



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis



EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO ANTÔNIO ROQUE CITADINI DO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Cópia

Processo nº 000177781.989.23-1

CÂMARA MUNICIPAL DE JOANÓPOLIS, Poder constituinte de pessoa jurídica de direito interno, inscrita no CNPJ sob o nº 00.950.072/0001-08 e com sede à Rua Francisco Wolhers, 146, Centro, Joanópolis – SP, CEP 12.980-000, vem, por meio Procurador Legislativo que a esta subscreve, apresentar JUSTIFICATIVAS em face da Representação visando ao Exame Prévio do edital ao Pregão Eletrônico nº 01/2023 desta edilidade, que possui como objeto a contratação de empresa de gerenciamento de vale alimentação.

Da Não Aplicabilidade da Lei 8.666/93

Inicialmente cumpre ressaltar que a Câmara Municipal de Joanópolis já adota integralmente a Lei 14.133/21 desde o ano de sua promulgação. Esta Casa Legislativa já vinha adotando, a título de melhores práticas e desde 2019, as recomendações e portarias da SLTI/MPOG; considerando que tais normas infralegais federais foram utilizados como base para a Lei 14.133/21, a Câmara Municipal de Joanópolis conseguiu migrar para a nova legislação de forma célere e sem grandes dificuldades, interpretando que as novas regras representam um avanço considerável frente às falhas da licitação anterior.

Embora a Lei 8.666/93 ainda esteja vigente até 30 de dezembro de 2023 (art. 193, II da Lei 14.133/21), o art. 191 do mesmo diploma dispõe que: “até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei (...) e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital”.

Desta forma, **como se observa na epígrafe do edital, a esta licitação deve ser aplicada a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21), em conjunto com as Leis**



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis



Complementares nº 123/2006 e 147/2014, não sendo cabível argumentação de possível afronta à Lei anterior.

Do respeito à jurisprudência do TCE-SP

Trata-se de matéria que tem gerado diversos questionamentos após a promulgação da Lei Federal nº 14.422/2022, que vedou a apresentação da taxa de administração negativa, o que naturalmente implica que diversas empresas ficarão empatadas ofertando “taxa zero”, o que torna o critério de desempate muito relevante. Há questionamentos de que esta vedação não se aplicaria às contratações públicas, no entanto a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Contas tem sido pela sua aplicabilidade (v.g. TC-001648.989.23-4).

Também há questionamentos sobre o direito de preferência às micro e pequenas empresas, pois uma vez que as empresas que não se enquadrem no direito de preferência não podem ofertar taxa negativa, elas resultarão prejudicadas, com o desempate favorecendo sempre as MEs e EPPs. O entendimento do TCE-SP, o qual foi acompanhado em integralidade por esta Procuradoria, é que não há motivos para se afastar as disposições da LC nº 123/2006, devendo ser assegurado o direito de preferência (v.g. TC-007050.989.23-5).

Superados ambos esses debates (que já estão sendo objeto de impugnações ao Edital por via administrativa), resta a questão do critério de desempate.

Do Critério de Desempate

Havendo empate entre diversas interessadas, será aplicado o direito de preferência às MEs e EPPs, mas persistindo empate entre estas últimas, ou não havendo empresas abrangidas no direito de preferência e ocorrendo empate entre as demais licitantes, deverá ocorrer o desempate.

Na sistemática da Lei 8.666/93, o desempate deveria ocorrer com a aplicação dos critérios de preferência previstos no Art. 3º, § 2º (normas referente a conteúdo nacional e de promoção à contratação de pessoas com deficiência) e, persistindo o embate, por meio de sorteio, nos termos do Art. 45, § 2º.

No entanto, como já explicitados, a Lei 8.666/93 não pode ser aplicada à presente licitação, que é regida pela Lei 14.133/21.

A Nova Lei Geral de Licitações e Contratos dispõe sobre o desempate em seu art. 60:



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis



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;

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.

Observe-se que, no caso em tela, naturalmente restará inviabilizada a disputa final, frente à vedação de taxa de administração negativa, ou seja, **obrigatoriamente o desempate deverá ocorrer tendo como critério a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes.**

Embora a Lei informe que deverão ser utilizados preferencialmente registros cadastrais, no caso concreto não há nenhum registro cadastral que se tenha conhecimento que possa ser aplicado por este Município. Desta forma, havendo a obrigatoriedade de se realizar o desempate pela avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, e **para se evitar a adoção de critério subjetivo, a Administração optou por eleger o critério objetivo do tempo de experiência atuando como fornecedora no setor público.**



Câmara Municipal da Estância Turística de Joanópolis



Ao nosso ver, trata-se de critério que garante segurança jurídica, já que pode ser facilmente verificado com a apresentação pelas licitantes de documentos que comprovem a quanto tempo elas atuam como fornecedoras de serviço à edilidade. Por outro lado, o critério eleito é um indicador razoável de que a Administração optará pela melhor proposta, uma vez que se presume que a empresa que atua no mercado a mais tempo possui maior confiabilidade do que uma empresa nova. Desta forma, melhor se resguarda o interesse público.

Ressalte-se que não foi possível se elaborar um critério alternativo objetivo que atendesse melhor o interesse público, embora não se descarte que ele possa surgir futuramente com o avanço da prática contratual e da jurisprudência, no âmbito da aplicação da Lei 14.133/21.

Por fim, destaque-se que **é vedado o conglobamento entre a Nova Lei de Licitação e Contratos (Lei 14.133/21), com a lei anterior (Lei 8.666/93), conforme determina o art. 191, in fini, da nova lei geral**. Desta forma, uma vez eleito o novo diploma como norma aplicável a esta licitação, restou vedada a realização de sorteio, posto que o legislador optou por eliminar por completo a seleção aleatória do adjudicatário.

Ante o exposto, **requer-se sejam as justificativas aceitas, julgando-se improcedente a representação e validando-se o critério objetivo adotado pela origem**. Alternativamente, caso considere o egrégio tribunal não ser subsistente o critério adotado de maior tempo de experiência como fornecedor do setor público, que indique qual o critério de avaliação do desempenho contratual julgue ser mais adequado, nos termos do art. 60, II, da Lei 14.133/21.

Termos nos quais,
pede deferimento.

Joanópolis, 08 de setembro de 2023.

Fernando Pivi de Almeida
Procurador Legislativo
OAB-SP nº 388.823