



# CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO

Estado de São Paulo

*Prédio "Casa de Leis Vereador José Ramos"*

Rua Manoel Fogaça, 805, – Centro – São Miguel Arcanjo – SP

CEP 18230-000 – Fone/Fax (15) 3279 1986/1815

contratos@camarasma.sp.gov.br / [www.camarasma.sp.gov.br](http://www.camarasma.sp.gov.br)

## PREGÃO PRESENCIAL Nº 01/2023

### AVISO DE REVOGAÇÃO

A **CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL ARCANJO**, inscrita no CNPJ sob o nº 67.360.701/0001-02, com sede Rua Manoel Fogaça, nº 805, Centro - 18230-000, por intermédio do Presidente da Câmara Municipal, **Cláudio Miguel Ferreira Filho**, considerando a R. Decisão do E-TCESP anexa, torna pública a **REVOGAÇÃO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº 1/2023**, para melhores estudos, aprimoramento e elaboração de edital adequado à contratação de empresa de fornecimento de vale alimentação via cartão.

**Publique-se.**

Câmara Municipal de São Miguel Arcanjo, 4 de agosto de 2023.

**Cláudio Miguel Ferreira Filho**  
Presidente da Câmara Municipal



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



**ACÓRDÃO**

**EXAME PRÉVIO DE EDITAL**

**Processo:** TC-012996.989.23-2.

**Representante:** Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda.

**Advogado:** Rafael Prudente Carvalho Silva, OAB/SP nº 288.403.

**Representada:** Câmara Municipal de São Miguel Arcanjo.

**Responsável:** Cláudio Miguel Ferreira Filho (Presidente).

**Advogados:** Robson Rodrigo Betzler, OAB/SP nº 390.948 e Roberta Barboza Santos, OAB/SP nº 444.262.

**Assunto:** Representação contra o Edital do Pregão Presencial nº 01/2023, da Câmara de São Miguel Arcanjo, que objetiva a contratação de serviços continuados de administração e fornecimento de vale-alimentação, na forma de cartões eletrônicos com chip.

**EMENTA:** EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREVISÃO DE BENEFÍCIO À MICRO E PEQUENA EMPRESA NA HIPÓTESE DE EMPATE DE PROPOSTAS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. INVIABILIDADE MOMENTÂNEA DE UTILIZAÇÃO DO CADASTRO UNIFICADO DO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, PENDÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DO CRITÉRIO DE DESEMPATE DE AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO PRÉVIO DOS LICITANTES. PROCEDÊNCIA.

Vistos, relatados e discutidos os autos.

**Acorda** o E. Tribunal Pleno, em Sessão de 19 de julho de 2023, pelos votos da Conselheira Cristiana de Castro Moraes, Relatora, dos



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



Conselheiros Antonio Roque Citadini, Edgard Camargo Rodrigues, Renato Martins Costa, Robson Marinho e Dimas Ramalho, na conformidade das correspondentes notas taquigráficas, julgar **procedente** a Representação tratada no Processo TC-012996.989.23-2.

Em se tratando de procedimento eletrônico, na conformidade da Resolução nº 01/2011, o relatório e voto, bem como a Representação e demais documentos que compõem os autos poderão ser consultados, mediante regular cadastramento, no Sistema de Processo Eletrônico – e-TCESP, na página [www.tce.sp.gov.br](http://www.tce.sp.gov.br).

Presente a Dra. Letícia Formoso Delsin Matuck Feres, DD.  
Representante do Ministério Público de Contas.

Publique-se.

São Paulo, 19 de julho de 2023.

**SIDNEY ESTANISLAU BERALDO**  
**Presidente**

**CRISTIANA DE CASTRO MORAES**  
**Relatora**

GC.CCM-01



**MÉRITO**

**TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 19/07/2023**  
**EXAME PRÉVIO DE EDITAL**  
**SEÇÃO MUNICIPAL**

**Processo:** TC-012996.989.23-2.

**Representante:** Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda.

**Advogado:** Rafael Prudente Carvalho Silva, OAB/SP nº 288.403.

**Representada:** Câmara Municipal de São Miguel Arcanjo.

**Responsável:** Cláudio Miguel Ferreira Filho (Presidente).

**Advogados:** Robson Rodrigo Betzler, OAB/SP nº 390.948 e Roberta Barboza Santos, OAB/SP nº 444.262.

**Assunto:** Representação contra o Edital do Pregão Presencial nº 01/2023, da Câmara de São Miguel Arcanjo, que objetiva a contratação de serviços continuados de administração e fornecimento de vale-alimentação, na forma de cartões eletrônicos com chip.

**Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhora Procuradora do Ministério Público de Contas,**

Examina-se neste feito a Representação formulada pela empresa Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda. contra o Edital do Pregão Presencial nº 01/2023, da Câmara Municipal de São Miguel Arcanjo, que objetiva a contratação de serviços continuados de administração e fornecimento de vale-alimentação, na forma de cartões eletrônicos com chip.

Em resumo, a representante reclama da ausência de previsão de realização de sorteio apenas com empresas beneficiárias da Lei Complementar nº 123/06, no caso de empate de propostas.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



E bem assim, passa a discorrer sobre as previsões do referido diploma legal, no que concerne ao empate ficto, e suas aplicações em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, que também incidem nas hipóteses de empate real.

Nestes termos, considerando a grande possibilidade de empate de propostas que oferecerão taxa de administração igual a zero, entende que deve ser aplicado o critério de desempate por sorteio, conforme previsão do §2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, limitado às licitantes ME e EPP.

Relata que, em resposta a questionamento administrativo em relação a esse assunto, a Câmara de São Miguel Arcanjo refutou a aplicação da Lei Complementar nº 123/06 no caso de haver empate entre propostas, conforme parecer de sua Procuradoria Legislativa.

Prossegue destacando entendimento jurisprudencial acerca do assunto, o qual ampara sua conclusão pela necessidade do exercício de direito de preferência na legislação citada.

Finaliza requerendo a adoção de medida liminar no sentido da suspensão do certame, com posterior determinação de correção no ponto impugnado, com a reabertura de prazo para formulação de propostas.

Na análise preliminar da matéria, verificou-se que, entre os critérios de desempate previstos para o caso de igualdade real, o subitem 8.21.2<sup>1</sup> se baseia, unicamente, para aferir o desempenho prévio das licitantes, na apresentação de atestado de execução anterior.

Ocorre que regramento nesse sentido já foi alvo de análise por este Tribunal Pleno na Sessão de 17/05/2023, referente aos Processos TC-006679.989.23-6, TC-006709.989.23-0 e TC-006716.989.23-1, de minha

---

<sup>1</sup> 8.21.2. Segundo: avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes. Neste caso, os licitantes deverão apresentar 1 (um) atestado ou mais atestados que demonstrem aptidão para a prestação de serviço execução de serviços de fornecimento de benefícios mediante cartão de pagamento. A cada mês completo, será computado 1 ponto ao licitante.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



relatoria, ocasião em que se entendeu ser inaplicável tal critério, diante da ausência de regulamentação específica do registro cadastral unificado.

Nessas circunstâncias, nos termos do artigo 221 e seguintes de nosso Regimento Interno, foi assinado à autoridade responsável pelo certame o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que fizesse juntar aos autos cópia completa do edital impugnado, acompanhada das justificativas quanto à impropriedade aduzida na inicial, bem como acerca do critério de desempate destacado.

Determinou-se, ainda, a suspensão da licitação até ulterior decisão acerca da matéria.

Notificada, a Administração representada compareceu aos autos trazendo a documentação requerida, bem como os esclarecimentos que entendeu pertinentes.

Na peça apresentada, a defesa inicia por afirmar que a interpretação da representante sobre a aplicação do caput do artigo 44 da Lei Complementar nº 123/06, no caso de igualdade real, é distorcida e ilegal, sendo que o empate ficto previsto na referida norma foi disciplinado nos itens 8.14 a 8.19 do instrumento.

Sobre o critério de desempate estabelecido no ato convocatório, defende que, apesar de não estar regulamentado o registro cadastral prévio, estabelecido no inciso II do artigo 60 da Lei nº 14.133/2021, não havendo disciplina sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas, considera que não deve prevalecer o entendimento desta Corte no precedente assinalado no Despacho inicial.

E bem assim, registra que o edital estabeleceu, de forma objetiva e sem restrição à concorrência, critério de avaliação com base no indigitado dispositivo da Nova Lei de Licitações, com avaliação do desempenho contratual prévio das licitantes, por meio da apresentação de atestados que demonstrem a aptidão para prestação e execução de serviço de fornecimento de benefício mediante cartão de pagamento, à razão de um ponto computado a



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



cada mês completo executado, conforme o Ato nº 13/2023 daquele Legislativo, que está anexo ao edital.

Conclui requerendo uma decisão favorável aos termos do edital, que permita o seguimento do certame.

Manifestando-se sobre a matéria, a Assessoria Técnica, sob o enfoque Jurídico, respectiva Chefia, Ministério Público de Contas e Secretaria Diretoria-Geral firmam posição pela procedência da Representação intentada.

É o relatório.

GC.CCM-01



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



**TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 19/07/2023**

**EXAME PRÉVIO DE EDITAL**

**SEÇÃO MUNICIPAL**

**Processo:** TC-012996.989.23-2.

**Representante:** Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda.

**Advogado:** Rafael Prudente Carvalho Silva, OAB/SP nº 288.403.

**Representada:** Câmara Municipal de São Miguel Arcanjo.

**Responsável:** Cláudio Miguel Ferreira Filho (Presidente).

**Advogados:** Robson Rodrigo Betzler, OAB/SP nº 390.948 e Roberta Barboza Santos, OAB/SP nº 444.262.

**Assunto:** Representação contra o Edital do Pregão Presencial nº 01/2023, da Câmara de São Miguel Arcanjo, que objetiva a contratação de serviços continuados de administração e fornecimento de vale-alimentação, na forma de cartões eletrônicos com chip.

**EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREVISÃO DE BENEFÍCIO À MICRO E PEQUENA EMPRESA NA HIPÓTESE DE EMPATE DE PROPOSTAS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. INVIABILIDADE MOMENTÂNEA DE UTILIZAÇÃO DO CADASTRO UNIFICADO DO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, PENDÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DO CRITÉRIO DE DESEMPATE DE AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO PRÉVIO DOS LICITANTES. PROCEDÊNCIA.**

**Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhora Procuradora do Ministério Público de Contas,**

**Inicialmente,** solicito referendo para os atos preliminares praticados no sentido da requisição de documentos e justificativas à Câmara Municipal representada, e determinação de suspensão do certame e propondo





**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



o recebimento da matéria como Exame Prévio de Edital.

**Quanto ao mérito**, faz-se de rigor começar registrando que o certame em questão é regido pela nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), conforme previsão do edital, sendo pautada a verificação de conformidade do instrumento a partir dessa legislação, não incidindo, assim, as regras da Lei nº 8.666/93.

Além desse pressuposto legal, é necessário enfatizar aspectos práticos que vêm incidindo sobre certames análogos, que objetivam serviços continuados de administração e fornecimento de vale-alimentação, sobretudo após o advento da Lei nº 14.442/2022<sup>2</sup>, que, dentre outras disposições, vedou às pessoas jurídicas beneficiárias o recebimento ou exigência de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado. Em outras palavras, obistou a operação do serviço mediante taxa de administração negativa em favor do contratante.

Com efeito, a experiência de análise de licitações da espécie tem nos mostrado que essa vedação acarreta o oferecimento de taxa de administração igual a zero por todas as proponentes, sendo inevitável o empate entre elas, o que tem tudo para acontecer na situação vertente.

Daí a relevância dos critérios de desempate previstos na novel legislação que disciplina as licitações públicas.

A esse respeito, o inciso II do artigo 60 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a seguinte sistemática:

*Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:*

*I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;*

*II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;*

*III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;*

<sup>2</sup> Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



*IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.*

*§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:*

*I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;*

*II - empresas brasileiras;*

*III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;*

*IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.*

*§ 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.*

Como se observa, a nova lei traz critérios próprios para superar situações de empate entre propostas, sendo de relevo anotar a aplicabilidade, nos termos do §2º do dispositivo acima transcrito, dos benefícios atribuídos às micro e pequenas empresas nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, a saber:

*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.*

*§ 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:*

*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.*



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



§ 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.

No caso específico da licitação em apreço, que é regulada pela Nova Lei de Licitações, ao disciplinar as hipóteses de empate de propostas, o ato convocatório estabeleceu regras próprias para situações de empate ficto (LC 123/06) e de empate real (Lei nº 14133/2021):

*Do empate ficto – se cabível (ME/EPP – LC 123/2006, art. 44)*

8.14. Será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, na forma seguinte.

8.15. Entende-se por empate aquelas situações em que os preços apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% (cinco por cento) superiores ao melhor preço apresentado; (LC nº 123, art. 44, § 2º).

8.16. A microempresa ou empresa de pequeno porte cuja proposta for mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da fase de lances, no prazo máximo de 5 minutos, situação em que sua proposta será declarada a melhor oferta; (LC nº 123, art. 45, inc. I). Caso a proposta considerada vencedora da fase de lances tenha ofertado taxa 0 (zero) e a ME/EPP também apresentar esta taxa (empate real), seguirá o critério de desempate previsto no art. 60, da Lei 14.133, de 2021 e regulamentado no Ato 13, de 2023 e neste Edital.

8.17. Se houver equivalência dos valores das propostas apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem no intervalo estabelecido no subitem 8.15, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá exercer a preferência e apresentar nova proposta. (LC nº 123, art. 45, inc. III)

8.18. Caso a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada não exercer seu direito de cobertura da proposta de menor valor, serão convocadas as remanescentes que se enquadrarem no limite disposto no item 8.15, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito. (LC nº 123, art. 45, inc II)

8.19. O exercício do direito de preferência somente será aplicado quando a melhor oferta da fase de lances não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte

*Do empate real (Lei 14.133, de 2021, art. 60)*

8.20. Respeitada a fase de desempate anterior, se aplicável (empate ficto), o empate entre as propostas será resolvido conforme o art. 60 da Lei 14.133, de 2021, do regulamentado no Ato 13, de 2023 da Mesa Diretora e neste Edital.

8.21. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem (art. 60 da Lei 14.133, de 2023):



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



8.21.1. *Primeiro: disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação.*

8.21.2. *Segundo: avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes. Neste caso, os licitantes deverão apresentar 1 (um) atestado ou mais atestados que demonstrem aptidão para a prestação de serviço execução de serviços de fornecimento de benefícios mediante cartão de pagamento. A cada mês completo, será computado 1 ponto ao licitante.*

8.21.3. *Terceiro: desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamentado no Ato da Mesa nº 13, de 2023. Acesso à íntegra do Ato no Anexo XI.*

8.21.4. *Quarto: desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme regulamentado no Ato da Mesa nº 13, de 2023. Acesso à íntegra do Ato no Anexo XI.*

8.21.5. *Quinto: preferência de contratação de empresas estabelecidas no Estado de São Paulo.*

8.21.6. *Sexto: empresas brasileiras.*

8.21.7. *Sétimo: empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;*

8.21.8. *Oitavo: empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.*

8.21.9. *Nono: ultrapassados todos os critérios do art. 60, da Lei nº 14.133, de 2021 e ainda pendente empate, será realizado sorteio, em respeito aos princípios da impessoalidade, da igualdade e do julgamento objetivo, previstos no art. 5º da NLL.*

A despeito do regramento legal, com reflexo nos termos do edital, acredito que as particularidades do objeto em questão possuem nuances que demandam uma análise mais pormenorizada no que tange à subsunção da situação fática à regra posta.

Como já observado, em virtude da impossibilidade do oferecimento de taxa negativa pelas interessadas, conforme previsão da Lei nº 14.442/2022, torna-se inevitável que as propostas empatem em percentual igual a zero, extraíndo-se dessa situação algumas decorrências.

Primeiro, no que concerne à disputa de propostas oferecidas por ME ou EPP e outro licitante comum, não há como estabelecer uma diferenciação entre empate ficto e empate real para efeito de aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/06, uma vez que o respectivo cálculo de equiparação em relação aos outros concorrentes (5% no pregão e 10% nas demais modalidades) teria de partir do oferecimento de uma taxa negativa por parte de uma dessas entidades, o que não é admitido pela legislação, tornando qualquer empate real.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



Por conseguinte, resta afasta da hipótese de refazimento ou melhora de proposta pela ME ou EPP, prevista nos incisos I a III do artigo 45 da referida Lei Complementar, acima transcrito.

De outra parte, ocorrendo o empate entre propostas oferecidas por outras empresas, em comparação com aquelas ofertadas por ME e EPP, deve ser dado preferência a estas.

A meu ver, a ordem econômica estabelecida na Constituição Federal consagrou o entendimento de que o desenvolvimento do País passa por incentivo ao pequeno empreendedorismo, representado por essas pessoas jurídicas, tanto que estabeleceu em capítulo próprio regramento dispondo nesse sentido, o qual serve de base para toda legislação, orientando também a atuação estatal.

Nesse sentido, dispõe o inciso IX do artigo 170 do diploma maior:

**TÍTULO VII**  
**DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA**  
**CAPÍTULO I**

**DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA**

*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.*

Aperfeiçoada pela Emenda nº 06/1995, essa orientação é significativa da compreensão de importância na ordem econômica, elevando-a a princípio norteador e vinculante a ser seguido.

Em um mesmo sentido, segue o artigo 179 da Constituição:

*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.*

Por esse motivo, numa situação como a presente, em que parece inafastável a igualdade de preços, a incidência dos princípios constitucionais ao



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



caso concreto, apontam para a aplicação da preferência neles autorizados, não havendo que se falar em quebra de isonomia, uma vez que o tratamento privilegiado é assegurado pela Constituição.

Prosseguindo, havendo empate entre propostas oferecidas por duas ou mais microempresas ou EPP's, o que é uma hipótese provável, deve haver um sorteio entre elas, mesmo porque não há como aplicar os outros critérios estabelecidos na Lei nº 123/06.

Nesse particular, possui incidência sobre a matéria os princípios estabelecidos no artigo 5<sup>o</sup> da Nova Lei de Licitações, em especial a impessoalidade que deve orientar todo o procedimento.

Por esses motivos, revela-se procedente o reclamo aduzido na inicial.

No tocante ao desempate entre propostas oferecidas por empresas não qualificadas como ME'e ou EPP's, penso que pode ser aplicado, com algumas exceções, o regramento trazido a partir do item 8.21 do edital, que possui lastro em ato regulamentatório da Lei nº 14.133/2021, expedido pelo órgão promotor da disputa (Ato nº 13/2023).

As ressalvas que faço a esse respeito começam pela inaplicabilidade de nova apresentação de propostas pelos licitantes empatados (subitem 8.21.1), tendo em vista a impossibilidade da taxa negativa, o que redundaria em ofertas com taxa de administração zero.

De igual forma, no tocante ao segundo critério, previsto no subitem

8.21.2, o qual foi objeto de questionamento, por ocasião do despacho inicial que determinou a suspensão do certame, considero que não deve subsistir no

---

<sup>3</sup> Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Grifei



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



texto editalício, cujo desempate se baseia na aferição do desempenho prévio das licitantes, unicamente por meio da apresentação de atestado de execução anterior.

Em julgado anterior, esta Casa considerou que no momento não é possível empregar em sua inteireza o inciso II do referido artigo 60<sup>4</sup> da nova Lei de Licitações, conforme decisão do Tribunal Pleno na Sessão de 17/05/2023, referente aos Processos TC-006679.989.23-6, TC-006709.989.23-0 e TC-006716.989.23-1, de minha relatoria.

Naquela ocasião, entendeu-se que a Lei Federal n.º 14.133/2021 cataloga o registro cadastral unificado no Portal Nacional de Contratações Públicas no rol de instrumentos auxiliares das licitações (artigos 78, inciso V, e 87<sup>5</sup>), prevendo a verificação do cumprimento das obrigações dos licitantes nos §§ 3º e 4º do artigo 88:

§ 3º A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.

§ 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

<sup>4</sup> Art. 60. *Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:*

(...)

*II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;*

<sup>5</sup> Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



Com efeito, estando esse cadastro unificado ainda pendente de regulamentação<sup>6</sup>, existe impedimento para sua utilização por parte do legislativo em questão.

Isso porque o dispositivo em apreço menciona que a consulta a esses registros é preferencial, abrindo margem, em tese, para que se faça o desempate de outro modo, “a avaliação do desempenho prévio dos licitantes”.

No entanto, observa-se que, nos termos do transcrito § 3º do artigo 88, essa verificação da performance visa avaliar a atuação do

<sup>6</sup> No Acórdão n.º 2852/2021 – Plenário, o TCU acolheu a proposta da unidade técnica (Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas) para encaminhar cópia da manifestação à Câmara de Deputados e Senado Federal, em razão de possível inviabilidade de regulamentação sem alteração da Lei Federal n.º 14.133/2021. Confira-se trecho do pronunciamento técnico acolhido:

**“6. MANIFESTAÇÃO DA SEGES/ME ACERCA DO REGISTRO CADASTRAL UNIFICADO**

6.1. Ao apresentar a resposta relativa ao Ofício de Requisição 2-170/2021, a Seges/ME incluiu, no texto, ponderação de grande relevância, com possível impacto negativo para a implementação do PNCP (peça 27, p. 3).

6.2. Trata-se da previsão do Sistema de Registro Cadastral Unificado, uma das funcionalidades a ser incorporada ao PNCP, consoante prevê o inciso I do § 3º do art. 174 da Lei 14.133/2021.

6.3. Na referida manifestação, ao se referir à agenda evolutiva do PNCP, a Seges/ME apontou dificuldade relacionada à regulamentação do registro cadastral unificado, em vista do que chamou de “hiato legal”. Saliu que, não obstante esteja previsto um registro cadastral único, para todo o País, a regulamentação, de acordo com o § 1º do art. 78 da Lei 14.133/2021, deve ocorrer por meio de normativo infralegal. Assinalou, contudo, que, em atenção ao pacto federativo, uma norma infralegal expedida por um ente da Federação – no caso, a União – produziria efeitos tão somente na sua esfera, não podendo disciplinar o Sistema de Registro Cadastral para os demais entes. Dessa forma, a Seges/ME concluiu ser necessária uma alteração legal, explicitando, no caso do Sistema de Registro Cadastral Unificado, o ente incumbido de expedir tal regulamentação.

6.4. A nosso ver, procede a preocupação externada pela Seges/ME. Nos termos expressos no § 1º do art. 78 da Lei 14.133/2021, os critérios e objetivos dos procedimentos auxiliares – aqueles discriminados no mesmo art. 78 da referida Lei – devem ser objeto de regulamentos produzidos pelos diversos entes da Federação.

6.5. Quanto a esse tema, vale citar Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14.133/2021, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1128):

8) A regulamentação nas diversas órbitas federativas

Deve-se ter em vista que cada órbita federativa disporá da competência para promover a regulamentação dos procedimentos auxiliares. A regulamentação federal prevalecerá apenas nos tópicos em que a Lei 14.133/2021 expressamente previu essa solução. (grifo acrescido ao original)

Fora desses temas, caberá a cada ente federativo dispor sobre os procedimentos tomando em vista os seus interesses e as características locais. Tal como se passa em outros casos, nada impede que o Regulamento federal seja recepcionado no âmbito local.

6.6. Como se depreende, estando a disciplina do registro cadastral inserido na esfera de competência de cada ente da Federação, há, de fato, risco de se estabelecerem definições e exigências dissonantes ou conflitantes nos variados cadastros engendrados, situação que acarretaria dificuldade – ou até impossibilidade – na unificação dos dados a serem incorporados ao PNCP, que, como é sabido, são de utilização compulsória pelos órgãos e entidades da Administração Pública, por força do disposto no art. 87, caput, da Lei 14.133/2021. Tal fato poderia, portanto, levar à inviabilidade absoluta do Sistema de Registro Cadastral Unificado, mitigando consideravelmente o potencial do PNCP e inviabilizando o saudável compartilhamento de informações alvitrado pelo legislador.

6.7. A nosso sentir, revela-se imperativa uma padronização mínima da regulamentação do Sistema de Registro Cadastral Unificado, sobretudo quando se considera a necessidade de uniformizar não apenas o conjunto de informações associadas aos potenciais fornecedores, mas, especialmente, a metodologia, os parâmetros e as regras de interpretação que subsidiarão a avaliação do desempenho de licitantes na execução de contratos, que, consoante o art. 88, caput, da Lei 14.133/2021, deve ser baseada em “indicadores objetivamente definidos e aferidos”. Vale lembrar, ainda, que esse atributo (desempenho das licitantes) deverá ser considerado em certames futuros, conforme hipóteses insculpidas no § 3º do art. 36, no inciso III do art. 37, no inciso II do art. 60 e no inciso II do art. 67, todos da Lei 14.133/2021.

6.8. Nesses termos, vislumbra-se, como alternativa para a solução da questão apontada pela Seges/ME, a possibilidade de dar ciência da circunstância ora tratada ao Congresso Nacional, para que, entendendo cabível, avalie a situação evidenciada”.





**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



contratado, no desenrolar das avenças, com base em indicadores objetivos e anotações de eventuais penalidades aplicadas.

Assim, não serve como critério análise baseada no maior número de atestados, pontuando-se cada mês de execução comprovado, o que beneficia, indevidamente, o candidato simplesmente detentor de maior quantidade de contratos atestados pelos diferentes órgãos públicos e privados, independente se na execução de tais pactos tenham sido aplicadas sanções em desfavor das empresas por falhas no cumprimento de suas obrigações, demonstrando a inadequação do critério estabelecido para preencher, ainda que provisoriamente, o conceito legal, a ensejar reavaliação pela Administração.

Colho ainda, no precedente jurisprudencial arrolado excerto referente à impossibilidade de utilização de sorteio como critério de desempate, para certames regidos pela Lei nº 14233/2021:

Dando seguimento, e avançando na lista de desempate alinhavada no edital, caso opte por certame regido pela Nova Lei de Licitações, a Administração não pode empregar o sorteio como parâmetro para adjudicar o objeto.

Com efeito, o artigo 60 e respectivos §§ da Lei Federal n.º 14.133/2021 estabelecem lista fechada e sequencial para solução de igualdades (decorrentes das expressões “serão utilizados” e “nesta ordem”), a qual deve ser rigorosamente obedecida, não estando a sorte entre as possibilidades estipuladas.

Nem se argumente que essa escolha como fator de discriminação pode ser legitimada por empréstimo de mecanismo da Lei Federal n.º 8.666/93, uma vez que o § 2º do artigo 191 do Novo Diploma Licitatório veda a combinação dessas normas.

Importa salientar, antes de concluir, que não se desconhecem as dificuldades experimentadas pelos órgãos e entidades públicas para realização de contratações de vale alimentação após a proibição de oferta de taxas negativas, o que não autoriza, no entanto, sejam adotadas regras divorciadas dos ditames legais.

Nessas circunstâncias, considerando inviáveis ou inadequadas as previsões de desempate contidas nos subitens 8.21.1 e 8.21.2 acima transcritos, para empresas não qualificadas como ME's e EPP's, resta seguir os demais critérios estabelecidos no dispositivo, porquanto guardam fundamento no artigo 60 da norma de regência.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**



Ante todo o exposto, meu voto considera procedente a representação proposta, para o fim de se determinar à Administração representada que reveja o edital, para o fim de:

- a) Conformar os critérios de desempate com os privilégios concedidos a Micro e Pequenas Empresas, nos termos da Constituição Federal e Lei Complementar nº 123/06; e
- b) Reformular os critérios estabelecidos no subitem 8.21 e seguintes, aplicáveis aos licitantes que não se qualifiquem como ME ou EPP, abstendo-se de prever análise calcada puramente em atestados de execução anterior.

Após proceder as retificações determinadas, os responsáveis pelo certame deverão atentar para o disposto no §1º do artigo 55 da Lei nº 14133/2021, com republicação do edital e reabertura do prazo para propostas.

Expeçam-se os ofícios necessários, arquivando-se os autos após o trânsito em julgado.

É como voto.