

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO (A) DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA SUL-RIO-GRANDENSE

EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 09/2021

TELEALARME BRASIL EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Avenida Saldanha Marinho, nº 16, Pelotas, Rio Grande do Sul, devidamente inscrita no CNPJ sob nº 87.215.299/0001-80, por seu representante abaixo firmado, vem respeitosamente na presença deste Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital de Pregão Eletrônico supracitado, com base nos seguintes fatos e fundamentos que passamos a expor:

I. DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, tendo em vista a data marcada para a sessão de abertura da licitação sendo, portanto, 03 (três) dias úteis antes da data de abertura das propostas, conforme dispõe o edital:

21 DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

21.1 Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

21.2 A impugnação deverá ser realizada por forma eletrônica, pelo e-mail: pregao@pelotas.ifsul.edu.br.

II. DOS FATOS

O IFSul Campus Pelotas instaurou procedimento licitatório, na modalidade Pregão, na forma Eletrônica, sob nº 09/2021, visando a “contratação de serviços de rastreamento veicular, a ser prestado no Câmpus Pelotas do Instituto Federal Sul-rio-grandense”.

Interessada em participar da licitação, a ora Impugnante denota, no entanto, fatos que restringem a competitividade do certame e também a falta de documentos habilitatórios importantes, cuja prévia correção mostra indispensável à abertura do certame e formulação de propostas.

Eis os fatos.

III. DA RESTRIÇÃO A COMPETITIVIDADE

DA EXCLUSIVIDADE A MICRO EMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

O Edital, ora impugnado, tem como objetivo a seleção de propostas, visando a contratação de empresa especializada para o serviço de rastreamento veicular, destinados a atender a demanda existente no IFSul Campus Pelotas, conforme especificações e quantidades estimadas no Termo de Referência constante no referido Edital.

Ocorre que o item do referido Edital limita a participação no certame às Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte (as “ME’s e EPP’s”), utilizando como fundamento para tanto a Lei Complementar nº 147/2014 que promoveu alterações na Lei Complementar nº 123/2006 e instituiu que nas contratações públicas, **quando for vantajoso para a Administração Pública**, deverá ser concedido tratamento

diferenciado e simplificado para as ME's e EPP's, desde que tal condição seja previamente informada no ato do envio da proposta, 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.

Com base na legislação acima indicada, e desde que vantajoso para Administração Pública ou não haja um prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado **ou ainda havendo um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME's e EPP's sediados local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório** ou não sendo o objeto caso de dispensa ou inexigibilidade, nos termos dos incisos I, II e III do artigo 49 da referida lei, tornou-se obrigatória a exclusividade na participação de ME's e EPP's nas contratações para concorrências públicas cujo valor total, ainda que por item, seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), conforme inciso I do artigo 48 da referida lei.

O presente Edital faz uso do inciso I do artigo 48 e limita a participação no certame exclusivamente para ME's e EPP's, sem se ater a Administração Pública ao que preconiza os incisos II e III do art. 49, que admitem situações em que a exclusividade prevista no inciso I do artigo 48 não deverá ser observada, notadamente quando essa obrigatoriedade possa, de alguma maneira, causar prejuízo à Administração Pública, situação que, como se verá abaixo, é exatamente o caso do Edital ora impugnado.

Ou seja, há 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME/EPP que atue na região? Além disso, os orçamentos balizadores dessa licitação foram enviados por empresas enquadradas como ME/EPP?

Pela nova legislação (Lei Complementar nº 147/2014), a Administração Pública, em determinadas situações, deverá limitar seu universo de potenciais fornecedores junto a esta classe de empresas, QUANDO ENTENDER QUE NÃO HÁ DESVANTAGENS QUE PODERIAM AFASTAR A APLICAÇÃO DE TAL LIMITAÇÃO, NOS TERMOS DO INCISO III, DO ARTIGO 49 DA REFERIDA LEI.

Percebe-se, portanto, que o uso de tal condição de exclusividade para MP's e EPP's sem considerar as excludentes previstas nos incisos do artigo 49 da referida lei representa a criação de uma barreira de mercado imposta artificialmente pelo ente contratante em questão por meio das regras editalícias (barreira legal) à entrada de outros fornecedores de produtos e serviços para a Administração Pública, o que prejudica a livre concorrência, a captação dos benefícios financeiros de economias de escala e premia, ainda, a concentração e ineficiências de mercado, deixando à Administração Pública completamente exposta a preços que não condizem com a prática de mercado do objeto em questão, mas que na realidade condizem com aqueles preços que forem apresentadas por um reduzido grupo de empresas que se qualificam como ME's e EPP's para o fornecimento pretendido, portanto, desconsiderando outras propostas de fornecedores com estruturas de custos diversas, inclusive voltada ao atacado, e, portanto, mais vantajosas à Administração Pública.

A utilização indiscriminada desta cláusula de exclusividade, sem levar em conta características do mercado do objeto específico da contratação, conforme inclusive prevê o inciso III, do artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06, conforme alterada pela Lei Complementar nº 147/14, tem um evidente potencial lesivo ao Erário, transferindo a este os custos relativos a uma maior concentração de mercado no fornecimento para o ente contratante, decorrente da menor concorrência resultante desta limitação editalícia.

Conforme acima demonstrado, o inciso I, do artigo 48 da Lei Complementar n° 123/2006, com a alteração dada pela Lei Complementar n° 147/2014 determinou que **um** dos requisitos obrigatórios que deve ser observado para que a Administração Pública realize processo licitatório exclusivamente para ME's e EPP's é que o valor de tal contratação seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Os demais **TRÊS** requisitos obrigatórios que devem ser observados pela Administração Pública para que realize processo licitatório exclusivamente para ME's e EPP's vêm tratados nos incisos II, III e IV, do artigo 49 da mesma Lei Complementar n° 123/2006, com a alteração dada pela Lei Complementar 147/2014:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I – (Revogado)

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 n°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. (grifo nosso)

Vale dizer, as ME's e EPP's reconhecidamente possuem uma menor capacidade de comercialização em volume, pois adquirem produtos em menor

quantidade e têm de agregar a eles, como qualquer empresa, seus custos diversos (e.g. tributos, logística, despesas e lucros), durante toda a cadeia comercial até a finalização da venda.

A estrutura de custos de ME's e EPP's, portanto, reflete estas ineficiências decorrentes de sua menor capacidade de comercialização em volume, e o preço final a qualquer consumidor seu é superior por item, se comparado com os preços praticados pelas empresas de grande porte, as quais, por trabalharem com uma grande quantidade de produtos, em economias de escala que refletem sua maior capacidade de comercialização em volume, podem oferecer preços mais vantajosos a quaisquer de seus clientes, inclusive para a Administração Pública, quando esta adquire por meio de licitação estes mesmos produtos neste mesmo mercado competitivo.

Assim, conforme já exposto, a limitação indiscriminada de licitações exclusivamente para a participação em ME's e EPP's, sem ater-se a todos os requisitos previstos na lei, tem feito com que os entes públicos em geral adquiram produtos em valores superiores ao praticados no mercado, gerando um aumento excessivo e desnecessário nos gastos públicos que, a rigor, devem buscar a melhor proposta para o ente da Administração Pública em questão.

Ademais, o interesse público – de obter preços mais vantajosos à administração, diminuindo o custo do dinheiro público, através da ampla competitividade – não pode ser subtraído pelo interesse privado das microempresas e empresas de pequeno porte. A jurisprudência assim estipula, nesse sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. RESTRIÇÃO DO CERTAME A MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DE VANTAGEM À

ADMINISTRAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. RECURSO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1) A Lei Complementar Federal nº 123/06 e o Decreto nº 8.538/2015 impõem ao Poder Público a concessão às microempresas e empresas de pequeno porte de tratamento diferenciado com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

2) Sob esse aspecto, o edital impugnado não perpetrou ilegalidade ao excluir da disputa as empresas de maior porte, considerando que o objeto do pregão por itens não excede o limite legal de R\$ 80.000,00.

3) O valor global não influi na observância do mencionado limite, haja vista que para cada item há concorrência autônoma entre as empresas participantes do certame, como já decidiu o Tribunal de Contas da União.

4) Por outro lado, a Lei Complementar nº 123/2006 excepciona a aplicação dessa regra nas hipóteses previstas no art. 49, dentre as quais se inclui a ausência de vantagem para a Administração.

5) Quanto ao pregão objeto dos autos, a comparação dos preços dos mesmos medicamentos licitados com os alcançados em pregões efetuados nos Municípios de Bom Jesus do Norte e São Gabriel da Palha, em que houve ampla concorrência, resultou na exorbitante diferença de R\$ 233.025,35.

6) Com efeito, revela-se minimamente demonstrado que **o procedimento adotado pelo Município recorrido pode implicar extrema onerosidade às contas públicas, configurando a exceção legal de que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte integrantes da licitação não são vantajosas à Administração Pública.**

7) Recurso provido. Agravo interno prejudicado. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade, dar provimento ao recurso e julgar prejudicado o agravo interno. Vitória, 12 de setembro de 2017. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DESEMBARGADOR

RELATOR. (TJ-ES - AI: 00006554520178080044, Relator: JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Data de Julgamento: 12/09/2017, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/09/2017)

Em recente decisão, datada em 21/10/2020, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em unanimidade, assim se assentou:

REMESSA NECESSÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR - EDITAL QUE PERMITIU A PARTICIPAÇÃO APENAS DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - HIPÓTESES DO ART. 49 DA LEI COMPLEMENTAR 123/2016 NÃO EVIDENCIADAS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA.

1. O incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte se traduz em política econômica de desenvolvimento social e regional. Prestigia-se o pequeno negócio na busca de amplitude comercial futura, com geração de emprego e renda. O art. 170, IX, da CF/88, traduz exatamente essa orientação.

Ocorre que, muito embora o art. 48 da LC 123/2016 autorize a contratação exclusiva com EPP ou ME nas compras de até R\$ 80.000,00, o art. 49 da mesma lei **ELENCA AS HIPÓTESES EM QUE TAL REGRA NÃO SE APLICA:**

- a) quando inexistente pelo menos três fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresas de pequeno porte sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; ou
- b) se não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

No caso concreto, não há demonstração de que tenham sido atendidos aos requisitos do art. 49, incs. II e III, da LC 123/2016, de sorte que é de ser afastada a limitação do certame à participação exclusiva de microempresas ou empresas de pequeno porte.

2. Remessa desprovida.

(REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL Nº 5000378-71.2019.8.24.0126/SC)

Ainda durante seu voto, o Relator da Remessa Necessária Cível, Desembargador Hélio do Valle Pereira, manifestou que **“quanto a esse aspecto, o impetrado não demonstrou existência de pelo menos três fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresas de pequeno porte sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (inc. II).”**

Dessa forma, como não foram preenchidos os requisitos contidos no art. 49, incisos II e III da Lei Complementar 123/2016, é necessário ser mantida a decisão que afastou a limitação do certame à participação exclusiva de microempresas ou empresas de pequeno porte.

Diante de todo o exposto, requer se digno V.Sa. a receber, processar e deliberar sobre a presente IMPUGNAÇÃO para que seja acolhida com a consequente determinação de abertura da participação de todas as empresas interessadas em participar da licitação prevista no Edital do Pregão Eletrônico nº 09/2021.

IV. DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO (FALTA)**a. DA NECESSIDADE DA PRÉVIA CONTRATAÇÃO PARA USO COMERCIAL DE SERVIÇO ELETRÔNICO DE MAPAS**

Conforme se observa do Instrumento Convocatório, o mesmo tem como objeto à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de rastreamento veicular.

A par do objeto licitado, o Edital é omissivo em exigir a comprovação, **para fins de habilitação dos licitantes**, de requisitos mínimos e indispensáveis ao

desenvolvimento lícito da atividade de gerenciamento e manutenção em questão, consistente na disponibilidade – no momento do ingresso ao certame - de contratação oficial autorizando **o uso comercial** e ilimitado junto a empresa que disponibilize serviço eletrônico de mapas, permitindo a visualização dos veículos em mapas ou fotos georreferenciadas em tempo integral, dispondo da plena base cartográfica dos municípios brasileiros.

Reforça-se que a autorização para o uso comercial dos serviços de mapas é elemento indispensável e condicionante à regular prestação do serviço a ser contratado pelo Ente Municipal. Isso porque, se a empresa licitante não dispõe da referida documentação quando do ingresso e eventual habilitação, é porque até aquela oportunidade, se de fato possuía experiência prévia no ramo em questão, a obteve mediante **atuação ilegal no mercado**, valendo-se da reprodução de programa de computador sem a autorização expressa do titular da obra (consequentemente, sem a devida licença de uso).

Não há como se admitir que futura licitante preste serviço em prol da administração pública sem possuir autorização por parte da empresa que detém seus direitos e o comercializa, sob pena de constituir a prática de “pirataria corporativa” (reprodução do software no trabalho sem as respectivas licenças de uso).

O artigo 9º da Lei 9.609/1998 — lei de proteção da propriedade intelectual de programa de computador — determina que o uso de software no Brasil será objeto de contrato de licença. Com isso, para cada usuário que tiver acesso ao sistema precisa ter uma licença.

Diga-se, que a pena para a violação de direitos autorais de programa de computador para fins comerciais, tal como poderá ocorrer, é de reclusão de 1 a 4 anos e multa (artigo 12 da lei 9.609/1998). E não é demais destacar, que o ilícito em

questão se estenderá à própria administração municipal, que estará se beneficiando diretamente do uso ilícito do software, arcando com seus reflexos patrimoniais inclusive.

É fato de extrema gravidade a não apresentação de contrato que garanta à licitante a adequada licença para fornecimento e utilização dos mapas **no momento da habilitação**, vez que é a base fundamental para disponibilização do serviço de rastreamento veicular (o qual se espera tenham as licitantes experiência anterior). Sem base de mapas não há serviço de rastreamento (pelo menos, não de forma lícita).

Tal exigência é adotada por diversos órgãos quando da contratação dos serviços de rastreamento veicular, conforme segue exemplo:

a) Prefeitura de Santo Ângelo – Edital Pregão Presencial nº 37/2019:

7.1.3. Qualificação Técnica

[...]

c) Possuir a licença de uso dos mapas do Google, devidamente comprovada por contrato de prestação de serviço.

Obs: Caso o contrato seja com fornecedor do Google, devera apresentar junto o Certificado de Parceiro, emitido no site do Google.

b) Prefeitura de Eldorado do Sul – Edital Pregão Eletrônico nº 042/2019:

4. DA DOCUMENTAÇÃO PARA HABILITAÇÃO

[...]

X) Contrato de prestação de serviço de mapas entre a empresa da licitante proponente e o respectivo provedor de mapas da base de dados do Google Maps ou equivalente.

Pelos fundamentos acima, percebe-se que a persistência da omissão existente no Edital de Pregão Eletrônico nº 09/2021, ocasionará possivelmente a indesejada prestação de serviço de extrema relevância, sem adoção de critérios e padrões mínimos de segurança adequados para o caso.

Pelo exposto, pedido que passe a exigir na documentação de Habilitação Técnica a seguinte redação:

10.10.3 Possuir a licença de uso dos mapas do Google, devidamente comprovada por contrato de prestação de serviço.

Observação: caso o contrato seja com fornecedor do Google, deverá apresentar junto o Certificado de Parceiro, emitido no site do Google.

b. DA INSCRIÇÃO DA LICITANTE NO ÓRGÃO COMPETENTE

O edital também é omissivo sobre a inscrição da empresa no órgão competente, como no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia, pois se trata de instalação de equipamentos em veículos novos e usados e por isso é de suma importância que haja essa certidão, ainda quando existirem veículos na garantia.

Quanto à qualificação técnica para realizar o serviço previsto no edital vale analisar o entendimento do Prof. Marçal:

O conceito de qualificação técnica é complexo e variável, refletindo a heterogeneidade dos objetos licitados. **Cada espécie de contratação pressupõe diferentes habilidades ou conhecimentos técnicos.** É implausível imaginar algum caso em que a qualificação técnica seria irrelevante para a administração. Quando muito, poderia imaginar-se que o objeto é suficientemente simples para ser executado por qualquer profissional de uma certa área. Por exemplo, suponha-se que a Administração necessite contratar serviços de marcenaria muito simples. A

qualificação técnica poderá restringir-se à comprovação da titularidade da profissão de marceneiro, mas é obvio que não poderia ser contratada pessoa destituída de qualquer habilidade nesse setor. Como decorrência, a determinação do requisitos de qualificação técnica far-se-á caso a caso, em face das circunstâncias e peculiaridades das necessidades que o Estado deve realizar. **Caberá à Administração, na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes.** Fone: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição. (grifo nosso)

Portanto, verificando que se trata de serviço especializado em rastreamento veicular, com manutenção preventiva e corretiva é necessário levar em consideração a espécie de serviço a ser executados, pois se trata de patrimônio público.

O artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93 deixa bem claro a necessidade de exigência de qualificação técnica no processo licitatório, trazendo a seguinte redação:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

- I - registro ou inscrição na **entidade profissional competente**;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Entendermos que a exigência de qualificação técnica em processo licitatório tem como único objetivo, a prestação de garantia para a Administração Pública de que o serviço que será licitado será executado por empresa com capacidade técnica para isso. Garantia de que a empresa possui condições mínimas para executar com presteza e segurança o serviço ora licitado.

Diante disso, é claro e transparente que, o serviço a ser contrato nesse objeto é de Engenharia. É necessária a exigência do registro da empresa licitante na entidade profissional competente. Para os serviços de rastreamento é necessário cadastro da empresa no CREA e que haja a emissão de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART quando do início dos serviços.

Pedimos que passe a constar como documento de habilitação técnica a seguinte exigência:

9.10.4 Registro da empresa no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado sede do licitante, em validade.

V. DO PEDIDO

Posto isso, requer-se que a presente impugnação seja recebida e provida, para fim que o Edital do Pregão Eletrônico nº 09/2021, seja revisto e passe a contemplar as alterações ora pleiteadas.

Nestes termos, espera deferimento.

GUILHERME
MARTINS
ARNHOLD:032533
79000

Assinado de forma digital
por GUILHERME MARTINS
ARNHOLD:03253379000
Dados: 2021.08.20
10:54:59 -03'00'

Pelotas/RS, data da assinatura eletrônica.

Guilherme Martins Arnhold
Coordenador do Departamento de Licitações



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL Nº 5000378-71.2019.8.24.0126/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA

PARTE AUTORA: TRANSPORTE E TURISMO SANTO ANTONIO LTDA
(IMPETRANTE)

PARTE RÉ: PREGOEIRO OFICIAL - MUNICÍPIO DE ITAPOA - ITAPOÁ (IMPETRADO)
E OUTROS

EMENTA

REMESSA NECESSÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE ESCOLAR - EDITAL QUE PERMITIU A PARTICIPAÇÃO APENAS DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - HIPÓTESES DO ART. 49 DA LEI COMPLEMENTAR 123/2016 NÃO EVIDENCIADAS - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA.

1. O incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte se traduz em política econômica de desenvolvimento social e regional. Prestigia-se o pequeno negócio na busca de amplitude comercial futura, com geração de emprego e renda. O art. 170, IX, da CF/88, traduz exatamente essa orientação.

Ocorre que, muito embora o art. 48 da LC 123/2016 autorize a contratação exclusiva com EPP ou ME nas compras de até R\$ 80.000,00, o art. 49 da mesma lei elenca as hipóteses em que tal regra não se aplica: **a)** quando inexistente pelo menos três fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresas de pequeno porte sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; ou **b)** se não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

No caso concreto, não há demonstração de que tenham sido atendidos aos requisitos do art. 49, incs. II e III, da LC 123/2016, de sorte que é de ser afastada a limitação do

certame à participação exclusiva de microempresas ou empresas de pequeno porte.

2. Remessa desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento à remessa, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 20 de outubro de 2020.

Documento eletrônico assinado por **HELIO DO VALLE PEREIRA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **342307v5** e do código CRC **c357714a**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): HELIO DO VALLE PEREIRA
Data e Hora: 21/10/2020, às 15:56:46

5000378-71.2019.8.24.0126

342307.V5



**ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL Nº 5000378-71.2019.8.24.0126/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA

PARTE AUTORA: TRANSPORTE E TURISMO SANTO ANTONIO LTDA
(IMPETRANTE)

PARTE RÉ: PREGOEIRO OFICIAL - MUNICÍPIO DE ITAPOÁ - ITAPOÁ (IMPETRADO)
E OUTROS

RELATÓRIO

Transporte e Turismo Santo Antonio Ltda. impetrou mandado de segurança em relação a ato atribuído ao Pregoeiro Oficial do Município de Itapoá, o qual dizia respeito à sua exclusão do pregão presencial 49/2019, que apenas admite participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

A sentença foi de procedência:

Ante o exposto, CONCEDO a segurança do presente mandamus, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, extinguindo o feito, para DECLARAR a nulidade do item 4.5 do Pregão Presencial n. 49/2019 – Registro de preços n. 34/2019, porquanto inviável a limitação do certame às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP).

A Fazenda Pública é isenta das custas processuais, consoante arts. 33 e 35, 'h', da LCE 156/1997.

Sem honorários, consoante art. 25 da Lei 12.016/2009 e enunciados sumulares 512 do STF e 105 do STJ.

Oficie-se a autoridade coatora e a pessoa jurídica interessada, conforme art. 13 da Lei 12.016/2009.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 14, §1º, da Lei n. 12.016/09).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Os autos vieram a este Tribunal de Justiça apenas por conta da remessa necessária encartada na sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento da reexame (evento 4).

VOTO

1. O incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte se traduz em política econômica de desenvolvimento social e regional. Prestigia-se o pequeno negócio na busca de amplitude comercial futura, com geração de emprego e renda.

O art. 170, IX, da CF/88, traduz exatamente essa orientação ao estabelecer que haverá *"tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País."*

Por sua vez, a Lei Complementar 123/2016 disciplina o seguinte:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

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);

II – poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

2. Houve licitação para contratação de empresa prestadora de serviço de transporte escolar.

Ocorre que, muito embora o art. 48 da LC 123/2016 autorize a contratação exclusiva com EPP ou ME nas compras de até R\$ 80.000,00, o art. 49 da mesma lei elenca as hipóteses em que tal regra 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;

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; -grifei-

IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos art. 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 regra é que as microempresas e empresas de pequeno porte gozem de privilégios na contratação com o Poder Público (art. 5-A da Lei 8.666/1993), sem impedimento quanto aos demais concorrentes. Todavia, optando a Administração pela restrição da competição, as hipóteses do art. 49 da LC 123/2016 devem ser todas descartadas.

Quanto a esse aspecto, o impetrado não demonstrou a existência de pelo menos três fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresas de pequeno porte sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (inc. II).

Aliás, como apontado pela Juíza de Direito Aline Vasty Ferrandin: "*além da impetrante, apenas outras duas empresas – estas classificadas como Microempresas (ME) ou Empresas de Pequeno Porte (EPP) - manifestaram interesse na disputa, o que autoriza concluir pela inexistência do mínimo legal de fornecedores enquadrados na LC n. 123/06 que justifique a exclusividade do certame*" (evento 31 da origem).

Depois, também não houve indicação de que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte seja verdadeiramente vantajoso para a Administração (inc. III). Pelo contrário, a restrição à viabilidade de competição tende a trazer prejuízo aos cofres públicos. O edital de pregão n. 49/2019 também não traz justificativa para o impedimento.

Em caso semelhante, colho deste precedente do TJES que considerou inviável a restrição imposta por município ante o comprovado prejuízo para os cofres públicos:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. RESTRIÇÃO DO CERTAME A MICROEMPRESAS

E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DE VANTAGEM À ADMINISTRAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. RECURSO PROVIDO. AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

1) A Lei Complementar Federal nº 123/06 e o Decreto nº 8.538/2015 impõem ao Poder Público a concessão às microempresas e empresas de pequeno porte de tratamento diferenciado com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

2) Sob esse aspecto, o edital impugnado não perpetrou ilegalidade ao excluir da disputa as empresas de maior porte, considerando que o objeto do pregão por itens não excede o limite legal de R\$ 80.000,00.

3) O valor global não influi na observância do mencionado limite, haja vista que para cada item há concorrência autônoma entre as empresas participantes do certame, como já decidiu o Tribunal de Contas da União.

4) Por outro lado, a Lei Complementar nº 123/2006 excepciona a aplicação dessa regra nas hipóteses previstas no art. 49, dentre as quais se inclui a ausência de vantagem para a Administração.

5) Quanto ao pregão objeto dos autos, a comparação dos preços dos mesmos medicamentos licitados com os alcançados em pregões efetuados nos Municípios de Bom Jesus do Norte e São Gabriel da Palha, em que houve ampla concorrência, resultou na exorbitante diferença de R\$ 233.025,35.

6) Com efeito, revela-se minimamente demonstrado que o procedimento adotado pelo Município recorrido pode implicar extrema onerosidade às contas públicas, configurando a exceção legal de que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte integrantes da licitação não são vantajosas à Administração Pública.

7) Recurso provido. Agravo interno prejudicado. (AI 0000655-45.2017.8.08.0044, rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama)

Aliás, por tais motivos, o AI 5002752-50.2019.8.24.0000 interposto pela impetrante foi provido, em acórdão de minha relatoria, para suspender o pregão presencial n. 49/2019 do Município de Itapoá.

Dessa, forma, como não foram preenchidos os requisitos contidos no art. 49, incisos II e III da Lei Complementar 123/2016, é de ser mantida a decisão que afastou a limitação do certame à participação exclusiva de microempresas ou empresas de pequeno porte.

3. Assim, voto por conhecer e negar provimento à remessa.

Documento eletrônico assinado por **HELIO DO VALLE PEREIRA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **342306v4** e do código CRC **7fedb546**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): HELIO DO VALLE PEREIRA

Data e Hora: 21/10/2020, às 15:56:46

5000378-71.2019.8.24.0126

342306.V4