

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CORDILHEIRA ALTA

PREGÃO PRESENCIAL Nº 14/2021

CASVIG – CATARINENSE DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA., pessoa jurídica de direito privado cadastrada no CNPJ sob o n.º 83.719.963/0001-77, com sede na Rua Getúlio Vargas, nº 470, Centro, na cidade de São José/SC, vem, tempestivamente, por meio de seu representante legal, com fulcro no artigo 41, §2º da Lei nº 8.666/93 c/c item 13.2 do instrumento convocatório, apresentar *Impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº 14/2021*, conforme as razões que passa a aduzir:

I – SÍNTESE FÁTICA

A Prefeitura do Município de Cordilheira Alta/Fundo Municipal de Saúde realizará licitação na modalidade Pregão Presencial, do tipo menor preço por lote, cujo objeto é a *“contratação de empresa especializada para realizar o monitoramento eletrônico e vigilância ostensiva de prédios públicos do município de Cordilheira Alta”*.

Em razão do valor estimado para a contratação, cujos lotes se encontram orçados abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a presente licitação será realizada para participação exclusiva de Microempresa (ME), Empresas de Pequeno Porte (EPP) e Microempreendedor Individual (MEI), nos termos do art. 3º e art. 18 e da Lei Complementar 123/06 e Lei Complementar 147/14.

Entretanto, consoante se comprovará adiante, havendo a impossibilidade de participação de 03 (três) empresas na condição de ME/EPP/MEI, deverá ser observado, de maneira imperiosa, a exceção à regra da exclusividade,

Recebido em: 20/02/2021

Município de Cordilheira Alta

preconizada no art. 49, inciso II da Lei Complementar 123/06, o que não ocorre no presente certame.

Por esta razão, apresenta-se a presente impugnação, a fim de que sejam retificadas as regras do instrumento convocatório, prestigiando a legalidade e a ampla competitividade na condução do certame.

II- MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

II.V – Da possibilidade de participação de empresa que não se enquadre como ME ou EPP

O presente edital consigna de forma expressa a possibilidade exclusiva de participação de microempresas e empresas de pequeno porte no aludido certame, conforme consta do preâmbulo do referido instrumento:

1. PREÂMBULO (...)TORNAM PÚBLICO que realizarão licitação na modalidade PREGÃO, exclusivo para ME/EPP, sob a forma PRESENCIAL, do tipo MENOR PREÇO POR LOTE

Entretanto, o instrumento convocatório deixou de observar a hipótese preconizada pelo inciso II do art. 49 da LC 123/2006, que oportuniza a participação de empresas que não se enquadrem como ME/EPP:

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;

Não consta do presente processo licitatório qualquer informação acerca da realização de pesquisa acerca da viabilidade da participação de, no mínimo, três empresas beneficiárias da LC 123/2006 sediadas local ou regionalmente, acarretando o risco de ausência de concorrência ou até mesmo de frustração do pregão em comento.

Do mesmo modo, há manifesta ofensa ao princípio da isonomia, porquanto há restrições à participação de diversas outras empresas aptas a efetiva prestação dos serviços, o que prejudica a consecução do objetivo maior das licitações públicas, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa, e, consectário deste, o pleno atendimento do interesse público.

A Lei Complementar nº 123/2006 visa ampliar a participação das ME/EPP nas licitações, mas não elevar a hipossuficiência econômica das mesmas acima do interesse público. Dessa forma, é importante sopesar princípios pertinentes ao presente certame como o da isonomia, competitividade, economicidade e eficiência, buscando-se a “proposta mais vantajosa para a administração” conforme é vislumbrado no artigo 3º. da Lei n. 8.666/93.

É imperioso destacar a necessidade de ponderação no disposto na LC n.º 123/2006, haja vista as diversas situações onde a licitação exclusiva a microempresas fica impossibilitada, ante a inexistência de 03 (três) microempresas capazes de competir no certame. Neste sentido, denota-se que é preciso relativizar a norma de exclusividade, ao ponto de, em caso de impossibilidade de se concretizar o processo licitatório com 03 (três) microempresas, possa-se permitir a concorrência pelas demais de todos os portes.

Destarte, o artigo 5º do Decreto nº 8.538/2014 não desampara as ME/EPP, contemplando o critério de desempate ficto, oportunizando equilíbrio na disputa com as demais empresas. Dessa forma, ao oportunizar a participação de empresas que não se enquadrem na condição de ME ou EPP, a Administração trará maior eficiência ao processo, posto que, na ausência de licitantes

beneficiadas pela LC 123/2006 capazes de adjudicar o objeto, as demais licitantes poderão apresentar suas propostas e garantir a contratação.

O princípio da isonomia, assim como os demais princípios do ordenamento jurídico, não opera isoladamente nem de forma absoluta, e deve ser coordenado com os demais princípios. Nesse cenário, o fato do edital não consignar qualquer hipótese que limite a participação exclusiva de ME/EPP, impõe ao administrador o dever constitucional de promover a licitação para assegurar a garantia do princípio da isonomia, permitindo a participação de todas as empresas, ainda que não beneficiárias da LC 123/2006.

Em situação idêntica à presente, o Juízo da Fazenda Pública da Comarca de Brusque, nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5006643-12.2020.8.24.0011/SC exarou sentença concedendo a ordem, com a brilhante fundamentação abaixo transcrita:

FUNDAMENTAÇÃO

No mérito, verifico que o *mandamus* merece ser julgado em conformidade com os fundamentos já empregados quando da análise do pedido de concessão de tutela sumária, considerando a argumentação deduzida ao longo do embate dialético e o substrato probatório coligido aos autos.

Naquela oportunidade, foi ressaltado que:

Pois bem. A Lei Complementar n. 123/2006 e o Decreto n. 8.538/2015 regulamentam o tratamento diferenciado e simplificado conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte, com vistas a fomentar o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a eficiência de políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, nos termos de seus arts. 47 e 1º, II, respectivamente.

O art. 47 da LC n. 123/2006 estabelece expressamente que, 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”.

Por sua vez, o art. 48 do mesmo diploma legal elegeu, dentre outras, como forma de “tratamento diferenciado”, a licitação com destinação exclusiva às microempresas e às empresas de pequeno porte de itens de contratação com valor de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) - (inciso II).

Referidos diplomas legais, a propósito, visam atender a comandos de alçada constitucional, a exemplos dos arts. 170, IX e 179 da Carga Magna, que assim estabelecem:

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.

Não obstante, fato é que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte previsto pelos arts. 47 e 48 da LC n. 123/2006 não é absoluto, mormente por ser mitigado pelo próprio art. 49, II, do mesmo diploma, ao dispor que: "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".

Pois bem. Na presente hipótese, infere-se que a impetrante impugnou o edital objeto do Pregão Presencial n. 038/2020 justamente pelo fato da autoridade coatora não ter consignado a exceção legal alhures mencionada no corpo do instrumento convocatório, omissão essa que, segundo entende, viola o seu direito líquido e certo de participar/concorrer do certamente em questão, na eventual ausência de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte.

Em resposta (E1/RESPOSTA9), a autoridade coatora indeferiu o pedido manejado pela impetrante através da peça de impugnação e, por conseguinte, manteve "[...] a exclusividade de participação no procedimento para empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do inciso I, do art. 48 da LC 126/2006, alterada pela LC 147/2014 e condições estabelecidas no referido Edital e seus Anexos" (sic).

Segundo a autoridade coatora, a aplicação da exceção legal na qual a impetrante se enquadra apenas é cabível quando a licitação for deserta. No mais, o ato de indeferimento restou motivado, também, pela seguinte assertiva: "caberia a Impetrante demonstrar a ausência de no mínimo três licitantes competitivos e capazes de cumprir as exigências estabelecidas

no edital, para afastar o tratamento diferenciado para ME e EPP, visto que a nova LC147/2014 é assertiva e direta, estabelecendo nos dispositivos legais uma expressão mandamental sem opção de escolha do gestor público".

Nesse panorama, por ora, razão assiste à impetrante.

Em primeiro lugar, não cabe à impetrante "demonstrar a ausência de no mínimo três licitantes competitivos e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, para afastar o tratamento diferenciado para ME e EPP". Essa constatação é atribuição da autoridade coatora. Cabe a ela validar a habilitação e o credenciamento das empresas interessadas em participar do certame.

Segundo, a afirmação da autoridade coatora no sentido de que a impetrante buscar " [...] inverter a lógica da legislação para que se considere em primeiro lugar a exceção" afigura-se de todo desarrazoada.

A pretensão da impetrante parece-me clara e inequívoca. Enquadrando-se na exceção legal não prestigiada pela autoridade coatora no corpo do edital, tem-se que o seu direito de participar do processo licitatório em análise será fulminado mesmo na ausência de três licitantes enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte. Explico.

"Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame" (AgRg no AREsp 458.436/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma,

julgado em 27/03/2014, DJe 02/04/2014). (TJSC, Mandado de Segurança n. 4001882- 22.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-05-2020). Logo, na eventual ausência de licitantes beneficiados pelo tratamento diferenciado no Pregao Presencial 038/2020, a impetrante dele não poderá participar, justamente por ausência de previsão no instrumento convocatório, não retificado pela autoridade coatora.

Ademais, a pretensão da impetrante não me parece ser a de afastar o tratamento diferenciado concedido pela lei para ME e EPP - tal como concluiu a autoridade coatora -, mas, tão só, a de fazer valer aquilo que a própria LC n. 123/2006 também lhe reservou: o direito de participar, ainda que de forma subsidiária, de certame para contratação de itens no valor de até R\$ 80.000.00 (oitenta mil reais), desde que constatado antes, pelo Poder Público, a ausência de empresas destacadas/privilegiadas pela lei para esse tipo certame.

O intento da impetrante, portanto, elide não só as chances de ocorrer uma licitação deserta, como prestigia, em perspectiva, o princípio da ampla disputa.

Acerca da temática em questão, colhe-se o seguinte precedente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. ADITAMENTO MINISTERIAL. INCISO II DO ART. 49 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123, DE 2006. PERMISSÃO DE AMPLA PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO. REGULARIDADE INSUFICIÊNCIA DA PESQUISA DE PREÇOS. FALTA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE SOBREPREGÃO. JULGADOS IMPROCEDENTES OS APONTAMENTOS DE IRREGULARIDADES. EMISSÃO DE RECOMENDAÇÃO. 1.

Nos termos do inciso II do art. 49 da Lei Complementar n. 123, de 2006, não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 da mesma Lei 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. 2. Conforme previsto no inciso IV do art. 43 da Lei n. 8.666, de 1993, é indispensável que se faça, na fase interna licitação, cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado. (TCE-MG - DEN: 965688, Relator: CONS. MAURI TORRES, Data de Julgamento: 06/03/2018, Data de Publicação: 26/03/2018)

Outrossim, tem-se que municípios outros, a exemplo de São Lourenço do Oeste e Jaraguá do Sul, expressamente consagram a possibilidade de participação de empresas não consideradas ME ou EPP em processos licitatórios de itens de valor até oitenta mil reais, através do apontamento e cumprimento da exceção prevista pelo art. art. 49, II, da LC 123/2006 (E1/INF6 e 7).

Ademais, adoto, também, como razão de decidir, os argumentos/fundamentos do bem lançado parecer de evento n. 20, de lavra do Promotor de Justiça Dr. Daniel Westphal Taylor, do qual se extrai o seguinte excerto:

[...]

A legislação, portanto, não deixa dúvida de que o tratamento especial dado às empresas ME, MEI e EPP admite exceção.

Nem mesmo a autoridade coatora desconhece desta exceção, pois, ao prestar informações, alegou apenas não a inseriu (a exceção) no edital por ter verificado no cadastro de empresas

que haveria número de concorrentes suficiente para que fosse aplicada a regra prevista no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06 (de exclusividade de participação de MEI, ME e EPP).

A justificativa da impetrada, no entanto, não é suficiente, pois, afinal, não há como saber quais empresas efetivamente participarão da licitação e se elas cumprem todas as exigências do edital. (Grifo nosso)

Presente esse cenário, nada resta, pois, senão conceder a ordem postulada.

Dessa forma, pugna-se pela retificação do edital, suprimindo a previsão de participação exclusiva de ME/EPP, e oportunizando a participação das demais empresas do mercado, nas hipóteses preconizadas pelo art. 49 da LC 123/2006, qual seja, a ausência de ao menos três fornecedores competitivos que sejam ME/EPP, visando o melhor aproveitamento do certame, bem como o respeito aos princípios da economicidade e da eficiência, prescritos no art. 37, caput, da Constituição Federal, bem como no art. 3º da Lei nº 8666/93.

Alternativamente, requer-se a suspensão do certame, bem como a comprovação de que existem ao menos três fornecedores competitivos que sejam ME/EPP, interessados na participação no certame.

III – PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Demonstradas as irregularidades no instrumento convocatório e seus anexos, conforme as razões expostas, pugna pelo recebimento, processamento e acolhimento desta impugnação, reconhecendo-se a aplicabilidade do disposto no art. 49, inciso II da LC 123/2006, consoante os fundamentos fáticos e jurídicos espostos alhures.

Requer seja republicado o novo texto editalício pelos meios oficiais, nos termos do §4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, marcando-se nova data para a realização da licitação.

Por fim, requer que se manifeste a Autoridade competente acerca do presente pedido de impugnação no prazo de 24 horas, consoante ao disposto no artigo 12 do Decreto 3.555/2000 e artigo 41 da Lei 8.666/93.

Termos em que, pede deferimento.

Lages/SC, 26 de março de 2021.

CRISTIANE
LONGHI TORTELLI
VAZ:9248083706
8

Assinado de forma
digital por CRISTIANE
LONGHI TORTELLI
VAZ:92480837068
Dados: 2021.03.26
14:28:23 -03'00'

REPRESENTANTE LEGAL

CASVIG – CATARINENSE DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA.