

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE FLOR DO SERTÃO,  
ESTADO DE SANTA CATARINA.**

**Ref.: Pregão Presencial nº 02/2021**

**MHNET TELECOMUNICAÇÕES LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita sob o CNPJ n. 05.245.502/0001-04, com sede no endereço AV PRESIDENTE KENNEDY, 527, Centro, Município de Maravilha - SC, CEP 89.874-000, neste ato representada por seu representante legal, vem à presença de Vossa Senhoria apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital de Pregão Presencial nº 02/2021, amparada no artigo 41 da Lei nº 8.666/93 e no item 22.1 do Edital impugnado, pelos motivos de fato e fundamentos de direito a seguir expostos.

### **I - O EDITAL OBJETO DA IMPUGNAÇÃO**

O Município de Flor do Sertão publicou o Edital de Pregão Presencial nº 02/2021, cujo objeto consiste na contratação de empresa especializada *“para prestação de serviços de acesso internet fibra optica dispondo de 24 horas por dia, 7 dias da semana para os diversos setores da prefeitura municipal de Flor do Sertão”*. O critério de seleção da proposta vencedora será o de menor preço – unitário por item, e a data limite para apresentação da documentação e a proposta é o dia 29 de janeiro de 2021 às 09h30min.

A Impugnante tem interesse em participar da licitação. No entanto, no instrumento convocatório constam exigências que restringem o caráter competitivo do certame, sem a devida justificativa técnica, bem como flagrantes ilegalidades, conforme ver-se-á na fundamentação do presente expediente.



Daí que, considerando o dever da Administração Pública de possibilitar a disputa igualitária entre os potenciais interessados no contrato, observando o princípio da ampla competitividade na busca da proposta mais vantajosa, bem como diante da necessidade de retificação do instrumento convocatório, concedendo-se prazo razoável a que os licitantes formulem adequadamente suas propostas, é que se apresenta esta Impugnação, objetivando a adequação do edital nos itens a seguir identificados.

## **II – TEMPESTIVIDADE**

Cabe esclarecer que o presente recurso é tempestivo, tendo em vista estar em acordo com os prazos previstos em lei (no §2º, do art. 41, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão, por força do disposto na Lei nº 10.520/2002).

## **III – DOS MOTIVOS PARA A PRESENTE IMPUGNAÇÃO. LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E EMPREENDEDORES INDIVIDUAIS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA COMPETITIVIDADE.**

Constata-se o edital impugnado a presença de exigência restritiva, na medida em que o item 1.5 estabelece que somente poderão participar desta licitação, Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Empreendedores Individuais, nos termos que permite o inciso I do art. 48 da Lei Federal nº 123/06, Lei Complementar 147/14 e item 4 do edital.

Cumprido esclarecer que tal exigência, entende a ora Impugnante, deve ser revista. Tal fato ocorre em virtude de ofensa direta aos princípios trazidos pela Lei nº 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93 preleciona que toda licitação deverá resguardar o interesse público, utilizando-se, para tal finalidade, da garantia de participação total, ampla e irrestrita, daqueles que se fizerem interessados no objeto licitado.

Essa obrigação reflete que ressalvado o interesse na preservação do erário público, a licitação deve ser conduzida de modo a ampliar a participação do particular, oportunizando de forma igualitária àqueles detentores de capacitação elementar à execução do objeto licitado, possam concorrer para a satisfação daquele interesse público.

Ademais, na redação atual da Lei Complementar nº 123/06, após a edição da Lei Complementar nº 147/14, o art. 49 daquele diploma prevê, em seu inciso III, que a Administração Pública pode deixar de realizar licitações exclusivas para as microempresas e empresas de pequeno porte quando esta não for mais vantajosa ao interesse público.

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

[...]

**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;**

A instauração de licitações exclusivas invariavelmente restringirá a competitividade nesses certames, tendo em vista a redução considerável de empresas participantes que não se enquadrariam na referida Lei, desfavorecendo a obtenção de menores preços.

Diante disso, tem-se que a exigência impossibilitará o alcance da proposta mais vantajosa economicamente.

Com efeito, limitar a competitividade às micro e pequenas empresas, sem justificativa **e fora do que disciplina o artigo 49, II, da Lei Complementar 123/2006,**



acaba por restringir a competitividade, em clara infringência ao art. 3º, caput, da Lei 8.666/93, c/c art. 5º, caput e § único do Decreto 5.450/05, senão vejamos:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 5º - A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

E mais, não resta dúvida que, a limitação a este item, no ato de convocação consigna cláusula manifestamente comprometedora ou restritiva do caráter competitivo que deve presidir toda e qualquer licitação, consoante prevê o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A 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.

Assim, mantendo a restrição as Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Empreendedores Individuais, estará limitando seu fornecimento a poucos licitantes, sendo que a Administração está comprometendo o caráter competitivo da licitação e a igualdade entre os participantes.

Neste cotejo, não resta dúvida de que a manutenção das exigências ora atacadas acabará por ferir diretamente os princípios constitucionais de isonomia e impessoalidade, além de impedir a seleção de proposta mais vantajosa à Administração Pública anunciada no art. 3º da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:

**Deverá existir um vínculo de pertinência entre a exigência ou a limitação e o interesse supra-individual a ser satisfeito. Isso equivale a afirmar a nulidade de qualquer edital que contemple exigências excessivas ou inúteis, que impeçam a participação de interessados que poderiam executar prestação útil para a Administração.**<sup>1</sup>

Dessa forma, entende-se que a licitação exclusiva às microempresas e empresas de pequeno porte, sem haver a justificativa no edital de que, na base territorial do ente público licitante, existem mais de três fornecedores capazes de realizar o objeto pretendido, é restringir e frustrar o seu caráter competitivo. Tal fato ocorre porque empresas com plena capacidade de execução do objeto licitado, ficarão impedidas de serem contratadas por não atenderem a condição estabelecida.

---

<sup>1</sup> FILHO JUSTEN, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª edição, Ed. Dialética, p. 401.

Não se olvida que o artigo 48, I, da Lei Complementar nº 123/2006 estabelece ser um dever da Administração Pública 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).

Contudo, muito embora a alteração promovida pela Lei Complementar Federal 147/14 tenha tornado um dever o disposto no art. 47, tal vinculação é mitigada pelo *caput* e pelos incisos do art. 49, **que demandam do administrador um verdadeiro juízo de discricionariedade devidamente motivado, ou seja, poderá remover a reserva de participação na licitação quando não for benéfico à Administração.**

Veja aqui lembrar que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas de pequeno porte deve ser vantajoso para a administração pública e não poderá representar prejuízo algum ao conjunto do objeto a ser contratado, conforme inciso III, do artigo 49, da LC 123/06.

Não bastasse isso, para ocorrer uma licitação exclusiva para microempresas ou empresas de pequeno porte, devem ser atendidos os requisitos legais do inciso II, do art. 49 da LC 123/06, que dispõe:

**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;**

Logo, se refere a três fornecedores sediados local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências do edital, ou seja, três microempresas em condições de competir na licitação. **Portanto, não basta a existência no mercado de três**





pequenas empresas, é imprescindível que estas tenham condições de concorrerem no certame, atendendo as condições impostas pela Administração.

Ademais, tal requisito é condição essencial indispensável à abertura de uma licitação voltada apenas a ME/EPP/MEI. Não se trata de algo que se verifica posteriormente, no decorrer do procedimento, ou seja, quando da abertura dos envelopes. Ou a licitação é exclusiva ou não é.

Dessa maneira, uma licitação destinada apenas às ME/EPP/MEI, na forma da lei, precisa atender OBRIGATORIAMENTE a alguns requisitos, dentre eles, ter o valor global estimado até R\$ 80.000,00. No entanto, a norma do art. 49 acima é clara ao dispor que tal exclusividade não poderá ser aplicada quando inexistir um número mínimo de 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.

Sendo assim, basta ver que não consta dos autos do processo licitatório comprovação documental e/ou justificativa da efetiva existência de pelo menos três empresas ME/EPP/MEI capazes de atender integralmente ao objeto licitado.

Tal requisito é condição essencial e indispensável à abertura de uma licitação voltada apenas ME/EPP/MEI. Não se trata de algo que se verifica posteriormente, no decorrer do procedimento, ou seja, quando da abertura dos envelopes.

Outrossim, o item 4.2.3 trás uma disposição ilegal ao prever que a licitação será aberta para participação de empresas normais em item ou lote que não atender no mínimo três propostas validas de empresas enquadradas como ME, EPP ou MEI:

4.2.3 - O ITEM ou LOTE, que não atender no mínimo 3 (três) propostas válidas, de empresas enquadradas como ME, EPP ou MEI, será aberto para participação das empresas normais, a fim de evitar a repetição do certame.



Como já dito, **a existência de três fornecedores MP/EPP/MEI na localidade me que se realiza o certame licitatório é condição que se observa e se comprava antes da abertura da licitação.** Se há tal possibilidade, faz-se um procedimento voltado apenas a tais sociedades, do contrário, abre-se para outras empresas.

De acordo com Marçal Justen Filho:

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 apenas 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 no certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas.<sup>2</sup>

Veja-se que da forma que está disposto o item 4.2.3 do Edital, o Ente Licitante deseja que as "empresas normais" compareçam no local designado (pois que se está diante de pregão presencial), munidos de toda a documentação necessária e fiquem aguardando se vão ou não poder participar da licitação. Ora, tal disposição além de ilegal, é completamente inviável.

Assim, não restam dúvidas de que nos casos em que o certame for reservado à participação exclusiva de ME ou EPP/MEI **a verificação prévia desse requisito será essencial, especialmente para assegurar o atingimento da finalidade da sistemática instituída. Portanto, não há como se atestar tal condição após a abertura das propostas, a lei não permite isso.**

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. São Paulo, Dialética, 2007. P. 122-123.





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).

Dessa forma, cabe à Administração licitante aferir, ainda na fase interna da licitação e antes de sua abertura e divulgação, se existem no mínimo três fornecedores competitivos enquadrados como ME/EPP/MEI, sediados no local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências do edital.

Essa também é a posição do Tribunal de Contas de Santa Catarina:

REP15/00598418 (Data: 02/08/2016)

[...] Em face disso, a diretoria sugeriu formular a recomendação à Prefeitura Municipal de Itapema para que realize a pesquisa quando do lançamento do certame e unte ao procedimento licitatório para comprovar o enquadramento deste na execução do art. 49, inciso II, da LC nº 123/06. **Perfilho o entendimento exarado pela equipe técnica, no sentido de que a comprovação da não existência de no mínimo três fornecedores enquadrados como MPE deverá constar dos autos do respectivo processo licitatório.**

Assim, **considerando a não comprovação nos autos do processo licitatório de existência prévia de pelo menos três fornecedores do objeto licitado** que sejam ME/EPP/MEI, corroborado pela disposição ilegal da cláusula 4.2.3, conclui-

se que não há como manter uma licitação destinada exclusivamente a ME/EPP/MEI nos moldes em que se encontra disciplinado no edital ora impugnado.

Dessa forma, requer se digne o Ilustre Pregoeiro e Comissão de Licitação a acolher a presente impugnação no que tange a inviabilidade de restrição de participação às ME/EPP/MEI do certame.

#### **IV - REQUERIMENTOS**

Por todo o exposto, requer:


**a)** O recebimento e processamento da presente impugnação ao Edital de Pregão Presencial nº 02/2021, na forma da Lei;

**b)** A suspensão preventiva do processo licitatório, e por conseguinte, dos atos previstos para serem realizados no dia 29 de janeiro de 2021;

**c)** O acolhimento da presente impugnação, para o fim de retificar as disposições editalícias aqui questionadas expressamente, permitindo que o processo licitatório se desenvolva em consonância com as diretrizes legislativas que o devem conduzir. Em decorrência, o Edital haverá de ser republicado, com reabertura plena de prazo, tendo em vista a mudança nas condições de formulação das propostas, na forma do artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Aguarda deferimento.

Maravilha, 26 de janeiro de 2021.



**Patrick Canton**

**MHNET Telecomunicações Ltda**