

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ – CONSELHEIRO NESTOR BAPTISTA**

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO
PARANÁ**, por meio de seu Procurador-Geral abaixo assinado, no uso de suas atribuições e competências, com fulcro nos artigos 127, *caput*, 129, II e IX e 130 da Constituição Federal, combinados com os artigos 32 e 149, I, da Lei Complementar Estadual nº 113/2005, e artigos 66, I, 277 e 282 do Regimento Interno desta Corte, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, propor a presente:

REPRESENTAÇÃO DA LEI 8.666/93

com pedido de medida cautelar

Em decorrência de irregularidades encontradas no instrumento convocatório do Pregão Presencial nº 28/2020, em face do **MUNICÍPIO DE PAULA FREITAS**, CNPJ nº 75.687.954/0001-13, de **VALDEMAR ANTONIO CAPELETI**, Prefeito Municipal, portador do CPF nº 189.308.320-91, de **LEANDRO FELIPE BATISTA EBEL**, procurador municipal, portador do CPF nº 069.435.969-69, todos pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

I – DOS FATOS

O Ministério Público de Contas recebeu denúncia popular sobre possível irregularidade contida no instrumento convocatório do Pregão Presencial nº 28/2020 (documento anexo), do Município de Paula Freitas. A potencial irregularidade refere-se à não observância dos artigos 47 e 48, incisos I e III, da Lei Complementar nº 123/2006 – Estatuto Nacional da Pequena Empresa e Empresa de Pequeno Porte.

Conforme previsto no item 2.1 do Edital, o certame destina-se ao registro de preços para “futura e eventual aquisição de pedras e areia”, sendo a licitação dividida em cinco itens, e adotado o critério de seleção menor preço por item.

Do Termo de Referência colhe-se a especificação dos itens que compõem o objeto licitado:

3.2. Planilha de quantitativos e custos unitários.

Item	Total	Uhd	Descrição	Valor Unitário Máximo Admitido	Valor Total Máximo Admitido
01	1.000	Ton.	Areia lavada média, respeitando-se a granulometria indicada, as areias deverão estar isentas de: impurezas, matérias orgânicas, torrões de argila ou minerais friáveis e outras impurezas óleos e graxas.	R\$ 35,89	R\$ 35.890,00
02	20.000	Ton.	Pedra brita n.º 1	R\$ 37,67	R\$ 753.400,00
03	10.000	Ton.	Pedra brita n.º 2	R\$ 37,33	R\$ 373.300,00
04	10.000	Ton.	Pedrisco	R\$ 38,67	R\$ 386.700,00
05	1.000	Ton.	Pedra Rachão	R\$ 35,33	R\$ 35.330,00
TOTAL R\$ 1.584.620,00 (Um milhão, quinhentos e oitenta e quatro mil, seiscentos e vinte reais.)					

A negativa de concessão de tratamento diferenciado às ME e EPP está expressamente indicada no instrumento convocatório:

- 2.3. O presente certame não se destina a exclusividade e nem a cotas exclusivas para ME e EPP, conforme disposto no inciso III do art. 49 da lei complementar 123/06 pelos motivos:
- 2.3.1. Não há 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;
 - 2.3.2. Não há regulamentação específica na esfera legislativa para o ente no qual se insere o órgão ou entidade contratante;

Tais dispositivos foram impugnados no curso do processo administrativo (documento anexo). No entanto, o Prefeito Municipal, acolhendo o Parecer Jurídico nº 59/2020 manteve a previsão original, com base nos seguintes fundamentos:

O artigo 49, inciso III da referida lei nos ensina que não se aplicam os privilégios as ME e EPP quando não for vantajoso para a administração pública, o que é o caso.

Paula Freitas é um município com pouco mais de cinco mil habitantes e, em razão da subsistência exclusiva de verbas repassadas pelas demais esferas governamentais, será amplamente afetado pela crise econômica que vira a seguir em decorrência da pandemia gerada pelo COVID-19 e já conta, na presente data, com 03 (três) casos confirmados da doença, um número assustador pelo número de habitantes do município.

Conforme documento anexo, no mês de abril de 2020 houve uma diferença de arrecadação de R\$ 54.394,31 a menos que no mesmo período do ano anterior e a perspectiva para os próximos meses e os próximos anos é que a arrecadação continue a diminuir.

Portanto, a licitação exclusiva a ME ou EPP não se mostra vantajosa ao Município.

Ademais, não existem três licitantes competitivos, pois como afirmado anteriormente nos últimos anos somente três empresas participaram de licitação de pedras no município de Paula Freitas.

Conforme orientação do próprio Tribunal de Contas do Estado do Paraná, acórdão nº 877/16, a verificação quanto à existência de ao menos 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, deve ser feita na fase interna da licitação, vejamos:

"(...) 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**" (g.n).

Os documentos de fls. 184/199 são aptos a comprovar a ausência de fornecedores competitivos para o objeto da presente licitação

Após análise da documentação, o Ministério Público de Contas, por entender improcedentes tais justificativas, entrou em contato com o jurisdicionado por meio do Canal de Comunicação (CACO), gerando a Demanda nº 191245. Em resposta, o Município encaminhou cópia do Ofício nº 143/2020 (documento anexo), remetido também ao Ministério Público do Estado do Paraná, em que consta basicamente a mesma argumentação colacionada acima.

Assim, inviável o saneamento voluntário da irregularidade, e por considerar que está sendo descumprido o disposto nos artigos 47 e 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006, o Ministério Público de Contas promove a presente Representação, amparando-se na fundamentação jurídica a seguir apresentada.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: VIOLAÇÃO AO PREJULGADO Nº 27 E AO ACÓRDÃO VINCULANTE Nº 877/2016 – TRIBUNAL PLENO

Do instrumento convocatório e do parecer jurídico anteriormente mencionados, colhe-se que os representados deixaram de aplicar o tratamento diferenciado a ME e EPP com base nos seguintes argumentos: (1) não haveria 3 fornecedores competitivos sediados local ou regionalmente capazes de satisfazer as exigências do instrumento convocatório; (2) não haveria legislação municipal disciplinando a matéria; (3) diminuição da arrecadação municipal em razão da pandemia da COVID-19, o que tornaria desvantajoso para o Município a realização de licitação exclusiva para ME e EPP.

Com o devido respeito aos gestores, no entanto, este Ministério Público de Contas entende que os motivos elencados não se sustentam, notadamente à vista da jurisprudência firme desta Corte. Recentemente foi aprovado o Prejulgado nº 27, que fixou a seguinte premissa geral sobre a incidência do art. 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006:

c) Conforme o disposto no art. 48, inciso I da Lei Complementar n.º 123/2006, é obrigatória a realização de licitação exclusiva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte sempre que os itens ou lotes submetidos à competição tenham valor adstrito ao limite legal de R\$ 80.000,00(oitenta mil reais). Para bens de natureza divisível, cujo valor ultrapasse o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a Administração deve reservar uma cota de 25% (vinte e cinco por cento) para disputa apenas entre as pequenas e microempresas. Com relação aos serviços de

duração continuada, o teto deve ser considerado para o calendário financeiro anual;

d) A aplicação dos instrumentos de fomento dos incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar n.º 123/2006 é obrigatória à Administração Pública, somente podendo ser afastada nas hipóteses retratadas no art. 49 do mesmo diploma legislativo, exigindo-se, em qualquer caso, motivação específica e contextualizada quanto à sua incidência.

Nota-se, pois, que as disposições do art. 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006 são de observância obrigatória pela Administração Pública, admitindo-se seu afastamento apenas de maneira excepcional e mediante fundamentação específica e contextualizada. Tais exceções, ademais, estão previstas especialmente no art. 49, II e III, da referida Lei Complementar:

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;

Nenhuma delas, no entanto, se enquadra à hipótese sob análise, como se verá na sequência.

II.1. DO DESCUMPRIMENTO AO ACÓRDÃO Nº 877/2016 – TRIBUNAL PLENO NA REALIZAÇÃO DE PESQUISA SOBRE A EXISTÊNCIA DE 3 FORNECEDORES ME OU EPP

O primeiro argumento apresentado pelo Município para negar o tratamento diferenciado a ME e EPP foi uma suposta ausência de 3 fornecedores competitivos sediados local ou regionalmente e capazes de atender às exigências do edital.

De acordo com o parecer jurídico lançado no procedimento licitatório, a pesquisa por potenciais fornecedores foi realizada apenas no histórico de licitações do próprio Município. No entanto, ao assim proceder, foi

descumprido o entendimento vinculante firmado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná no Acórdão nº 877/2016 – Tribunal Pleno.

Nota-se que o parecer jurídico citou parte do Acórdão, omitindo, no entanto, o trecho em sequência, que destaca a insuficiência da pesquisa interna, e impõe a obrigatoriedade de expansão do levantamento, como se verifica do excerto:

“Neste sentido, 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.

Contudo, **resta incontroverso que tais informações são insuficientes** para firmar convicção da inexistência de empresas competitivas, uma vez que empresas potencialmente competitivas não são obrigadas a participar de licitações ou a manter registro cadastral para fins de habilitação.

Diante de tal contexto, **deve o ente complementar a investigação**, 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.

Em caso da obtenção de dados defasados, deve o ente buscar informações atualizadas, por exemplo, junto à Receita Federal do Brasil.”

Importante frisar que a decisão ora colacionada foi proferida no processo de Consulta nº 88672/15 e apresenta **força normativa, constitui prejulgamento de tese e vincula o exame de feitos sobre o mesmo tema**, conforme previsão do art. 41 da Lei Orgânica da Corte (Lei Complementar Estadual nº 113/2005). Trata-se, portanto, de decisão de observância obrigatória pelos jurisdicionados e pela própria Corte.

Os representados, no entanto, confessadamente descumpriram estas exigências, pois resumiram sua pesquisa ao histórico de licitações do próprio Município. Importante ressaltar que outras medidas absolutamente simples e não custosas ao Município poderiam ser adotadas para se desincumbir deste ônus, como a busca por alvarás de localização e funcionamento, consulta à junta comercial, a sindicatos e associações etc.

Ainda, importante salientar que o Acórdão nº 877/2016 deixou claro que o tratamento diferenciado não exige a participação efetiva, na licitação, de ao menos 3 fornecedores, mas tão-somente a existência de 3 empresas, localizadas regional ou localmente, capazes de atender às exigências do edital. É o que se extrai do julgado:

“Uma interpretação literal da Lei n.º 123/2006, faz crer que não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3 (três) empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, mas simplesmente que existam os três fornecedores competitivos enquadrados nas exigências legais. Contudo, insta consignar ser inaceitável que a licitação tenha um baixo número de concorrentes por falhas na divulgação do certame pela Administração.”

Ao não proceder desta forma, os representados descumpriram o art. 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006, impedindo, por consequência, a aplicação dos obrigatórios mecanismos de fomento previstos nos dispositivos.

II.2. DA DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI LOCAL PARA A APLICAÇÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS ME E EPP

O segundo argumento utilizado pelo Município para afastar o tratamento diferenciado a ME e EPP foi a ausência de legislação local disciplinando a matéria. Ora, o fundamento deve ser rechaçado, eis que a própria Lei Complementar nº 123/2006 estabeleceu expressamente em seu art. 47, parágrafo único, que na ausência de legislação ou regulamento próprio deverá ser aplicada a legislação federal:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá 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.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, **enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.**

No mesmo sentido a orientação desta Corte no Prejulgado nº 27, que ao analisar a interpretação do art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/2006, assim consignou:

“ii) Na ausência de legislação suplementar local que discipline o conteúdo do art. 48, § 3º da LC nº 123/2006, deve ser aplicado o limite de preferência definido pela Legislação Federal às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas local ou regionalmente, desde que dentro do preço máximo previsto no edital;”

Assim, conclui-se que os instrumentos previstos no art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 são de eficácia plena e imediata, não carecendo de legislação complementar do ente para serem aplicados. Pelo contrário, sua aplicação é obrigatória para a Administração Pública, inexistindo qualquer margem de discricionariedade para o gestor. Na hipótese dos autos, isso significa que é infundada a justificativa apresentada pelos representados para afastarem a aplicabilidade dos mecanismos de fomento para ME e EPP.

II.3. DA AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A DIMINUIÇÃO DE ARRECADAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE FOMENTO A ME E EPP

O terceiro argumento apresentado pelo Município também não se sustenta. Ora, de antemão deve-se frisar que a diminuição de arrecadação não é fundamento para impedir a aplicação das medidas de fomento obrigatórias previstas na Lei Complementar nº 123/2006, pois ainda que em contexto de crise financeira permanecem os gestores submetidos ao princípio da legalidade.

Ademais, a própria legislação disponibiliza uma série de mecanismos jurídicos para o enfrentamento da crise, como a possibilidade de dispensa de licitação em caso de emergência ou calamidade pública (art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93). No entanto, contextos de crise, seja sanitária ou financeira, não podem ser invocados como salvo-condutos genéricos para a flexibilização ou descumprimento da lei. As calamidades devem ser combatidas sob os marcos do ordenamento jurídico, e não além dele.

Outra forma de enfrentamento de crise financeira é por meio do planejamento: priorizam-se as ações essenciais e são postergadas aquelas menos necessárias. Na hipótese dos autos, a licitação destina-se a mero

registro de preços para aquisição de pedra e areia que eventualmente seja necessária para a atuação da Secretaria de Viação e Obras do Município.

Ou seja, a assinatura do contrato não implicará, de imediato, qualquer despesa à municipalidade. Em persistindo a situação de baixa arrecadação, a eventual aquisição de pedra e areia poderá ser adiada, ou mesmo não executada, de acordo com as prioridades recomendadas pelo interesse público. Na situação de combate à pandemia da COVID-19, aliás, não é exagerado supor que a atuação prioritária do Município deverá se concentrar nas ações relacionadas à saúde pública, postergando-se o atendimento a demandas não essenciais.

Por outro lado, inexistente qualquer elemento concreto a demonstrar que a concessão de tratamento privilegiado a ME e EPP acarretaria perda de vantajosidade na contratação. Inclusive pelo fato de que o caráter vantajoso da contratação deve ser observado sob o prisma do interesse público primário, e não apenas dos interesses secundários da Administração Pública.

Nesse passo, é justamente por considerar a fragilidade econômica das ME e EPP que a legislação estabeleceu tratamento diferenciado a elas como mecanismo de fomento. Assim, em contexto de crise financeira, é de se considerar que não apenas o Estado, mas também a iniciativa privada, e sobretudo as ME e EPP, enfrentem severas dificuldades, o que reforça a necessidade de acionamento dos mecanismos legais de fomento aos setores sociais mais vulneráveis, como é o caso do art. 148 da Lei Complementar nº 123/2006.

Inexistente, portanto, qualquer nexo de causalidade entre a situação de crise sanitária e financeira do Município e o afastamento do tratamento diferenciado a ME e EPP, o que reforça a irregularidade praticada pelos representados.

III. PENALIDADES CABÍVEIS

O reconhecimento da irregularidade ora apontada, de não aplicação do art. 148, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006, ao Edital de Pregão Presencial nº 28/2020, enseja a aplicação de multa ao Prefeito Municipal e ao

advogado parecerista, nos termos do art. 87, III, “d”, da Lei Complementar Estadual nº 113/2005.¹

Frise-se que a responsabilização do parecerista, embora excepcional, justifica-se nesse caso pelo fato de o advogado ter praticado erro grosseiro, consistente na utilização de jurisprudência defasada do TCU sobre o tema, do ano de 2010, anterior à mudança legislativa promovida pela Lei Complementar nº 147/2014.

Após o advento desta lei, que dentre outras mudanças alterou a redação do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, a concessão de tratamento diferenciado a ME e EPP deixou de ser discricionária e converteu-se em verdadeira obrigação para o gestor público. Portanto, ao desconsiderar relevante modificação legislativa, conclui-se que parecerista cometeu erro grosseiro, que justifica sua responsabilização pessoal.

IV – PEDIDO CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO CERTAME

Os pressupostos para a concessão de tutela de urgência, de natureza cautelar, encontram-se atendidos. A plausibilidade jurídica está alicerçada na demonstração objetiva de violação ao Prejulgado nº 27 e ao Acórdão nº 877/2016 – Tribunal Pleno, como demonstrado de maneira analítica acima.

O perigo na demora decorre do fato de que a sessão para abertura das propostas está marcada para o **próximo dia 10/06/2020, às 09h**. Assim, o deferimento da medida cautelar de suspensão do certame visa impedir que a irregularidade se concretize e garantir tempo hábil para que a ilicitude seja sanada no edital.

Destaque-se, outrossim, que o deferimento da medida cautelar ora pleiteada não acarretará qualquer prejuízo aos serviços municipais essenciais, eis que a licitação se destina apenas a registro de preço para futura e eventual aquisição de pedra e areia, não estando vinculada a qualquer obra de relevância pública.

¹ Art. 87. As multas administrativas serão devidas independentemente de apuração de dano ao erário e de sanções institucionais, em razão da presunção de lesividade à ordem legal, aplicadas em razão dos seguintes fatos: (...) III - No valor de 30 (trinta) vezes a Unidade Padrão Fiscal do Estado do Paraná – UPFPR: d) deixar de observar, no processo licitatório, formalidade determinada em lei, incluindo-se a não exigência de certidões negativas e de regularidade fiscal, podendo ser aplicada ao presidente da comissão de licitação, ao emitente do parecer técnico ou jurídico e ao gestor;

Assim, este **Ministério Público de Contas**, nos termos do artigo 53, *caput*, § 2º, incisos III e IV, da Lei Complementar nº 113/2005 e artigo 400 e seguintes do Regimento Interno desta Corte, requer a concessão de medida cautelar de suspensão imediata do Pregão Presencial nº 28/2020, do Município de Paula Freitas, até julgamento definitivo da presente Representação.

V - DOS PEDIDOS

Pelos fatos e fundamentos expostos, requer-se o recebimento e processamento da presente Representação para:

- a) Seja deferida medida cautelar, determinando-se ao **MUNICÍPIO DE PAULA FREITAS** que promova a imediata suspensão do Pregão Presencial nº 28/2020.
- b) Citar os representados, **MUNICÍPIO DE PAULA FREITAS, VALDEMAR ANTONIO CAPELETI**, e **LEANDRO FELIPE BATISTA EBEL**, para, querendo, apresentem o contraditório.
- c) Julgar **irregulares** as condutas dos agentes públicos apontadas nesta Representação, com aplicação individualizada da multa prevista no art. 87, III, “d”, da Lei Complementar Estadual nº 113/2005, bem como expedir **determinação** para que seja retificado o instrumento convocatório do Pregão Presencial nº 28/2020, de modo a garantir a regular aplicação do art. 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/2006, conforme interpretação desta Corte vertida no Prejulgado nº 27 e Acórdão nº 877/2016 – Tribunal Pleno.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Curitiba, 05 de junho de 2020.

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas