



PREGÃO PRESENCIAL Nº 07/2023 - PROCESSO Nº 3765/2023

DELIBERAÇÃO

O pregoeiro da Câmara Municipal de Jundiaí, designado pela Portaria nº 4488/2023, usando de suas atribuições legais;

Considerando a impugnação quanto aos termos do edital do Pregão Presencial nº 07/2023, apresentadas pela empresa IFOOD BENEFÍCIOS E SERVIÇOS LTDA.;

Considerando a análise jurídica, conforme Parecer nº 1001 (anexo);

Considerando a conclusão da análise jurídica pelo não acolhimento integral da impugnação ofertada pela empresa IFOOD BENEFÍCIOS E SERVIÇOS LTDA.;

DELIBERA:

- a) Pelo não acolhimento total da impugnação ofertada pela IFOOD BENEFÍCIOS E SERVIÇOS LTDA.;
- b) Por manter inalterado os termos do edital do Pregão Presencial nº 07/2023, sendo mantido o prazo para a entrega e protocolo dos envelopes até o dia **12/07/2023, às 09:00 horas**, ocorrendo a sessão pública dos trabalhos no mesmo dia e horário;
- c) fica estabelecido que esta deliberação seja publicada na Imprensa Oficial do Município de Jundiaí e no site <http://www.jundiai.sp.leg.br> para conhecimento de todos os interessados.

Jundiaí, 05 de julho de 2023.

PEDRO H. O. FERREIRA

Pregoeiro

Assinado digitalmente
por PEDRO HENRIQUE
OLIVEIRA FERREIRA
Data: 05/07/2023 14:16





PROCURADORIA JURÍDICA

Parecer nº 1001

Consultante: Chefe de Administração de Bens e Serviços

Assunto: Impugnação ao edital do Pregão 07/2023 (Processo: 3765/2023)

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL 07/2023.
CRITÉRIO DE DESEMPATE. PREFERÊNCIA
ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE. PRINCÍPIO DA ORDEM
ECONÔMICA. DEVER CONSTITUCIONAL
E LEGAL. ISONOMIA MATERIAL.

1. RELATÓRIO

Trata-se de impugnação ao edital do pregão em epígrafe que, em muito, repete as razões da impugnação administrativa apresentada pela licitante Le Card Administradora de Cartões LTDA, em face do edital do Pregão 03/2023, que também estabelecia preferência à contratação de ME e EPP, seja o empate real ou ficto, ocasião em que a atual impugnante (IFOOD BENEFÍCIOS E SERVIÇOS LTDA) participou do certame e não impugnou o referido edital, razão pela qual ratificam-se os argumentos do Parecer nº 819/2023 desta Procuradoria, haja vista não ter havido fato novo suficientemente forte para infirmar as justificativas adotadas.

Em síntese, é o relatório. Passa-se a opinar estritamente sobre os aspectos jurídicos da questão posta.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.1 – Da preferência às microempresas e empresas de pequeno porte

Inicialmente, destaca-se que o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte é um dever constitucional e legal imposto à Administração, a teor do Art. 170, IX da Constituição e do Art. 5º – A da Lei nº 8.666/93.





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.

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

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

§ 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. (Grifo).

A controvérsia cinge-se aplicação do direito de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, mormente quanto à sua aplicação ao empate real e ficto, de modo que a impugnação argumenta pela impossibilidade de ser dada preferência as MEs e EPPs em caso de empate real, restringindo tal critério ao empate ficto, o que, com todo respeito, não encontra substrato legal ou lógico.

Argumenta a impugnante que a legislação de regência não traz qualquer disciplina para aplicação do empate real.

Todavia, tal argumento não corresponde à realidade, uma vez que o dispositivo legal citado pela própria empresa impugnante traz a definição de empate contemplando o empate real, posto que 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.

Ora, por excelência, a situação em que as propostas apresentadas sejam iguais é uma situação de empate real e não ficto.

Logo, seja ficto ou real o empate, assegura-se o direito de preferência nos termos do *caput* do Art. 44.





No caso em tela, a vedação à taxa negativa decorre de imposição do TCE/SP, conforme paradigma TC-9245.989.22-3, bem como da aplicação das regras estabelecidas no Programa de Alimentação do Trabalhador que proíbe a oferta de taxa de administração negativa, corroborando com o cadastro por todas as licitantes, de taxa 0%, impossibilitando assim, qualquer outra oferta de lances, conforme exposto pela impugnante.

Diante disso, prevalecendo o empate entre os licitantes, à preferência à ME ou EPP é dever constitucional, máxime porque a Administração não pode conferir interpretação restritiva a direito fundamental, como o fez a empresa impugnante, posto que os direitos fundamentais interpretam-se ampliativamente.

Veja-se que a Lei Complementar nº 123/2006, em seu artigo 44 e seguintes destrincha o favorecimento às MEs e EPPs em caso de empate ficto, haja vista que, por óbvio, se o empate for real, a preferência decorre do próprio *caput* do Art. 44, o qual não fez qualquer distinção entre empate real e ficto, sendo certo que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.

Frise-se que, ante a imposição de vedação à taxa negativa, a interpretação adotada pela impugnante tolhe das MEs e EPPs o direito de preferência que lhes é constitucionalmente assegurado, haja vista que pela própria situação de mercado e pelo estado de fato da legislação e jurisprudência aplicável, não há hipótese de empate ficto, de modo que, necessariamente, o empate será real, razão porque o direito de preferência deve ser assegurado nos termos do *caput* do Art. 44 exposto supra, de modo que não procede a alegação de falta de vantajosidade na contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Ao intérprete, portanto, não é dado interpretar a legislação de forma estanque, estática e isolada, cabendo, ao revés, adotar a interpretação que contemple todos os diplomas legais que regem a matéria, sobretudo conferindo interpretação que privilegie a máxima efetividade dos preceitos constitucionais, harmonizando o substrato fático do caso em tela com a Constituição Cidadã, concebida como um todo unitário, a qual assegura não só o tratamento diferenciado, mas também favorecido às MEs e EPPs, afinal a isonomia consagra-se pelo seu viés material e não meramente formal.

Logo, não se verifica violação à isonomia, posto que prevalece amplamente na doutrina e jurisprudência o princípio da igualdade material, tratando-se igualmente os iguais e designativamente os desiguais na medida de sua desigualdade. Bem como, não há violação da





legalidade, mormente pelo disposto no Art. 5º – A da Lei nº 8.666/93 retromencionado e já explicado cabalmente.

Inclusive, ressaltamos que não se criou qualquer critério de desempate não previsto em lei, muito pelo contrário, aplicou-se o critério legal (sorteio) em cotejo e observância ao dever constitucional de tratamento diferenciado e favorecido às MEs e EPPs, o que comprova a observância do princípio do julgamento objetivo.

Ademais, se a lei estabelece preferência à ME e EPP quando há empate ficto, ou seja, uma ficção jurídica para fins de garantir o direito fundamental dessas empresas conforme Artigo 170 da CF, com mais razão ainda deve ser aplicado tal critério em caso de empate real, máxime com base no Art. 5º da Lei nº 8.666/93, de modo que não é lógico aplicar o critério de desempate em favor das MEs e EPPs quando o empate for ficto e não o aplicar quando o empate for real.

No mesmo sentido é a jurisprudência do TCE/SP:

No mérito, **consoante posição uniforme dos órgãos atuantes no feito, a representação é improcedente.** De início, impende consignar que, configurando-se o chamado “empate real/próprio”, situação passível de ocorrer em razão da vedação editalícia à oferta de taxa de administração negativa, com conseqüente possibilidade de apresentação de “taxa zero” por todas as interessadas, o subitem 8.12.2.2. **do ato de chamamento estipula a aplicação do direito de preferência às micro e pequenas empresas em detrimento das demais com as quais tenha empatado, nos moldes do artigo 3º, § 14º, da Lei n. 8.666/19936 e sem necessidade de realização do sorteio. Essa previsão impugnada, nos moldes do parecer do Ministério Público de Contas, está em consonância com o artigo 44 da Lei Complementar n.º 123/20068 e com o tratamento favorecido fixado no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal**⁹, tal como já decidido por esta Corte em Sessão Plenária de 15/02/2023, nos autos dos TC-001304.989.23-9 e TC-001305.989.23-8, em voto de relatoria do e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, cujo excerto é de oportuna transcrição: Inexiste motivo para dissentir das conclusões expostas na instrução dos autos. **De rigor a observância dos benefícios constitucionais e legais instituídos às micro e pequenas empresas, com a conseqüente manutenção do**





dispositivo editalício que assegura a seleção tão somente dessas sociedades para desempate em caso de igualdade de propostas entre as licitantes. Também assiste razão à defesa da municipalidade ao defender a incidência do artigo § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 na hipótese de empate das ofertas comerciais entre empresas de maior porte, não sujeitas às regras da Lei nº 123/06. Permanecendo a igualdade, haverá a sucessiva aplicação do artigo 45, §2º, da citada Lei de Licitações, consoante, aliás, expressamente nele disciplinado. (TC-001648.989.23-4. TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 1º/03/2023). (Grifo).

Equivoca-se a empresa impugnante, outrossim, ao sustentar que o sorteio deve ser feito entre todos os classificados sem distinção, pois, além de tal interpretação ferir direito constitucional assegurado às MEs e EPPs, consoante exhaustivamente já explicado, é decorrência lógica que o sorteio, enquanto critério de desempate, seja feito entre os licitantes empatados.

Veja-se, que o que a legislação de regência trazida pela impugnante estabelece é o dever de se realizar sorteio, em ato público, para o qual para o qual todos os licitantes serão convocados (Art. 45, §2º).

Seja qual for o método interpretativo adotado, está expresso na legislação que os licitantes são convocados para o ato público em que realizar-se-á o sorteio, não havendo qualquer menção de que o sorteio far-se-á entre todos os convocados. Muito pelo contrário, o critério de desempate aplica-se, obviamente, apenas aos empatados e, pelas peculiaridades do caso em tela, é imperioso harmonizar tal dispositivo com a garantia do direito de preferência às MEs e EPPs.

Outrossim, a alegação de primar por sorteio entre todos os licitantes, violando o dever de preferência já explicado, não traz maior competitividade para o certame, apenas se afigura mais vantajoso ao interesse particular da impugnante, o que não se coaduna com o interesse público perseguido no certame, haja vista que não há restrição à participação de licitantes específicos, a impugnação, inclusive, trata de fase muito à frente do certame (fase de desempate), o que denota, de forma sumária, que não subsiste a alegação de violação da ampla competitividade.

Assim como, a contratação da proposta mais vantajosa perpassa, necessariamente, pelo cumprimento da legislação de regência, de modo que, havendo empate, seja ele real ou ficto, aplicar





qualquer critério de desempate que não seja à preferência a tais empresas configura, isso sim, ilegalidade.

Portanto, não assiste razão ao impugnante, motivo pelo qual opina-se pelo indeferimento da impugnação, já que, nos termos do Art.49, III da LC nº 123/06, não se aplicará a preferência quando 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, o que não restou demonstrado e nem pode ser deduzido pela simples caracterização da concorrente como ME ou EPP.

Logo, não prosperam as alegações formuladas pela recorrente, motivo pelo qual opina-se pelo seu indeferimento.

4. CONCLUSÕES

Ante o exposto, constata-se, opinativamente, que:

a) Não assiste razão à impugnante, recomendando-se a manutenção da previsão editalícia, uma vez que não foram verificadas ilegalidades.

Eis o parecer, submetido à consideração da autoridade superior.

Jundiaí, 05 de julho de 2023

Hiago Ferreira C. E. Vieira
Procurador Jurídico

João Paulo M. D. de Castro
Procurador Jurídico

Gabriela Hapuque S. Silva
Estagiária de Direito

Assinado digitalmente por
HIAGO FERREIRA
COVO EVANGELISTA
VIEIRA
Data: 05/07/2023 13:43



Assinado digitalmente por
JOAO PAULO MARQUES
DOMINGUITO DE
CASTRO
Data: 05/07/2023 13:46

