

RECEBID  
EM: 19/10/18  
AS: 11 H 35 MIN.  
Carla Wiemes  
Coordenador de Licitações e Contratos  
Portaria 134/2011

ESTADO DE SANTA CATARINA  
PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO FORTUNA  
SETOR DE COMPRAS E CONTRATOS  
PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES

REF. TOMADA DE PREÇOS Nº 007/2018: "CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, COM FORNECIMENTO DE MATERIAIS, PARA A EXECUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA URBANA COM PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA NA AVENIDA SETE DE SETEMBRO, E NAS RUAS AUGUSTO RICKEN, BERNARDO HEIDEMANN, BERNARDO HEMKEMEIER, E 22 DE JULHO, NO MUNICÍPIO DE RIO FORTUNA".

AGRONETO CONSTRUÇÕES E TERRAPLANAGENS LTDA-ME, pessoa Jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 81.021.669/0001-61, com sede à AV. SETE DE SETEMBRO, 1930, bairro Centro, em Rio Fortuna/SC, vem, através do seu representante legal, Sr. JOÃO BATISTA KESTRING ALBERTON, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na RUA Bernardo Heidmann, S/N, em Rio Fortuna/SC, portador do CPF 656.631.799-68 e do RG 1.739.201, vem apresentar

#### IMPUGNAÇÃO

aos termos do edital em epígrafe, pelos fatos e fundamentos que passa a expor, para ao final requerer:

##### 1 – Dos Fatos:

O município de Rio Fortuna/SC publicou Edital para a realização de processo licitatório na modalidade TOMADA DE PREÇOS Nº 007/2018, visando a "CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, COM FORNECIMENTO DE MATERIAIS, PARA A EXECUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA URBANA COM PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA NA AVENIDA SETE DE SETEMBRO, E NAS RUAS AUGUSTO RICKEN, BERNARDO HEIDEMANN, BERNARDO HEMKEMEIER, E 22 DE JULHO, NO MUNICÍPIO DE RIO FORTUNA".

Em relação ao tratamento privilegiado para microempresas, previsto na LC 123/2006, a administração inova no Capítulo destinado ao Julgamento das propostas e subtrai das microempresas um direito tutelado pela constituição e garantido por Lei federal.

9.9. Tendo em vista a complexidade e exigência de considerável capacidade técnica e financeira para execução das obras, nos termos do art. 49, III, da Lei Complementar nº 123/2006, não se concederá tratamento diferenciado conferido às MICROEMPRESAS (ME) e EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, tendo em vista representar prejuízo ao conjunto ou complexo de todas as obras a serem contratadas.

Tal previsão não possui qualquer base legal, visto o tratamento diferenciado ser norma cogente sendo possível à administração excluir com base no Art. 49, apenas aqueles benefícios previstos no Arts. 47 e 48 da LC 123/2006, benefícios que já não se aplicariam em virtude do valor da contratação acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e da impossibilidade de estabelecimento de cotas como preceitua a Lei.

Como restará comprovado, a cláusula editalícia representa óbice a livre participação e colide frontalmente com normas positivadas e com os princípios que regem a Administração pública, em especial aqueles norteadores dos processos licitatórios, o que vicia e contamina todo o procedimento.

## 2- Do Direito:

Inicialmente, cumpre salientar que o processo licitatório, norteado pelo princípio da legalidade, mais que um garantidor do Direito do particular interessado em fornecer para a Administração Pública, existe como um verdadeiro limitador ao poder do governante, que não pode se afastar do texto de Lei, sob pena de nulidade dos seus atos.

### 2.1 – Dos Princípios

Nosso ordenamento jurídico deu guarida constitucional aos principais princípios que regem a Administração Pública enquanto a Lei 8.666/93 que regula as Licitações e Contratos Administrativos estabelece aqueles princípios aplicados especificamente ao presente tema.

*me*

*[Handwritten mark]*

O art.37 de nossa Constituição é o ponto de partida para o balizamento principiológico ao qual a Administração Pública deve estar vinculada:

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** (...)

Já a Lei 8666/93, em seu Art.3º aqueles princípios dos quais o agente público não pode se afastar no momento de licitar:

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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Grifamos).

Assim como a violação de uma norma vicia um ato administrativo, a ofensa aos princípios basilares acarreta na sua ilegitimidade, devendo ser veementemente combatida pela Administração qualquer disposição editalícia que venha de encontro aos preceitos maiores e diretrizes do ordenamento jurídico.

### 2.1.1-Do Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade, presente em nossa Constituição Federal, possui duas facetas. Por um lado, impede a administração inovar, criando mecanismos próprios de seleção, não previstos expressamente na Lei ou estabelecendo requisitos próprios para concessão de determinado benefício e por outro lado garante ao cidadão o direito de não cumprir obrigação que não possua expressa previsão legal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

O processo licitatório prima pela formalidade, sendo vedado ao agente público, discricionariamente inovar, criando instrumentos ou dispensando exigências sem a devida fundamentação ou base legal.

Se a legalidade é um limitador da ação do agente público, superada esta barreira, para a ilegalidade não haverá limites. Neste sentido, restará comprovado que manter a previsão editalícia aqui combatida, significa permitir a inclusão de qualquer outro requisito ao sabor da discricionariedade do agente público.

## 2.2- Do Tratamento Diferenciado Para Microempresas

O tratamento diferenciado para microempresas, assim como outras políticas de sustentabilidade e fomento, ações afirmativas aplicadas nos processos de seleção de pessoas e compras públicas, mais do que simples normas são políticas de Estado.

Nos moldes do sistema de cotas para concursos, ou da margem de preferência para bens manufaturados nacionais (Art. 3º, §5º, Lei 8666/93), o interesse público neste caso não está apenas no valor da proposta, o objetivo maior é fomentar segmentos econômicos, fortalecer o pequeno empresário, inclusive com a reserva de mercado, permitindo que

*ew*

*[Handwritten mark]*

concorra em condições de igualdade com os grandes grupos econômicos, pulverizando o desenvolvimento e a distribuição de recursos públicos.

Citando Aristóteles, a essência das políticas afirmativas de inclusão, baseia-se na seguinte premissa:

*"devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade".*

Nossa carta maior contém previsão expressa de tratamento diferenciado e mais vantajoso para a microempresa, no âmbito tributário e no âmbito administrativo, como se extrai dos artigos a seguir:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

No mesmo sentido:

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.

No plano infra constitucional a lei 8666/93, após a alteração promovida pela LC 147/2014 passou a vigorar com a seguinte disposição:

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei

O tratamento privilegiado, "na forma da Lei", encontra amparo na LC 123/2006 que instituiu o Estatuto da Microempresa. Tal legislação constituiu importante avanço na

*Cue*

*[Handwritten signature]*

geração de empregos e no fomento do desenvolvimento regional, promovendo a inclusão econômica de pequenas empresas e não pode em hipótese alguma ser desrespeitada em prol de algum grande grupo econômico.

### 2.2.1 – Da exclusão do Benefício

De maneira surpreendente, a Prefeitura Municipal de Rio Fortuna inovou e excluiu expressamente do certame o tratamento diferenciado para microempresas previsto na LC 123/2006, em especial benefício do empate ficto, fundamentando sua decisão no Art. 49, III da mesma norma legal, o que representa um gigantesco equívoco.

O tratamento privilegiado está previsto no **CAPÍTULO V da LC 123/2006**, que se refere ao **ACESSO AOS MERCADOS**, na **Seção I**, que trata **Das Aquisições Públicas**, Arts. 42 ao 49.

Esta seção do texto legal estabelece diversos benefícios legais, especificamente:

- 1) Regularidade Fiscal Postergada – Arts. 42 e 43.
- 2) Empate Ficto – Arts. 44 e 45.
- 3) Possibilidade de emissão de Cédula de Crédito – Art. 46
- 4) Licitações exclusivas para microempresas – Arts. 47 e 48, I.
- 5) Exigência de Subcontratação – Arts. 47 e 48, II.
- 6) Cotas de 25% para microempresas – Arts. 47 e 48, III.
- 7) Vantagens para microempresas locais – Arts. 47 e 48, §3º.

Já o Art. 49, encerrando a Seção, estabelece as exceções para aplicação das regras previstas única e exclusivamente nos Arts. 47 e 48:

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;

*one*

*[Handwritten mark]*

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;

Percebe-se facilmente que, segundo o artigo 49, os únicos benefícios aos quais a administração pode impor alguma interpretação ou discricionariedade são aqueles previstos nos Arts. 47 e 48, ou seja, pode não realizar licitações exclusivas para microempresas, determinar a subcontratação ou estabelecer cotas quando não houver 03 (três) fornecedores competitivos ou quando o tratamento diferenciado não for vantajoso para o conjunto do objeto a ser contratado.

Importante ressaltar que a fim de fomentar a economia local, o Parágrafo Terceiro do Artigo 48 prevê ainda a possibilidade de prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente.

Para todos os demais benefícios, previstos nos Arts. 42 ao 46, a concessão é compulsória, não havendo qualquer possibilidade de a administração lançar edital em sentido diferente.

Por fim salienta-se que os itens relacionados no Art. 48, referem-se: às condições de participação das empresas; à forma de contratação; ou a divisão do próprio objeto. No presente caso, o item 9.9 está inserido no Capítulo do Edital destinado ao Julgamento das Propostas, o que indica taxativamente que o interesse da administração não é restringir a participação mas sim deixar de aplicar o benefício do empate ficto na escolha da melhor oferta.

Tal medida deve ser veementemente combatida pois além de ferir o interesse público, violenta o texto de lei, desconstituindo um direito e prejudicando uma microempresa localizada no município de Rio Fortuna, justamente aquela que deveria ser tutelada e beneficiada pelo investimento estatal, conforme o escopo da Lei.

Sendo o interesse público, o farol que rege todos os atos administrativos, desde sua origem, ficou bastante claro pelos fundamentos apresentados, que o presente processo

*me*

*SB*

licitatório não preenche os requisitos legais necessários para torná-lo legítimo. Totalmente inviável a manutenção do certame, sem as devidas retificações que o adequem ao ordenamento jurídico pátrio, garantindo de forma justa e equânime a obtenção da melhor proposta para o município.

### 3 – Dos Pedidos:

Ante todo o exposto, requer:

- a) A retificação imediata do instrumento convocatório, com a exclusão do item 9.9 por violar disposição legal expressa.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Rio Fortuna, 19 de outubro de 2018.

  
Agroneto Loure & Terraplanagem LTDA  
João Batista K. Alberton  
CPF 656.631.799-68

**JOÃO BATISTA KESTRING ALBERTON**  
ADMINISTRADOR  
**AGRONETO CONSTRUÇÕES E TERRAPLANAGENS LTDA-ME**

*cu*