PARECER JURÍDICO N° 139/2018

De: Assessoria Técnica
Para: Comissão de Licitação
Assunto: Recursos Administrativos.

I - EMENTA: PROCESSO LICITATÓRIO. PREGÃO. SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE INTERNET. RECURSO DE LICITANTE. IMPUGNAÇÃO DO EDITAL. EDIAL EM CONFORMIDADE COM A LC 123/2006. INDEFERIMENTO. PROSSEGUIMENTO DO PREGÃO.

II - RELATÓRIO

Trata-se de consulta realizada pela Comissão Permanente de Licitação a esta Assessoria Técnica acerca do recurso interposto pela Empresa Telemar Norte Leste S/A, referente ao processo licitatório 175/2018, Pregão Presencial n° 21/2018.

III - FUNDAMENTAÇÃO

Apesar de ainda carecer dos documentos legais para a representação recursal, pois ausente o contrato social da empresa, vamos analisar o mérito do recurso.

O tratamento diferenciado em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte encontra respaldo expresso da Constituição Federal:

> *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. 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.*

A fim de conferir eficácia material à previsão constitucional, a LC n. 123/2006, que institui o **Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**, previu:

> *Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.*
>
> *Paragrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.*
>
> *Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:*
>
> *I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (**Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014**)*
>
> *Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:*
>
> *II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;*
>
> *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;*
>
> *IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.*

A LC n. 123/2006 estabeleceu prioridade na contratação de microempresas e de empresas de pequeno porte quando os itens da licitação não excedem R$ 80.000,00. A regra visa fomentar a participação de pequenos comerciantes na economia, a exemplo de pequenos produtores de hortifrútis, minimercados, diminutas lojas de materiais de construção e papelarias.

A lei apenas excepciona dessa regra as situações em que não haja um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou

regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

A LC n. 123/2006 teve o condão de restringir às micro e pequenas e empresas a participação em itens de contratação cujo valor não ultrapasse R$ 80.000,00, que é o valor do convite. Segundo a referida norma, o tratamento diferenciado deve prevalecer desde que existam, no mínimo, 3 (três) micro e/ou pequenas empresas capacitadas para atender o reivindicado pela Administração Pública na licitação, localizadas em âmbito local ou regional.

O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, em resposta à consulta relacionada às alterações da LC n. 123/2006, introduzidas pela LC n. 147/2014, dispôs:

> Nos termos do art. 48, I, da LC nº 123/2006, **uma empresa que não seja ME e/ou EPP não poderá participar de uma licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte. Conforme inciso II do art. 49 da LC nº 123/2006, caso inexista o número mínimo de três ME e/ou EPP, sediadas no local ou na região, e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital,** consequentemente, a realização de uma licitação exclusiva com fundamento neste inciso restará justificadamente afastada, e para tanto, o edital não poderá prever que não comparecendo nenhuma ME e/ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte. (TCE/TO, Resolução n. 181/2015, Pleno)

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (MPTC/SC) já teve a oportunidade de se manifestar sobre a validade das inovações legislativas introduzidas pela LC n. 147/2014 nos seguintes termos:

> Importante destacar que por força da Lei Complementar nº 147/2014 as licitações de até R$ 80.000,00 **devem** ser (e não mais podem, como constava na redação anterior) exclusivas à participação das microempresas e empresas de pequeno porte. Somente poderá ser possibilitada a participação de outras empresas nos casos previstos no art. 49 da Lei Complementar n. 123/06 (Parecer nº: MPC/41.601/2016)

A área técnica do TCE/SC também deixou claro seu posicionamento, quando do questionamento da legalidade de licitação que previa a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte:

> O regramento questionado constante do item 2.1 quanto à participação da ME ou EPP está de acordo com a disposição da Lei Complementar nº 123/06 alterada pela LC-147/14 (TCE/SC, Processo n. REP-15/00303558, DLC - 280/2015 - Instrução Plenária)

Importante destacar que o legislador, com o intuito de preservar a competitividade nessas licitações regionalizadas, estabeleceu como condição um mínimo de três competidores, conforme explica Marçal Justen Filho:

> [...] a restrição em favor da participação de pequenas empresas não pode conduzir à eliminação da competitividade. Por isso, o art. 49, inc. II, determina que não se aplicará o regime de licitação diferenciada quando "não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 122).

A LC n. 123/2006 estabeleceu exceções à aplicação do princípio da licitação exclusiva. Em seu art. 49, a lei determinou que empresas de maior porte poderiam ser contratadas nas seguintes circunstâncias:

I- não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II- 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; e

III- a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Quanto à compreensão da expressão "sediados local ou regionalmente", o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia dispôs:

> O alcance da expressão "regionalmente", para fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser delimitado e devidamente justificado pela própria

> Administração Pública, em cada edital de procedimento licitatório, de acordo com as especificidades do caso concreto, para tanto deverão ser levadas em conta as especificidades do objeto licitado, o princípio da razoabilidade e também os objetivos do tratamento diferenciado, quais sejam: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; ampliação da eficiência nas políticas públicas; e, incentivo a iniciativa tecnológica; II. Caberá ao Administrador Público demonstrar, no momento da delimitação do alcance da expressão "regionalmente", os motivos e as razões de direito para o tratamento diferenciado conferido, no certame, às microempresas e às empresas de pequeno porte.
>
> Sala das Sessões, 08 de maio de 2014. Conselheiro VALDIVINO CRISPIM DE SOUZA Relator

E também o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso:

> 2) Para efeito de aplicação do § 3° do art. 48 e do inciso II do artigo 49, da LC 123/2006, a abrangência do termo "regionalmente" deve ser delimitada e fixada na fase interna do certame, no Termo de Referência ou no Projeto Básico, conforme for o caso, e devidamente justificada pela própria Administração Pública, considerando as especificidades de cada objeto a ser adquirido, o princípio da razoabilidade, o respectivo mercado fornecedor e o cumprimento dos objetivos insculpidos no caput do artigo 47 da Lei. (TCE/MT, Consulta n° 17/2015. Rel. Conselheira Interina Jaqueline Jacobsen Marques)

A vantagem conferida às micro e pequenas empresas foi questionada sem sucesso perante o Tribunal de Contas da União (TCU). No voto do Ministro Relator Guilherme Palmeira para o Acórdão n° 1231/2008, Plenário, TCU, consta:

> Nada obstante a existência do preceito constitucional da realização de licitação para as contratações públicas com o objetivo de melhor atendimento ao interesse público, assegurado o tratamento isonômico entre os participantes, não há que se olvidar que é também princípio constitucional o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (CF/88, art. 170, IX e 179), com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais. Creio que esses princípios não se antagonizam, ao contrário. Formam um todo harmônico em busca, justamente, da almejada isonomia, da igualdade.
>
> Penso, ainda, não ter sido outro o espírito com que o legislador ordinário promulgou a LC 123/2006, estabelecendo as normas gerais relativas ao tratamento

diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e o Executivo baixou o Decreto 6.204/2007, regulamentando o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a ser aplicado aos entes em questão nas contratações públicas no âmbito da Administração Federal.

Além do mais, como bem assentou o representante do *parquet*, o atendimento ao interesse público visado pelo instituto da licitação, *lato sensu*, compreende não só a melhor proposta financeira, mas também fomentar a ampliação da oferta de bens e serviços, inibindo a formação de estruturas anômalas de mercado.

Dessa forma não vejo como prosperar a tese de inconstitucionalidade aventada

Pois bem, não há que se falar em desigualdade de competição pois a lei em diversas vezes foi considerada constitucional, então não merece prosperar o argumento da impugnação reiterada pela empresa Telemar Norte Leste S/A.

IV - CONCLUSÃO

Por todo o exposto, cremos que estão devidamente fundamentadas as razões de fato e de direito, que indefere o pedido da Empresa Telemar Norte Leste S/A.

Essas são as considerações que nos parecem pertinentes à consulta formulada, sem embargo e demonstrando, desde já, o respeito às eventuais opiniões divergentes que possam existir sobre o tema aqui abordado.

Ipatinga, 27 de dezembro de 2018.

Gustavo Bueno Miranda
Analista do Legislativo
OAB/MG 100.708
CPF : 043.090.846-64

Adalton Lúcio Cunha
Chefe da Assessoria Técnica
OAB/MG 66.358
CPF: 312.294.416-20

Câmara Municipal de Ipatinga

Assunto:	**RES: Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Presencial n.º 21/2018.**
De	Joao Paulo Santana Carvalho <joao.santana@oi.net.br>
Para:	licitacao@camaraipatinga.mg.gov.br <licitacao@camaraipatinga.mg.gov.br>
Data	24/12/2018 09:48
Prioridade	Mais alta

- PROCURAÇÃO TELEMAR Licitações B2B Regional SUDESTE 08.05.2018_.pdf (3.0 MB)
- Impugnação - Câmara Municipal de Ipatinga MG - IP.PDF (366 KB)
- Telemar Parecer137-2018.pdf (381 KB)

Ilmo. Sr. Pregoeiro Rodrigo Nunes Bernardo,

Considerando o suposto vicio completamente sanável para acolhimento de julgamento do mérito da impugnação, segue anexo procuração bem como impugnação tempestiva tendo em vista a falta da procuração anterior, ressaltasse que a falta deste documento não compromete a análise do mérito. Ainda sim a impugnação deveria ser analisada de acordo com o direito de petição previsto no Art. 5, inc. XXXIV, "a" da Constituição Federal de 88 direito de petição constitucional.
Certo da sua compreensão, aguardarmos o parecer!

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

João Paulo Carvalho
Vendas Corporativo Es E Mg Governo
Dir. Negócios B2B
(31) 98741-3957
joao.santana@oi.net.br

A marca acima está legalmente protegida.
Antes de imprimir, lembre-se do seu compromisso com o meio ambiente.

De: licitacao@camaraipatinga.mg.gov.br [mailto:licitacao@camaraipatinga.mg.gov.br]
Enviada em: sexta-feira, 21 de dezembro de 2018 17:56
Para: Joao Paulo Santana Carvalho <joao.santana@oi.net.br>
Assunto: Re: Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão Presencial n.º 21/2018.

Boa tarde,

Segue anexo parecer da Assessoria Técnica nº 137/2018