transformando-se uma norma (preferência da ME/EPP) num princípio que superaria os reais princípios acima descritos. Em outras palavras, a mera interpretação gramatical e literal do artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006 é infinitamente mais restrita que a interpretação sistemática.

O artigo 44 da LC 123/06 teve interpretação autêntica pelo próprio estatuto da ME/EPP, considerando o mencionado **empate como uma ficção para que se assegure a afetiva apresentação economicamente mais vantajosa à administração pública**. Ou seja, uma "chance a mais" para a ME/EPP apresentar proposta mais vantajosa ao poder público.

Em nenhum momento a referida lei complementar estabelece uma preferência pela simples razão de ser ME/EPP em detrimento da vantajosidade a ser buscada pela administração pública.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CRISTAIS PAULISTA
DO DE SÃO PAULO
União, transparência e Trabalho

Nesse diapasão é o artigo 49, II da mesma LC 123/06:

*"Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta
Lei Complementar quando:
(...)*

*III - o **tratamento diferenciado e simplificado para as
microempresas e empresas de pequeno porte não for
vantajoso para a administração pública** ou representar
prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser
contratado;"*

Nesse sentido é o parecer da Superintendência Regional da Receita Federal (10ª Região Fiscal),
no sentido que na hipótese de empate real (não o ficto) deve haver sorteio entre **todos** os
licitantes.

O parecer destacou:

*"Em vista do exposto, conclui-se que havendo o **empate
real** (não ficto) entre a proposta de uma microempresa e
a oferta de uma grande empresa, a microempresa não
será de plano considerada vencedora. Cumpre à
Administração convocá-la para exercer o direito de
preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06 e
oferecer lance inferior. Se nenhuma licitante beneficiada
por esse direito exercer essa prerrogativa, **o desempate
deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, o que,
via de regra, exigirá o sorteio"***



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CRISTAIS PAULISTA
DO DE SÃO PAULO
União, transparência e Trabalho

O mesmo parecer foi exarado pela Câmara de Vereadores de Descalvado (SP), citando o TCE-SC em caso idêntico:

*"Nesse diapasão, constata-se que, quando o objeto licitatório for a **contratação de fornecimento de vale alimentação, e o edital prever a proibição de taxa negativa, não se pode aplicar as hipóteses de preferências contidas na LC 123/06, senão sempre será vencedora uma ME/EPP.** Com a proibição de apresentação de taxa negativa ocorrerá o empate na taxa mínima admitida de 0% (zero por cento), impossibilitando a apresentação de proposta de valor inferior pelas ME/EPP. **Assim, conclui-se que, no caso de proibição de apresentação de taxa de administração negativa, o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes o sorteio deverá ocorrer entre todas as empresas licitantes não se aplicando as regras da LC123/06, sob pena de isonomia e competitividade do certame"***

Retornando-se ao artigo 49 da LC 123/2006, acima transcrito, segundo o qual o referido tratamento diferenciado para MEs e EPPs **poderão ser dispensados se não for vantajoso para Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contrato**, cita-se decisão do TCE-SP nesse sentido:

"Ainda sobre essas disposições do Estatuto das Micro e Pequenas empresas que passaram a vigorar a partir das



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CRISTAIS PAULISTA
DO DE SÃO PAULO
União, transparência e Trabalho

alterações do ano de 2014 (LCF nº 147/14), pelo art. 48, III, c.c. o art. 49, III, da LCF nº 123/06, ficou estabelecido que "deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte" (g.n.), o que não se aplica caso "o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado" (proc. 00012858.989.16-3. Tribunal Pleno – Seção Municipal. Seção: 3/8/2016. Conselheiro substituto: Valdenir Antônio Polizeli).

Com a devida *vênia*, a preferência estabelecida no artigo 44 da LC 123/06 deve ser interpretada em conjunto com seus respectivos incisos, com o artigo 45 e, também, com o artigo 49, III, todos da mesma lei, levando-se em conta que tal preferência somente será aplicada se for vantajoso para a administração pública.

A ausência de vantajosidade acarretará a aplicação de outros critérios de desempate, **inclusive o sorteio previsto no art. 45 e no art. 3º, §2º, ambos da Lei Federal nº 8.666/93**. Veja-se que tal critério restou expressamente insculpido no edital de licitação, **conforme cláusula 10.8**.

Em resumo: a interpretação meramente literal da Lei Complementar nº 123/06 transformaria a referida preferência **em mero privilégio** das empresas de menor porte **ao arrepio de outros princípios fundamentais para a administração pública, tais como a competitividade e a vedação ao enriquecimento sem causa**.



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CRISTAIS PAULISTA
DO DE SÃO PAULO
União, transparência e Trabalho

A preferência é uma ficção que assegura a ME/EPP uma chance a mais em relação às demais empresas do mercado e **não um critério que suplantaria a necessidade de oferta efetivamente vantajosa para a administração pública.**

Por esta razão, **opino pelo não provimento do recurso interposto.**

Por fim, restaram prejudicados os pedidos relacionados nos itens "b" e "c", haja vista que a classificação fiscal das empresas licitantes, de forma correta, não deveria mesmo ter sido considerada para fins do procedimento de sorteio então realizado, nos moldes da fundamentação supramencionada.

3.2 - VEROQUEQUE REFEIÇÕES LTDA

A recorrente alega, em resumo, que: (a) haveria ilegalidade no sorteio realizado no procedimento licitatório sob análise, uma vez que a Lei Complementar nº 123/2006 garantiria a preferência na contratação das microempresas e empresas de pequeno porte, no caso de empate das propostas; (b) a empresa Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda, também participante do pregão em epígrafe, não faria jus ao enquadramento fiscal de empresa de pequeno porte - EPP, razão pela qual deveria ser excluída de eventual sorteio entre as empresas que se inserem nos benefícios da LC nº 123/2006.

Diante de tais questionamentos, opina-se pelo **não provimento do recurso,** remetendo-se o leitor à fundamentação delineada no item anterior.

3.3 - ROM CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA

A recorrente alega, em resumo, que: (a) haveria ilegalidade no sorteio realizado no procedimento licitatório sob análise, uma vez que a Lei Complementar nº 123/2006 garantiria a



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CRISTAIS PAULISTA
DO DE SÃO PAULO
União, transparência e Trabalho

preferência na contratação das microempresas e empresas de pequeno porte, no caso de empate das propostas.

Diante de tais questionamentos, opina-se pelo **não provimento do recurso**, remetendo-se o leitor à fundamentação delineada no item 3.1.

4 - DO CARÁTER DO PARECER

Este parecer é meramente opinativo e tem como premissa apenas orientar o gestor público, sob a ótica exclusivamente jurídica, quanto à tomada de decisões atinentes à Administração Municipal. Assim, são opiniões técnico/jurídicas que não vinculam o ato administrativo. É o parecer.

Cristais Paulista, 21 de agosto de 2023.

FRED WILSON BUENO

Procurador Jurídico