



PREFEITURA DE BENEDITO NOVO
CNPJ: 83.102.780/0001-08
Rua Celso Ramos, 5.070 – Centro - Benedito Novo - SC
CEP: 89.124-000 – FONE/FAX (47) 3385-0487
Home Page: www.beneditonovo.sc.gov.br

PARECER JURÍDICO
Processo Administrativo nº73/2021
Pregão Presencial nº 73/2021

ASSUNTO: PROCESSO LICITATÓRIO. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADAS PARA PROVIMENTO DE SISTEMA DE GESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA EM AMBIENTE WEB. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

Trata-se de consulta encaminhada pela Comissão de Pregão, para análise de impugnação apresentada pela empresa IPM SISTEMAS LTDA ao Edital de Pregão Presencial Nº073/2021, destinado à contratação de empresa para provimento de sistema de gestão de saúde pública em ambiente WEB.

Argumenta o Impugnante que sua insurgência se refere quanto a inda restrição à participação tendo em vista a exclusividade atribuída ao procedimento em favor de MEI, ME e EPP, por entender que não seria aplicável para a contratação em apresso.

Entendo o Impugnante que o não se aplicar a exclusividade as MEIs, MEs e EPPs por força do estabelecido no Art. 49, incisos II e III da LC nº123/2006.

Ao final pugna pela adequação do Edital retirando a restrição de participação de empresas que não estejam enquadradas como MEI, ME e EPP.

É o necessário e, em apertada síntese, o sucinto relatório.
Passa-se a opinar.

Em resposta à IMPUGNAÇÃO, apresentada pela empresa acima mencionada, em 01 de junho de 2021, referente ao Pregão Presencial nº 73/2021, que tem por objeto **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PROVIMENTO DE SISTEMA DE GESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA, EM AMBIENTE WEB, CONTEMPLANDO SERVIÇO DE MIGRAÇÃO DE DADOS, TREINAMENTO E CAPACITAÇÃO DE USUÁRIOS, PARAMETRIZAÇÃO E CUSTOMIZAÇÃO DE PROGRAMAS, LOCAÇÃO DE SERVIDOR WEB (CLOUD) PARA HOSPEDAGEM DE DADOS COM BACKUP, REDUNDÂNCIA E LINK PARA DOWNLOAD, GARANTIA DE ATUALIZAÇÃO LEGAL, ATUALIZAÇÃO TECNOLÓGICA E SUPORTE TÉCNICO DE CADA MÓDULO DE PROGRAMA, COM ATENDIMENTO REMOTO E/OU LOCAL, PARA O FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE BENEDITO NOVO** tenho a aduzir o que segue:

I – DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A empresa apresentou impugnação ao Edital. A data de abertura está prevista para o dia 15 de junho de 2021, enquanto a impugnação foi protocolada em 01 de junho de 2021, sendo, portanto, tempestiva.

II – DO PLEITO

A impugnante se insurge quanto ao que dispõe o Edital especificamente em dois momentos. São eles:

a) No preâmbulo do Edital diz:

“Esta licitação destina-se a participação exclusiva de Microempreendedores Individuais – MEI, Microempresas (ME) e as Empresas de Pequeno Porte (EPP), nos termos do art.



PREFEITURA DE BENEDITO NOVO
CNPJ: 83.102.780/0001-08
Rua Celso Ramos, 5.070 – Centro - Benedito Novo - SC
CEP: 89.124-000 – FONE/FAX (47) 3385-0487
Home Page: www.beneditonovo.sc.gov.br

47, 48 I da Lei Complementar nº 123/06 alterada pela Lei Complementar nº 147/2014. Não havendo no mínimo de três licitantes enquadradas (MEI, ME e/ou EPP) para cada item, será estendido o certame a todos os demais licitantes participantes, conforme Art. 49, inciso II da Lei Complementar nº 123/2006”.

b) Condições Especiais para Participação de MEI, ME ou EPP:

“Para fins de aplicação da Lei Complementar nº 123/2006 alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, os Microempreendedores Individuais – MEI, Microempresas (ME) e as Empresas de Pequeno Porte (EPP), qualificados como tais nos termos dos artigos 18-A e 3º da referida Lei farão jus aos mesmos benefícios, independentemente da receita bruta anual.

3.8.1 - Esta licitação destina-se a participação exclusiva de Microempreendedores Individuais – MEI, Microempresas (ME) e as Empresas de Pequeno Porte (EPP), na disputa de itens cujo valor da proposta seja até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), nos termos do art. 47, 48 I da Lei Complementar nº 123/06 alterada pela Lei Complementar nº 147/2014. Não havendo no mínimo de três licitantes enquadradas (MEI, ME e/ou EPP) para cada item, será estendido o certame a todos os demais licitantes participantes, conforme Art. 49, inciso II da Lei Complementar nº 123/2006.

3.8.2 - Para comprovação da condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte (se for o caso) e para fins de gozo dos benefícios da Lei Complementar nº 123/2006, os representantes de Microempresas – ME, e Empresas de Pequeno Porte – EPP, deverão ao credenciar-se apresentar a Certidão Simplificada expedida pela Junta Comercial, com data de emissão não superior a 180 (cento e oitenta dias) da data fixada para apresentação das propostas, na forma do art. 8º da IN nº 103/2007 do Departamento de Nacional de Registro do Comércio (DNRC) ou, em se tratando de Sociedade Simples, deverá apresentar Documento expedido pelo Registro Civil de Pessoas Jurídicas, **sob pena de ser desconsiderada a condição de ME ou EPP.”**

A empresa salienta que por ser um Edital exclusivo MEI'S, ME's, e EPP's, este por sua vez, restringiria a competição por afrontar princípios licitatórios expostos na Lei Geral de Licitações 8.666/93, inclusive, juntando Jurisprudência pertinentes a matéria.

Assim, em seu pedido, pugna para que o Edital seja retificado para que se tenha uma “maior amplitude de competitividade ao certame”.

III – DO MÉRITO

A Prefeitura Municipal de Benedito Novo, no intuito em prestigiar a concorrência para somente MEI's, EPP's e ME's, buscou propiciar ao empresário local a retomada de sua economia, que durante o período de pandemia foi extremamente prejudicada.

Neste ponto, salientamos que a Prefeitura Municipal de Benedito Novo preza sempre para que os diferentes níveis empresariais possam participar da nossa empreitada e que possam colaborar dentro de cada expertise para o desenvolvimento local.

Todavia, diante do pedido de impugnação, coube a este órgão, a tarefa de buscar jurisprudências a respeito da matéria e um aprofundamento da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, assim, neste diapasão, salientamos que a Prefeitura Municipal de Benedito Novo corrobora com o pedido de impugnação apresentado, isto porque, de fato, existiria uma certa restrição à competitividade caso o presente certame persistisse somente para “pequenas empresas”.



PREFEITURA DE BENEDITO NOVO
CNPJ: 83.102.780/0001-08
Rua Celso Ramos, 5.070 – Centro - Benedito Novo - SC
CEP: 89.124-000 – FONE/FAX (47) 3385-0487
Home Page: www.beneditonovo.sc.gov.br

A Lei Complementar 123/06 em seu art. 1º apresenta em seu núcleo o real objetivo do legislador, que é: “*tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas*”, todavia, não se trata de um simples tratamento diferenciado.

Para que isto ocorra, a própria Lei impõe limites para que a própria Administração não saia prejudicada em sua escolha, e, assim, como forma de exclusão, elencou no art. 49 uma situação em que a presente Lei não se aplica.

“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;”

A Lei é clara: **Não se aplica esta Lei, caso não haja 3 (três) fornecedores competitivos como EPP ou ME sediados no local ou regionalmente**, ou seja, para que o certame ocorra, necessário seria um cadastro dessas 3 (três) empresas na Administração Pública, não ficando clara a forma de participação.

Além do cadastro, há um espinho quanto a conjunção dos art. 47, 48 e 49 da Lei. Pois, a Administração Pública é regida pelos princípios Constitucionais da vantajosidade, competitividade e eficiência, dessa maneira, debruçando sobre uma questão principiológica, que é a restrição à disputa, haveria um impeditivo que seria: a regionalidade.

O art. 49, inciso II, como já demonstrado, não faz menção a participação da empresa no certame licitatório, apenas cita “*enquadrados localmente ou regionalmente*”, o que por si só traz um problema à redação e a competição.

Essa sistemática, realmente, derruba a competitividade, a eficiência e a vantajosidade, haja vista que, a Administração deveria abrir um credenciamento de empresas do ramo, e que por conta da regionalidade teria exclusividade na contratação, e não necessariamente teria o melhor serviço contratado.

Ainda sobre a regionalidade da Lei, o Ilustre Professor Marçal Justen Filho trouxe a questão o quanto danoso é a ausência de competitividade trazida pela Legislação:

“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 diferenciadas 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”. A redação legal certamente produzirá sérios problemas, eis que não se faz alusão à efetiva participação de um número mínimo de licitantes. O que se estabelece é a existência de pelo menos três empresas em condições de competir. A natureza peculiar da disposição conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição. A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição. (JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas. Ed. São Paulo: Dialética, 2007.)” (grifo nosso)



PREFEITURA DE BENEDITO NOVO
CNPJ: 83.102.780/0001-08
Rua Celso Ramos, 5.070 – Centro - Benedito Novo - SC
CEP: 89.124-000 – FONE/FAX (47) 3385-0487
Home Page: www.beneditonovo.sc.gov.br

E ainda, caso o Município resolvesse manter o Edital para participação de MEI's, EPP's e ME's, seria preciso definir o critério de regionalização para todas as licitações, e, o que deveria ser uma "ajuda" as pequenas empresas, na verdade poderia o qualificar numa ausência de fundamentos que poderiam prejudicar a própria Administração.

Assim, pesquisando nos Tribunais de Conta de diversos Municípios, nos deparamos com o julgado do Ilustre Conselheiro de Contas do Paraná Dr. Nestor Batista:

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO N.º: 88672/15

ASSUNTO: CONSULTA

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE MERCEDES

INTERESSADO: CLECI MARIA RAMBO LOFFI

RELATOR: CONSELHEIRO NESTOR BAPTISTA

A Administração Municipal, neste sentido, poderá estabelecer discricionariamente um critério de "região", desde que o mesmo seja prévio, impessoal, objetivo e uniformemente aplicado aos certames licitatórios daquele ente, restando vedada a modificação injustificada dos parâmetros empregados.

(...)

Adotado determinado critério para definição da região, é prudente que haja robusta justificativa para mudança e que o novo critério seja utilizado também em futuros certames.

(...)

Diante do exposto, VOTO pelo CONHECIMENTO da presente consulta, formulada pela Prefeita Municipal de Mercedes, com fulcro no artigo 38 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. No mérito, em suma, a resposta da presente consulta se dá nos seguintes termos:

(a) como se verificar o cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas: A verificação do cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas, **pode ser realizada com base em critérios discricionários estabelecidos pelo Município, sempre tendo em vista a análise dos custos e benefícios dos parâmetros a serem empregados. Com o escopo de minimizar riscos de falhas na pesquisa de mercado, recomenda-se que inicialmente seja efetuada uma busca nos dados internos do próprio Município, com ênfase ao registro cadastral e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou para objetos semelhantes. Ademais, deve o ente complementar a investigação, buscando informações atualizadas, podendo utilizar, exempli gratia, informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, assim como questionamentos a alguma microempresa ou empresas de pequeno porte local ou regional se existem outras potenciais participantes da licitação. ENTRETANTO, CUSTOS E BENEFÍCIOS DAS MEDIDAS A SEREM ADOTADAS NA REFERIDA PESQUISA DEVEM SER SOPESADOS, DE MODO A EVITAR DANOS AO ERÁRIO.** Se porventura o ente não lograr êxito na perquirição de três fornecedores na localidade e optar pela confirmação de que não há fornecedores aptos a nível regional, a investigação deve ser ainda mais profunda, inclusive por meio da análise de documentos de outros entes a que tenha acesso. Outrossim, é prudente que a Administração, quando não efetuar a licitação diferenciada, **explícite no edital o motivo pelo qual não a realizou, majorando-se a probabilidade de que algum interessado apresente recurso em sentido oposto.**

(c) qual interpretação deve ser conferida ao termo "justificadamente", presente no § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006: A justificativa para aplicação de margem de preferência deve ter por parâmetro a busca de ao menos um dos objetivos dispostos no caput do artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006: promoção do desenvolvimento



PREFEITURA DE BENEDITO NOVO

CNPJ: 83.102.780/0001-08

Rua Celso Ramos, 5.070 – Centro - Benedito Novo - SC

CEP: 89.124-000 – FONE/FAX (47) 3385-0487

Home Page: www.beneditonovo.sc.gov.br

econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. **Ademais, a margem de preferência somente poderá ser aplicada quando as seguintes condições forem cumulativamente preenchidas: (i) o benefício esteja expressamente previsto no ato convocatório, caso em que a Administração será obrigada a contratar a microempresa ou empresa de pequeno porte local ou regional que oferecer o melhor preço, se dentro da margem de preferência e se o valor ofertado espelhar a realidade do mercado; (ii) a microempresa ou empresa de pequeno porte tenha efetivamente participado do certame e oferta durante o procedimento licitatório preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência; (iii) trate - se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado); e (iv) o preço enquadrado dentro da margem de preferência seja compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte.**

(...)

Nestes termos, após o trânsito em julgado da presente decisão, encerre-se e archive-se o feito junto à Diretoria de Protocolo (DP). É o voto. VISTOS, relatados e discutidos. (grifo nosso)

Desse modo, a escolha por somente empresas de pequeno porte, poderia apresentar um revés a próprio Ente, pois, como apresentado, para que a Administração se cerque de garantias para executar um certame nestes termos, poderia ter que investir tempo e dinheiro o que restaria prejudicado o princípio da vantajosidade.

Alguns doutrinadores alegam que a LC n. 123/2006 aplica de maneira desproporcional o princípio do tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas, em dimensão superior ao razoável para compensar as diferenças entre pequenas e grandes empresas, esbarrando assim em ofensa ao princípio da isonomia. Para Marçal Justen Filho:

Somente serão válidos os benefícios instituídos em prol das MEs e EPPs que sejam aptos a assegurar a neutralização das diferenças por elas apresentadas em face das grandes empresas" (O estatuto da microempresa e as licitações públicas. São Paulo: Dialética, 2007, p. 21).

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, conseqüentemente, 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)

Ou seja, a LC n. 123/2006 abre a alternativa de que o tratamento diferenciado conferido à micro e à pequena empresa não seja aplicado caso ele não seja vantajoso para a administração pública ou represente prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Sabe-se, contudo, que a contratação dessas empresas, que possuem pouca escala,



PREFEITURA DE BENEDITO NOVO
CNPJ: 83.102.780/0001-08
Rua Celso Ramos, 5.070 – Centro - Benedito Novo - SC
CEP: 89.124-000 – FONE/FAX (47) 3385-0487
Home Page: www.beneditonovo.sc.gov.br

não raras vezes compromete a economicidade da compra pública e findam por levar a Administração Pública a celebrar contrato menos vantajoso.

Desta forma, entendo que, não havendo informação quanto a existência de pelo menos 3 fornecedores locais ou regionais do objeto da licitação capazes de cumprir as exigências do edital e de que haveria vantagem à administração como limitação de participantes, não cabe a esta Prefeitura cercear a competitividade das licitações e sim, aprimorar e acreditar que todos os fornecedores são bem-vindos a participarem dos certames.

Destarte, como sugestão, apresentamos texto a ser inserido no Edital, contemplando o princípio da competitividade:

“Justifica-se que o presente processo licitatório NÃO CONTEMPLA A “EXCLUSIVIDADE” PARA CONTRATAÇÃO DE “ME” E “EPP” com fundamento no art. 49, inciso II e III, LC 123/2006.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (Vide Lei nº 14.133, de 2021

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;”

III – DA DECISÃO

Assim, pelos motivos expostos, opino por **RECONHECER a IMPUGNAÇÃO** e recomendar à Comissão de Pregão para que **RETIFIQUE** o Edital de modo que amplie o arco de competição em obediência aos princípios licitatórios.

Ante o exposto, ressaltando-se melhor entendimento em sentido diverso e resguardando o poder discricionário do Administrador quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo, pelas razões acima enunciadas, **OPINA-SE pelo deferimento do impugnação apresentada ao edital do processo administrativo nº073/2021 – Pregão Presencial nº073/2021.**

Benedito Novo/SC, 07 de junho de 2021.


MIGUEL ANGELO SOAR
OAB/SC n. 6.699 - Assessor Jurídico