

RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA N. 07 /2023

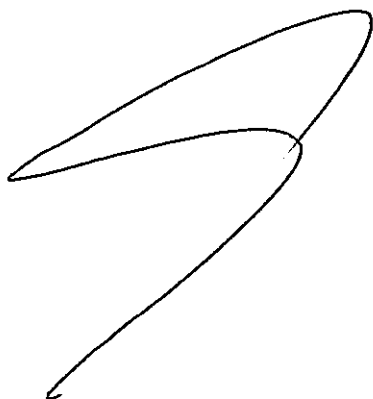
Autos n. MPPR - 0066.22.000404-9, de Inquérito Civil

Representado: Município de Iporã

CONSIDERANDO que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e constitui função institucional sua zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, na forma do que estabelece o artigo 127, *caput*, e o artigo 129, incisos II e III, ambos da Constituição Federal.

CONSIDERANDO que o direito à boa administração é um direito fundamental difuso que é inferido, sobretudo, do conjunto de regras e princípios que limitam, para a salvaguardar o interesse público, a discricionariedade administrativa, sendo assim enunciado:

"Observado de maneira atenta, o direito à boa administração é um lídimo plexo de direitos encartados nesta síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos. No conceito proposto abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos: a) o direito à administração pública transparente, que implica evitar opacidade (princípio da publicidade), salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não definidamente, com especial ênfase às informações inteligíveis sobre a execução orçamentária; b) o direito à administração pública dialógica, com as garantias do contraditório e da ampla defesa - é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração razoável), o que implica o dever de motivação consistente e proporcional; c) o direito



à administração pública imparcial, isto é, aquela que não pratica a discriminação negativa de qualquer natureza; d) o direito à administração pública proba, o que veda condutas éticas não universalizáveis; e) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada e sem 'absolutização' irrefletida das regras, de modo que toda e qualquer competência administrativa supõe habilitação legislativa; f) o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável, redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação."

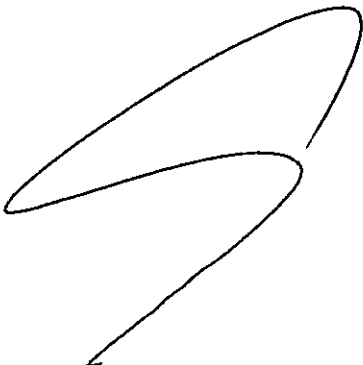
CONSIDERANDO que a Administração Pública deve observar o princípio da legalidade, devendo agir em conformidade com a lei e com o direito, sendo ilegais e não passíveis de efeitos os atos administrativos praticados em desconformidade com o ordenamento jurídico.

CONSIDERANDO o teor da Consulta n. 047/2021 emitida pelo Centro de Apoio do Patrimônio Público e Ordem Tributária do Ministério Público do Estado do Paraná, por intermédio do Núcleo do Patrimônio Público

CONSIDERANDO que o Prejulgado nº 27 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no qual se apoiou o Município para restringir a participação a apenas as MES e EPPs locais no Pregão Eletrônico n. 38/2022 (Processo 110/2022), no entender do Ministério Público, não foi corretamente interpretado e atendido, uma vez que foi feita uma justificativa genérica para a restrição adotada: "promover o desenvolvimento local". A propósito, destaque-se do referido Prejulgado:

b) DA EXCLUSIVIDADE DE LICITAÇÃO ÀS EMPRESAS SEDIADAS LOCAL OU REGIONALMENTE

Como se denota dos próprios autos, a divergência jurisprudencial acerca do tema e a necessidade de definições claras aos jurisdicionados, impõem a esta Corte de Contas, um posicionamento orientador



a respeito da exegese do artigo 48, do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Como forma de aclarar as questões sob estudo, entendemos que, primeiramente, nos cabe trazer à colação, o tema relativo as hipóteses da realização de licitações exclusivas às pequenas ou microempresas sediadas em determinadas localidades ou regiões, para somente após, abordarmos a definição quanto a aplicabilidade do valor limite para sua participação.

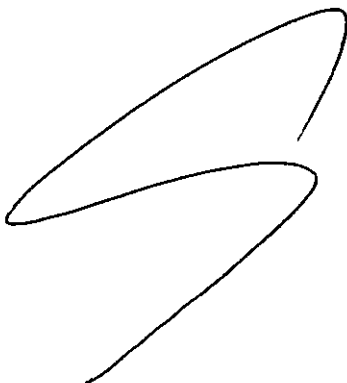
Como já destacado anteriormente, a hipótese de realização de licitações exclusivas a determinadas empresas, foi uma inovação trazida pela Lei Complementar n.º 147/2014, que alterou o texto original do parágrafo 3º, do artigo 48, do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, ampliando os incentivos já estabelecidos, inclusive, permitindo aos entes federados a edição de legislação suplementar mais benéfica, conforme se observa da alteração da redação do artigo 47, daquele Estatuto:

(...)

Primeiramente, da leitura do §3º, art. 48 da Lei Complementar n.º 123/06, não se pode interpretar que o legislador autorizou uma restrição territorial, haja vista que o dispositivo somente estabelece uma "possibilidade de priorização na contratação do pequeno empresário até um determinado limite." (...)

Neste caminho, a viabilidade da restrição territorial deve ser sopesada no bojo dos fundamentos que regem as licitações: vantajosidade, isonomia e sustentabilidade, todos assegurados no art. 3º da Lei nº 8.666/1993: (...)

Diante de tais conceitos basilares, nos parece que, proibir a participação de outros interessados nos certames, como tem se verificado em determinados casos práticos, afronta aos princípios da igualdade e da livre concorrência. Ademais, se por um lado o



legislador pretendeu estimular o desenvolvimento local e regional, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social, favorecendo empresas sediadas em determinadas circunscrições, se assegurou, no mesmo instrumento normativo, que tais licitações diferenciadas não podem ser desfavoráveis à Administração Pública.

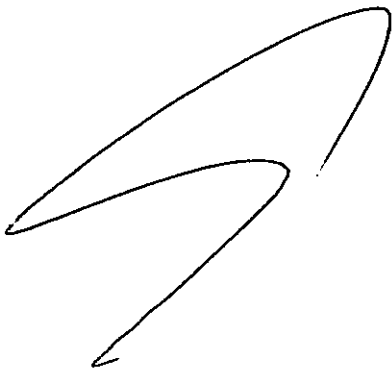
(...)

Alinhado a esse conceito, nos moldes defendidos pela instrução do feito, destaca-se que a limitação pode ocorrer em duas situações: 1) Diante da peculiaridade do objeto a ser licitado; 2) Para implementação dos objetivos principiológicos definidos pelo artigo 47, do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, quais sejam: 2.1) Promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; 2.2) Ampliação da eficiência das políticas públicas; e, 2.3) Incentivo a inovação tecnológica.

Na primeira hipótese, a restrição territorial pela peculiaridade do objeto deve ocorrer sempre quando a situação em concreto assim exigir, para se garantir a vantajosidade de uma contratação, que se feita de outra forma traria prejuízos à Administração Pública. A providência prescinde de justificativa pormenorizada que deverá constar no processo licitatório, registrando a circunstância ensejadora da limitação.

Neste ponto cumpre frisar que vários são os aspectos que podem ensejar vantagens em uma determinada contratação, não estando adstrita unicamente ao aspecto econômico. Razão pela qual, as justificativas, embora não exijam detalhamento aprofundado, devem ser consistentes e de fácil verificação.

O segundo aspecto - ampliação da eficiência das políticas públicas, têm maior abrangência conceitual, estando presente em todos os objetivos

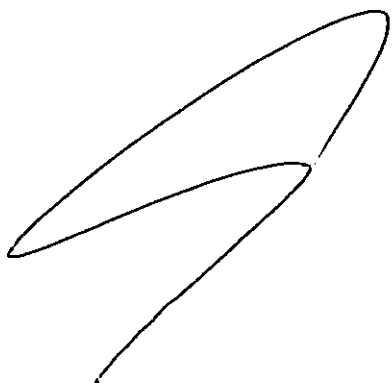


definidores das políticas públicas voltadas às microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

Com isso, observado que a regra do Estatuto possibilita aos entes federados a criação de lei mais benéfica, verifica-se que o incentivo ao tratamento diferenciado poderia ser perfeitamente veiculado mediante edição de legislação suplementar, prevendo a execução de licitação com reserva de mercado aos pequenos empresários locais e/ou regionais. É esse o entendimento da doutrina:

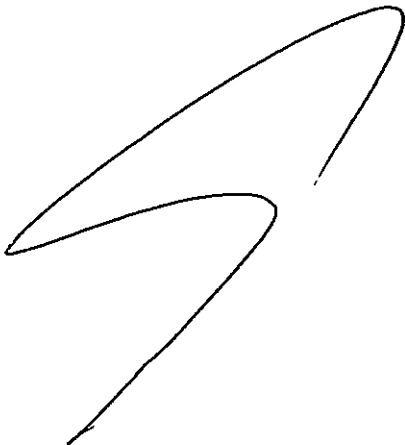
"A conjugação hermenêutica das duas normas pode levar a concluir que está autorizada a licitação exclusiva para a participação de ME e EPP sediada local ou regionalmente. Explica-se: como o tratamento diferenciado e simplificado (no qual se inclui a licitação exclusiva) objetiva o desenvolvimento econômico e social municipal e regional e como a lei exige que, para a aplicação dele, existam no mínimo ME e EPP sediadas local ou regionalmente, o sentido da norma seria o de efetivamente favorecer as empresas locais e regionais por força de licitações exclusivas para a participação delas. Parece ser este o sentido da norma. Para tanto, deve haver consistente motivação orientada a demonstrar que a licitação exclusiva para a participação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente se prestará efetivamente para contribuir com o desenvolvimento municipal ou regional, ou constituir instrumento para a ampliação da eficiência das políticas públicas, ou ainda, de incentivo à inovação tecnológica. Logo, desde que, fundamentadamente, amparada em planejamento público consistente que contemple algum dos valores jurídicos tutelados pela norma do artigo 47, poderá haver licitação exclusiva para a participação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente" (SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações & o estatuto da microempresa e empresa



de pequeno porte. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 132) E: "Verifica-se, no caso, a conjugação de princípios. Pode-se admitir licitação restrita à participação de ME e EPP sediadas em certas regiões, sem que isso configure violação ao princípio da Federação. A controvérsia poderia surgir porque a CF/1988 veda, no art. 19, III, a discriminação entre os brasileiros ou entre as próprias pessoas políticas. Essa vedação não é infringida na hipótese examinada porque se reconhece a ausência de condições das ME e EPP estabelecidas em regiões carentes de competir com aquelas que atuam em locais com maior índice de desenvolvimento econômico, social e tecnológico. O direcionamento das licitações configura-se como um meio de promover a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, inclusive para cumprir o desígnio constitucional da redução das desigualdades regionais e da eliminação da pobreza. É evidente, porém, que a validade dessa medida concreta dependerá da sua aptidão para realizar os fins e os princípios constitucionais. Não será válido aos Municípios e aos Estados adotarem de modo genérico a restrição de participação de sujeitos estabelecidos fora de seu território". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 140)

(...)

Desta forma, a Administração Pública, amparada em planejamento estratégico, poderá realizar licitações somente com participantes de certas circunscrições, garantindo a circulação de recursos em determinada localidade, para atingir o escopo constitucional do tratamento diferenciado e de apoio ao pequeno empresário nas compras públicas, mitigando as desigualdades e incentivando o crescimento.



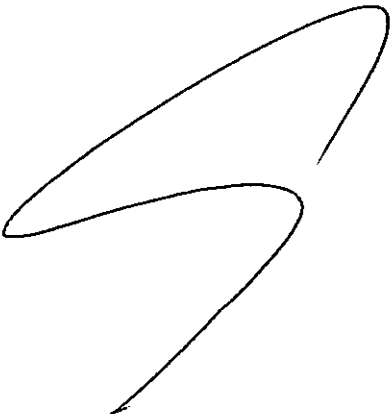
Assim, essa possibilidade de limitação decorre de um plano de ação, previsto em um projeto bem delineado, que servirá de substrato para a lei autorizadora da medida. Evidentemente que a reserva de mercado, nessa concepção, deverá ser detalhadamente justificada, sendo vedada sua previsão genérica. Registre-se também que o benefício somente poderá ocorrer nas licitações exclusivas e nas com reserva de cotas (art. 48, I e III, respectivamente). Na modalidade de subcontratação compulsória (art. 48, II, da Lei Complementar nº 123/06) o preço é apresentado pela grande empresa, que inclui em sua proposta os valores destinados à subcontratada.

CONSIDERANDO o contido no Manual de Licitações do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no que toca às hipóteses territoriais restritivas, que devem ser tratadas de forma excepcional, motivada e não genérica:

IX - LICITAÇÕES RESTRITAS ÀS MPE LOCAIS OU REGIONAIS

86. A restrição territorial pela peculiaridade do objeto, como hipótese de limitação da licitação voltada para as MPE locais ou regionais, pode ocorrer? O Prejulgado nº. 27 definiu duas hipóteses para que se admita a prática, quais são estas hipóteses?

Sim, de acordo com o Prejulgado nº 27 do TCE-PR, a restrição territorial deve ser motivada quando a situação fática motivar a garantia de vantajosidade de uma contratação, que se feita de outra forma traga prejuízos à Administração Pública. Após delimitar que a restrição territorial configura-se como prática possível, porém, extraordinária. O Prejulgado definiu as duas hipóteses que admitiriam a restritividade:

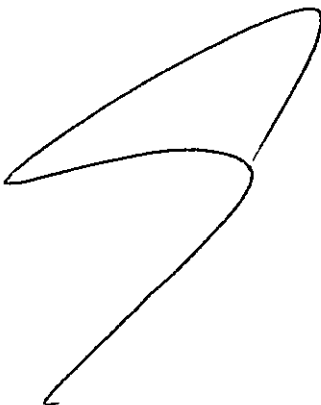


Alinhado a esse conceito, nos moldes defendidos pela instrução do feito, destaca-se que a limitação pode ocorrer em duas situações: 1) Diante da peculiaridade do objeto a ser licitado; 2) Para implementação dos objetivos principiológicos definidos pelo artigo 47, do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, quais sejam: 2.1) Promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; 2.2) Ampliação da eficiência das políticas públicas; e, 2.3) Incentivo à inovação tecnológica.

(...)

No mesmo sentido, destaca-se o seguinte excerto do Acórdão nº 595/2020-Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Paraná:

Porém, como bem observou o órgão ministerial, não obstante o edital tenha relacionado os dispositivos que permitem a realização de licitação nesta concepção, não se demonstrou os motivos pelos quais a restrição iria beneficiar a economia local: De outro lado, ainda que este *Parquet* tenha relevado a falta de justificativa no procedimento administrativo e no Edital do certame para a limitação da participação no Pregão Presencial nº 218/2016 a microempresas e empresas de pequeno porte do Município de Londrina e Região Metropolitana, os interessados defenderam que os motivos foram relacionados ao previsto no artigo 48, I, da LC nº 123/2006, dispositivo este que constou tanto do procedimento administrativo quanto do Edital de licitação. Diversamente do que defendem os interessados, a simples menção genérica de que a restrição objetivava "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" não supre a necessidade de demonstração dos motivos que levaram a Administração à esta conclusão, sendo



imprescindível que se comprove de que maneira esses objetivos seriam alcançados com a imposição da limitação." (...)

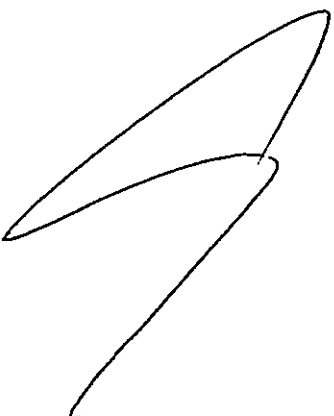
"O direcionamento das licitações configura-se como um meio de promover a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, inclusive para cumprir o desígnio constitucional da redução das desigualdades regionais e da eliminação da pobreza. É evidente, porém, que a validade dessa medida concreta dependerá da sua aptidão para realizar os fins e os princípios constitucionais. Não será válido aos Municípios e aos Estados adotarem de modo genérico a restrição de participação de sujeitos estabelecidos fora de seu território.

87. É possível justificar licitação voltada para MPE locais ou regionais em função da ampliação da eficiência das políticas públicas? Qual é a jurisprudência do TCE-PR?

Sim. O Prejulgado nº 27, do TCE-PR, compreendeu que tal motivação possa ser ensejadora para licitações voltadas para MPEs locais ou regionais:

Com isso, observado que a regra do Estatuto possibilita aos entes federados a criação de lei mais benéfica, verifica-se que o incentivo ao tratamento diferenciado poderia ser perfeitamente veiculado mediante edição de legislação suplementar, prevendo a execução de licitação com reserva de mercado aos pequenos empresários locais e/ ou regionais. (...)

Neste sentido, nos cabe trazer trecho da obra da Dra. Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante, publicada em 2017 pela Revista nº 06, do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, onde cita-se fato exemplificando a situação ora em apreço: "Suponha-se que o município de Mariana (MG) elabore uma Política Pública de desenvolvimento econômico, social e ambiental com a finalidade de gerenciar seu passivo ambiental com resíduos da atividade de mineração, de fomentar a inovação



tecnológica e a abertura de empresas na localidade para geração de empregos. Para tanto, através da Política Pública, determinar-se-ia que toda a Administração Direta e Indireta do Município passasse a utilizar em suas obras, os tijolos feitos a partir da lama de barragem das mineradoras que atuam na região, e que foram desenvolvidos pela Universidade Federal de Ouro Preto (inovação). Não atende à demanda da Administração de Mariana/MG a compra de tijolos produzidos por empresas de outros Estados, mas somente de empresas locais que utilizem a matéria-prima local (lama da barragem), haja vista a necessidade de redução de seu passivo ambiental. Assim, com base no art. 47 da Lei Complementar nº 123/06 e numa Política Pública bem elaborada, com metas definidas e controles de execução das ações adequadamente detalhados, poder-se-ia interpretar pela possibilidade de limitação de participação nestas licitações, de fornecimento de tijolos, apenas às empresas locais ou da região das barragens, em atenção a outros valores constitucionalmente relevantes como: preservação ao meio ambiente, fomento à atividade econômica, geração de empregos e inovação tecnológica".

CONSIDERANDO que a justificação apresentada pelo Município licitante se mostrou demasiadamente genérica para limitar a concorrência no referido procedimento licitatório - Edital de Pregão Eletrônico n. 38/2022, eis que estribada na seguinte justificativa apresentada pela Secretaria Municipal de Assistência Social:

CONSIDERANDO que tal motivação genérica contraria não só a normativa local e o Prejulgado nº 27, que prevê a limitação de forma excepcionalíssima e amplamente justificada, mas também a Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece a prioridade, e não a exclusividade (artigo 48, I e § 3º), resultando em limitação infundada à participação de MEs e EPPs não locais.

CONSIDERANDO, ainda, que, conforme cláusula 5.3 do Edital de Licitação n. 063/2022, o edital de licitação em análise não destinou a reserva de mercado apenas as as ME' e EPP's sediadas no Município, mas, ao que consta, a todas as demais sociedades empresárias sediadas em Iporã, o que contraria o próprio espírito da norma positivada nos artigos 47 e 48, §3º, da Lei Complementar n. 123/2006, que, em última análise, visa concretizar o princípio previsto no artigo 170, inciso IX, da Constituição da República;

CONSIDERANDO, ainda, que não observado o inciso II do artigo 49 da Lei Complementar n. 123/2006, que apregoa que:

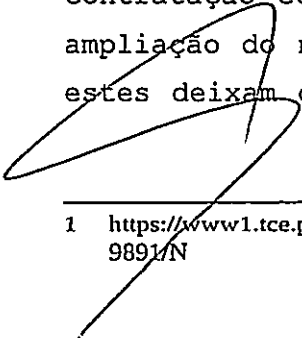
Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

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.

CONSIDERANDO o entendimento reiterado do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, reforçado no Acórdão n. 1037/22, de relatoria do Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães (Processo n. 632162/21)¹ d Acórdão n, 2605/18, no sentido da excepcionalidade da adoção do procedimento de pregão em sua modalidade presencial, devendo a Administração Pública primar, como regra, pela realização do pregão eletrônico

CONSIDERANDO que a adoção do pregão eletrônico permite um potencial aumento da competitividade do certame, já que interessados que estejam localizados em qualquer lugar do país podem participar de forma remota. Com isso, aumentam as chances de a administração realizar uma contratação economicamente mais favorável, já que, além de uma possível ampliação do número de participantes - o que estimula a concorrência -, estes deixam de precisar realizar gastos com transporte ou diárias, por


1 <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tribunal-reforca-a-orientacao-para-que-gestores-prefiram-o-pregao-eletronico/9891/N>

exemplo, para enviar um representante a um pregão presencial realizado em um local distante.

CONSIDERANDO que outra vantagem do pregão eletrônico é a impessoalidade do procedimento, visto que os competidores participam do pregão de forma anônima, sendo identificado apenas o vencedor do certame, após o encerramento da disputa de lances, já na fase de habilitação da sessão pública digital. Dessa forma, diminui consideravelmente o risco de haver conluio entre os licitantes, prática comprovadamente prejudicial ao interesse público;

CONSIDERANDO, ainda, que a modalidade eletrônica do pregão oferece maiores transparência e segurança, pois a maior parte dos atos da licitação é registrada automaticamente pelo sistema, o que elimina possíveis perdas que comumente ocorrem quando da transcrição de atas de sessões presenciais. Com isso, é possível aos órgãos de fiscalização, como o TCE-PR, e à própria sociedade a análise da íntegra do histórico das disputas, fomentando, assim, os controles externo e social sobre os gastos públicos;

CONSIDERANDO, ainda, que a nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021) reforçou o caráter excepcional das licitações presenciais, que deverão ser precedidas de motivação idônea da autoridade administrativa, devendo, ainda, a respectiva sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo (art. 17, §2º)

CONSIDERANDO, ainda, o princípio da autotutela administrativa, que impõe à Administração Pública o poder-dever de controlar seus próprios atos, anulando, se for o caso, os atos administrativos ilegais

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ RECOMENDA

ao Prefeito Municipal de Iporã, ou quem lhe faça as vezes, em cumprimento às disposições constitucionais e legais mencionadas, que adote as seguintes medidas:

a) valendo-se do seu poder administrativo de autotutela, anule o edital de licitação na modalidade pregão presencial n. 63/2022 (Ata de Registro de Preços n. 089/2022 e Processo Administrativo n. 063/2022) e,

por consequência, o contrato administrativo dele decorrente, interrompendo, imediatamente, eventuais pagamentos realizados à empresa vencedora do certame;

b) havendo necessidade de novo procedimento licitatório com o mesmo objeto, caso o Município resolva, mais uma vez, lançar mão do disposto no §3º do artigo 48 da Lei Complementar n. 123/2006, que sejam observadas neste e nos demais procedimentos licitatórios municipais, a interpretação correta acerca do Prejulgado nº 27 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, destacando-se que a limitação pode ocorrer em duas situações: 1) Diante da peculiaridade do objeto a ser licitado; 2) Para implementação dos objetivos principiologicos definidos pelo artigo 47, do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, quais sejam: 2.1) Promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; 2.2) Ampliação da eficiência das políticas públicas; e, 2.3) Incentivo à inovação tecnológica.

Nesse caso, ainda, deverá a Municipalidade se atentar, ainda, ao disposto no artigo 49 da Lei Complementar n. 123/2006;

c) independentemente de aplicação do disposto no §3º do artigo 48 da Lei Complementar n. 123/2006 e da modalidade licitatória a ser porventura adotada, caso promovido nova licitação com o mesmo objeto, seja exigida da empresa vencedora mínima demonstração de capacitação técnica e/ou qualificação ou capacitação para execução do serviço contratado;

d) decidindo-se novamente pelo pregão para o novo certame, que seja adotada, preferencialmente, sua modalidade eletrônica, devendo, caso adotada sua modalidade presencial, fundamentada expressamente e pormenorizadamente os motivos da escolha de tal procedimento presencial, sem prejuízo da adoção das cautelas preconizadas no artigo 17, §2º, da Lei n. 14.133/2021;

São os termos da Recomendação Administrativa elaborada pelo Ministério Público do Estado do Paraná, requisitando seja apresentada resposta por escrito, no prazo impreterível de 10 (dez) dias úteis, notadamente em relação ao seu efetivo recebimento e posicionamento a ser

adotado diante de seu conteúdo, sem prejuízo do encaminhamento de eventual documentação comprobatória das alterações sugeridas.

REQUISITA-SE a publicação da presente Recomendação Administrativa, pelo prazo de 10 (dez) dias, em local adequado, sugerindo o sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Cafetal do Sil, independentemente do acolhimento de seu teor.

Ressalte-se que a recomendação administrativa não tem caráter vinculante e obrigatório.

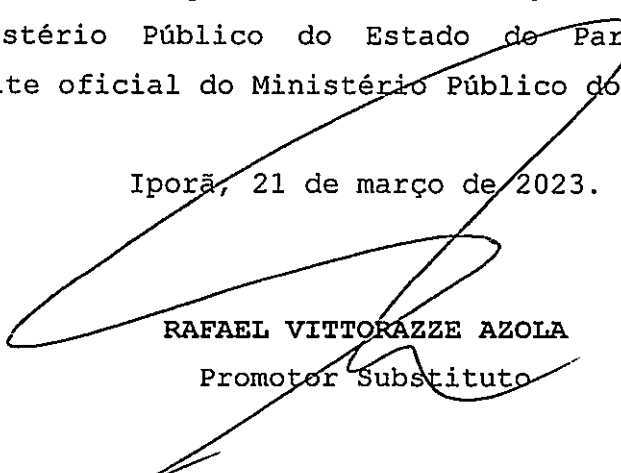
No entanto, o seu descumprimento poderá configurar, improbidade administrativa, além da adoção de medidas judiciais.

Dê-se publicidade à Recomendação Administrativa, afixando-a no mural da Promotoria de Justiça e remetendo-a à Imprensa Oficial.

Encaminhe-se cópia da presente Recomendação Administrativa ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara Municipal de Iporã, para ciência.

Encaminhe-se cópia desta recomendação ao setor de comunicação social do Ministério Público do Estado do Paraná, solicitando sua divulgação no site oficial do Ministério Público do Estado do Paraná.

Iporã, 21 de março de 2023.


RAFAEL VITTORAZZE AZOLA
Promotor Substituto