

Roberta da Silveira Martins
OAB/SC 57857



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO LIMINAR – URGENTE

ROBERTA DA SILVEIRA MARTINS, brasileira, divorciada, advogada, portadora do RG-RS nº 6082949394 e do CPF nº 039.045.899-62, residente e domiciliada na Rua José Gall, nº 910, Ap nº 504, Bairro Dom Bosco, CEP: 88.307-100 - Itajaí – SC, inscrita na OAB/SC sob o nº 57857, vem, respeitosamente perante Vossa Excelência oferecer **DENÚNCIA (REPRESENTAÇÃO)**, com fulcro no artigo 113, § 1º e § 2º da Lei nº 8.666/, contra ato do Ilustre Prefeito do Município de **CURVELO/MG** e do Ilustre Pregoeiro responsável pela licitação que objetiva o *Registro de Preços para fornecimento de pneus novos, câmaras de ar e protetores, para manutenção dos veículos leves e pesados pertencentes à frota mecanizada do Município de Curvelo*, pelos fatos e motivos adiante expostos:



O processo licitatório referente ao **Pregão Eletrônico nº 038/2020**, com data prevista para a entrega dos envelopes proposta de preços e documentos de habilitação para o **dia 13 de julho de 2020** é restritivo, pois fere gravemente o que preceitua a Lei Complementar nº 123/2006 alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, por dar interpretação errônea e restritiva ao seu Artigo 48, como segue abaixo a transcrição de parte do referido edital:

3 - CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

3.1 – Poderão participar do presente Pregão Eletrônico as empresas:

3.1.1 – Para os itens 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 e 46 (Exclusivos) - que se enquadrarem como Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte - EPP, ou Equiparadas(...)

3.1.2 - Para o item 36 - Cota Principal 75% (inciso III, do art. 48 da Lei nº 147/2014) - que atenderem a todas as exigências, inclusive quanto à documentação constante deste Edital, e seus Anexos e/ou estiverem devidamente cadastradas junto ao órgão provedor do sistema, através do site www.portaldecompraspublicas.com.br.

3.1.3 – Para o item 36A - Cota Reservada 25% (inciso III, do art. 48 da Lei nº 147/2014) - que se enquadrarem como Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte - EPP, ou equiparadas (...)

Página 01 do edital

Tem, porém, que a destinação exclusiva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte fere justamente o disposto do artigo 48, inciso I, da LC 123/2006, alterada pela LC 147/2014, vez que houve interpretação deturpada de tal dispositivo. Vejamos:

LEI COMPLEMENTAR Nº 147, DE 7 DE AGOSTO DE 2014



“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.

(...)

Cabe aclarar que, com a nova redação dada pela LC 147/2014, acabou com qualquer dúvida em relação à imperatividade de se materializar os benefícios dados às microempresas e empresas de pequeno porte quando estas participam de procedimentos licitatórios. Entretanto, ainda que o objeto da licitação seja o registro de preços por item, trata-se de um único processo licitatório, logo, os valores de todos os itens de contratação somados não poderão superar o teto legal de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista que o objetivo precípua é alcançar o melhor preço à administração pública, portanto, favorecer a competitividade. Assim, como no presente caso o valor global de referência dos itens é superior a tal valor legalmente previsto, conforme transcrição abaixo exposta, será necessária a retificação do edital para se adequar ao teto legal.



ANEXO II

VALORES DE REFERÊNCIA

1- Conforme exigência legal, o Departamento de Suprimentos do Município realizou pesquisa de preços de mercado junto a empresas do ramo do objeto licitado e apurou a média estimativa global no valor de R\$ 446.190,05 (quatrocentos e quarenta e seis mil, cento e noventa reais e cinco centavos) (...)

Página 26 do Edital.

Acerca do tema, a Assessora/Procuradora jurídica do TCE-SP, Dra. Claudine Corrêa Leite Bottesi, emitiu parecer, através de brilhante artigo, no qual elucidou o seguinte entendimento:

No tocante à expressão “itens de contratação” prevista no dispositivo, emergem inúmeras indagações.

Por exemplo, surge a dúvida: numa mesma licitação cujo valor total some R\$ 800.000,00 (oitocentos mil), mas composta por 10 lotes de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), cada lote deverá ser exclusivo para MPes?

*Em meu pessoal entendimento a resposta é negativa. Ora, o legislador previu no inciso III do artigo 48 a possibilidade de se reservar um percentual da contratação para as MPes – trata-se da denominada cota reservada de até 25% que se examinará a seguir - de modo que não haveria lógica em se impor diversos tipos de cotas e percentuais num mesmo certame, o que, a toda evidência, configuraria reserva de mercado a MPes, em prejuízo à competitividade. E neste sentido a expressão “itens de contratação” me parece indicar que se trata do valor do contrato em si, da licitação propriamente dita, até o valor máximo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). (Bottesi, Claudine Corrêa Leite, **artigo: o fortalecimento do tratamento diferenciado***



dispensado às microempresas e as empresas de pequeno porte nas compras públicas, TCE-SP, Agosto de 2015). (Decisão Anexa).

Ainda acerca do tema, destacamos recente decisão do TCE/SP, do ilustríssimo Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, que proferiu o seguinte entendimento:

No presente caso, o valor estimado da licitação atinge R\$ 4.465.000,00 (quatro milhões, quatrocentos e sessenta e cinco mil reais). Nenhuma objeção, portanto, à reserva dos lotes 04 a 05 para as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP). A cota (no valor total de R\$ 680.000,00), não obstante inferior ao percentual de 25% do objeto licitado, atende o disposto no inciso III do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123/06. No que se refere ao disciplinado pelo inciso I do artigo 48 da Lei, a conclusão é no sentido da obrigatoriedade de realização de certame exclusivo às ME's e EPP's para as compras, serviços e obras com valor estimado de até R\$ 80.000,00, desde que atendidos os demais pressupostos legais. Busca a representante, todavia, que o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) seja aplicado para cada lote em disputa, interpretação que não encontra amparo legal e tampouco na jurisprudência da Corte. (Processo 00011881.989.17-2, Representante Júlia Baliego da Silveira, Representado Município de Itapeçerica da Serra; Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues; julgado em 19/07/2017). (Decisão Anexa).

Diante da decisão e do parecer jurídico proferidos por ilustres membros do TCE/SP, infere-se que o município está fazendo interpretação equivocada do dispositivo apontado, ao passo que, a limitação “por item” refere-se ao valor global do contrato, e



não a cada item que este possui, mesmo sendo esta a modalidade do pregão.

Outro fator que corrobora este argumento reside no fato do Artigo 49 da mesma lei, estabelecer que não haja aplicação de tal privilégio se isto acarretar eminente prejuízo à administração pública, o qual, no presente caso é evidente, ao passo que está cerceando a ampla competitividade, obstando a consecução da melhor proposta.

Outrossim, outro requisito para a concessão dos benefícios da lei é a comprovação da existência de no mínimo 03 fornecedores competitivos enquadrados como MEPs e, ainda, que sejam sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do edital.

Ou seja, não basta que as MEPs sejam qualificadas como tal, devem, também, ser sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências do instrumento convocatório. Além disso, como já exposto anteriormente, o tratamento diferenciado deverá ser vantajoso, aliando o melhor preço e opção à administração pública. Vejamos:

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

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)

II - não houver um mínimo de 03 (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.

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

Deste modo, da leitura do inciso III do artigo 49 é possível inferir que a Administração Pública poderá recusar a aplicação do tratamento diferenciado a MPEs quando não vislumbrar a economicidade do certame, de tal modo que se mostre inconveniente e não eficiente a aplicação da política na aquisição de determinado bem ou contratação de serviço.

Ademais, a Lei Complementar 123/2006 prevê benefícios às ME- EPP's, como preferência de contratação destas em caso de empate:

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

1o Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.



2o Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1o deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.”

Isto posto, não somente existe o empate para valores idênticos, mas também, os Artigos 44 e 45 da LC 123 criaram uma espécie de *empate ficto*. Ele ocorre quando a proposta mais bem classificada for apresentada por empresa que não seja ME-EPP e a proposta esteja até 10% mais elevada ou até 5% quando a modalidade for Pregão. O empate ficto tem por objetivo que as ME-EPPs sejam privilegiadas com o direito de cobrir a oferta da até então melhor classificada. Se a empresa entender que não tem condições de fazer a oferta, a licitação terá continuidade. Será verificado se há outra ME-EPP em condição de empate ficto para usufruir do benefício.

No Pregão, visto suas particularidades, será considerada como a melhor proposta aquela resultante da fase de lances e de acordo com o Artigo 45, §3º deve a ME-EPP, que detém a posse do direito de preferência, apresentar nova proposta no prazo de 5 minutos sob pena de preclusão.

Pode-se mencionar ainda a cota de 25% do objeto para ME-EPPs, que deverá ocorrer quando o objeto da licitação tiver natureza divisível. Assim, a licitação terá duas cotas: até 75% do objeto para cota principal e uma cota de até 25% do objeto para que seja disputado **exclusivamente** por ME-EPPs. Tal determinação está prevista no Artigo 48, III da LC 123/06:



Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

(...)

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. [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014\)](#)

Destarte, em face de todo o exposto, é cristalino que houveram equívocos por parte desta administração pública, cabendo, portanto, a revisão de tal ato para livrar o certame de tais vícios evidentes:

Nesse sentido temos Jurisprudência do STF:

“Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113º, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do artigo 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir efetividade de suas decisões.”(MS nº 24.510, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 27.08.2004)

(...)

Há Jurisprudência do STF que condiz com o mesmo entendimento:

(...) persegue a Administração no procedimento licitatório a satisfação do interesse público, mediante a escolha da proposta mais vantajosa, mas sem deixar de lado a necessária moralidade



e o indispensável asseguramento da igualdade entre os participantes, premissas de assentada constitucional, notadamente no art.37, caput e inciso XXI, da Carta Magna.(...)(RMS nº 23.714/DF, 1ª T., rel. Min.Sepúlveda Pertence. J. em 05.09.2000)
(...)

Cabe aqui fazer a transcrição do artigo 37 caput e inciso XXI da Constituição Federal:

Art.37- Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

(...)

No presente caso ainda vislumbramos elementos suficientes para a concessão da medida liminar, pois há lastros evidentes de dano irreparável ao direito pretendido, assim como verossimilhança das alegações. Vejamos:



O periculum in mora reside no fato de a demora da apreciação do mérito da presente questão, resultar em um dano irreparável antes da decisão desta corte, tendo em vista que o pregão será realizado no **dia 13 de julho de 2020**, portanto, cerceando a participação das empresas interessadas que não atendam aos requisitos do edital.

O fumus bonus iuris, como já exposto anteriormente, encontra amplo amparo legal, tendo em vista que as medidas apontadas no edital são restritivas e afetam a ampla competitividade, portanto, atentando contra o artigo 3º da Lei 8.666/93 e no fato de que a medida liminar pode ser deferida até data de assinatura do contrato e início do fornecimento do objeto licitado.

Assim, submete à consideração de Vossa Excelência os fatos acima articulados requerendo a instauração da competente representação, com a **concessão da medida liminar de suspensão**, e consequentemente do competente procedimento para apurar os fatos que, como expostos, se comprovados, constituem não só atos contrários e atentatórios aos princípios da Administração Pública, como também à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, garantindo assim, o princípio da igualdade constitucionalmente estabelecido e fazendo valer os dispositivos legais contidos na Lei Federal nº 8.666/93.

E por fim, requer, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal do Brasil, que as decisões tomadas relativas ao presente pedido sejam informadas diretamente à denunciante no e-mail marcalrepresentacao@gmail.com.

Roberta da Silveira Martins
OAB/SC 57857



Itajaí/SC, 08 de julho de 2020.

A handwritten signature in black ink that reads "Roberta da Silveira Martins". The signature is written in a cursive, flowing style.

ROBERTA DA SILVEIRA MARTINS
OAB/SC n° 57857