



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA nº 02/2016

Notícia de Fato n. MPPR-0178.16.000023-2

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, pelo Promotor Substituto que esta subscreve, no exercício das atribuições conferidas pelo inciso II do artigo 129 da Constituição Federal e pelo inciso I do artigo 27 da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público);

CONSIDERANDO o contido no artigo 127 da Constituição Federal, que dispõe que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”;

CONSIDERANDO o estabelecido no inciso II do artigo 129 da Constituição Federal e no inciso II do artigo 120 da Constituição do Estado do Paraná, que atribuem ao Ministério Público a função institucional de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”;

CONSIDERANDO o parágrafo único do inciso IV do artigo 27 da Lei n.º 8.625/1993, o qual faculta ao Ministério Público **expedir recomendação administrativa** aos órgãos da administração pública federal, estadual e municipal, requisitando ao destinatário adequada e imediata divulgação;

CONSIDERANDO o artigo 2º, *caput*, da Lei Complementar Estadual n.º 85, de 27 de dezembro de 1999, que antes de elencar funções atribuídas ao Ministério Público, reforça aquelas previstas na Constituição Federal e Estadual e na Lei Orgânica Nacional;

CONSIDERANDO que o mesmo diploma legal supramencionado, no inciso III do § 1º do artigo 67 e no item 10 do inciso XIII do artigo 68, dispõe que ao Promotor de Justiça incumbe, respectivamente, “atender a qualquer do povo, ouvindo suas reclamações, informando, orientando e **tomando as medidas de cunho administrativo ou judicial**, ou encaminhando-as às autoridades ou órgãos competentes” e “efetuar a articulação entre os órgãos do Ministério Público e entidades públicas e privadas com atuação na sua área”;



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

CONSIDERANDO que a Súmula 473 do STF estabelece que “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”;

CONSIDERANDO que o artigo 37 da Constituição da República estabelece que “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 (...)”;

CONSIDERANDO que o artigo 27 da Constituição do Estado do Paraná estatui que “a administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, eficiência, motivação, economicidade (...)”;

CONSIDERANDO que os ilustres doutrinadores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹ asseveram que “os poderes outorgados aos

¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

agentes públicos, visando à consecução da finalidade pública inerente à atividade estatal, devem ser empregados com estrita observância da sistemática legal, sendo injurídica a sua utilização ao bel-prazer do administrador, culminando em violar direitos individuais sob o pretenso abrigo da supremacia do interesse público”;

CONSIDERANDO que a atividade pública deve ser prestada com o maior zelo possível, havendo o dever de desempenho adêquado e eficaz, tendo em vista que sua relevância para a coletividade, assim como o fato de ser custeada com recursos públicos;

CONSIDERANDO que o Município de Saudade do Iguaçu/PR publicou o Edital de Licitação, Processo n. 031/16, Pregão Presencial n. 016/16, destinado à contratação de empresa para prestar serviços mensais de manutenção, revisão e instalação de aparelhos de ar condicionado e climatizadores em prédios e espaços públicos do Município;

CONSIDERANDO que a Municipalidade de Saudade do Iguaçu/PR previu no mencionado Edital que somente poderão participar do certame as microempresas e empresas de pequeno porte que possuam sede e/ou domicílio no Município de Saudade do Iguaçu, conforme itens 2.1 e 2.2.1 do instrumento convocatório;



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

CONSIDERANDO que a pessoa jurídica Eleomar Antônio Morelatto-ME, sediada em Pato Branco/PR (Rua Vicente De Cól, n. 125, Bairro Pagnoncelli), formulou representação perante esta Promotoria de Justiça alegando afronta à legislação em razão da aludida cláusula do edital;

CONSIDERANDO que a mencionada cláusula do Edital foi inserida com suposto amparo na Lei Complementar Federal n. 123/2006, mais especificamente nos arts. 47, 48 e 49, que dizem: 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.* 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*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

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. § 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas. § 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. 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; 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;



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

CONSIDERANDO que os precitados comandos normativos visam conferir *tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte*, em atenção ao mandamento constitucional insculpido no art. 170, inciso IX, que preceitua: *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;*

CONSIDERANDO que a interpretação da legislação deve ser feita à luz da Constituição Federal, e não o contrário, razão pela qual o *norte interpretativo* a ser seguido na exegese dos dispositivos da Lei Complementar Federal n. 123/06 consiste na necessidade de se conferir tratamento privilegiado *às microempresas e empresas de pequeno porte*, independentemente de sua localização territorial;

CONSIDERANDO que a interpretação mais consentânea do art. 48, inciso I, c/c art. 49, inciso I, da Lei Complementar Federal n. 123/06 deve ser feita no sentido que as licitações voltadas exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte somente podem ser realizadas se existir no local, ou regionalmente, pelo menos três fornecedores



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, pois, caso contrário, a licitação deve ser franqueada a quaisquer interessados, sejam eles enquadrados (ou não) como microempresas e empresas de pequeno porte;

CONSIDERANDO que a partir da interpretação acima mencionada, não se pode concluir que o art. 48, inciso I, c/c art. 49, inciso I, da Lei Complementar n. 123/06 admite a restrição da possibilidade de participação do certame licitatório às microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no Município;

CONSIDERANDO que as cláusulas contidas nos itens 2.1 e 2.2.1 violam os princípios da igualdade, da impessoalidade, da competitividade do certame, da economicidade, da eficiência e da legalidade;

CONSIDERANDO o incentivo ao desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte, conquanto seja salutar, não pode se converter em discriminação territorial desmotivada, ainda mais quando existente potencial prejuízo ao patrimônio público, que deve zelar pela eficiência de seus atos;



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

CONSIDERANDO o Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de decidir que: *Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações: 1- Nas licitações em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante. Consulta do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho versando sobre o tratamento diferenciado dispensado a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas indagou ao TCU: “2.1. Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 deve-se restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado do Espírito Santo, sob pena de cumprir-se apenas parcialmente a legislação aplicável à matéria?”. O relator do feito, Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, ponderou inicialmente que a Lei Complementar nº 123, de 2006, com respaldo dos comandos contidos nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, “fixou normas gerais atinentes ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Transcreveu o art. 48, inciso I da citada lei: “Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: I -*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);". Anotou, em seguida, que, no âmbito da administração pública federal esse tratamento diferenciado para as ME e EPP nas contratações públicas de bens, serviços e obras (arts. 47 e 48 da Lei Complementar 123/2006) foi regulamentado pelo Decreto nº 6.204, de 2007. Fez menção, também, ao art. 2º, inciso I, do Decreto nº 6.204, de 2007, segundo o qual os órgãos ou entidades contratantes "devem identificar, sempre que possível, as ME e EPP sediadas regionalmente, constituindo, para tanto, cadastro próprio, de acesso livre, ou adequando os eventuais cadastros existentes, de modo a ampliar a participação dessas empresas nos processos licitatórios conduzidos pela Administração". Considerou, porém, que esse comando "não tem o desiderato de impedir que acorram aos certames microempresas ou empresas de pequeno porte que não estejam estabelecidas na mesma praça em que se situa o órgão licitante, ressaltando-se tão-somente, de acordo com o inciso IV desse artigo 2º, que, na definição do objeto da contratação, não devem ser utilizadas especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das ME e EPP sediadas regionalmente". Ao final, em linha de consonância com o entendimento da assessoria jurídica do TST e da unidade técnica, o relator sugeriu informar ao TST que: "nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

órgão ou a entidade licitante;". O Tribunal, então, endossou essa proposta de encaminhamento. Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, TC-017.752/2011-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 9.11.2011 (grifado);

CONSIDERANDO que o art. 3º, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei 8.666/93 prevê que: *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 (grifado).*



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

CONSIDERANDO que a Recomendação Administrativa constitui valioso instrumento jurídico de concretização e defesa dos direitos a que o Ministério Público está incumbido de tutelar;

CONSIDERANDO que a Recomendação Administrativa é definida como instrumento jurídico extraprocessual escrito por meio da qual o Parquet, de forma fundamentada, antecipa oficialmente ao destinatário, pessoa física ou jurídica, de natureza pública ou privada, a sua específica posição sobre a melhoria de determinado serviço público ou de relevância pública ou a respeito a interesses, bens ou direitos cuja tutela lhe cabe promover, sempre com o objetivo de corrigir condutas ou adotar providências do destinatário sem a necessidade de recorrer à via judicial;

CONSIDERANDO que a Recomendação Administrativa representa eficaz instrumento por meio do qual se previne responsabilidades, pois, de acordo com a melhor doutrina, "Ao servir concomitantemente para recomendar posturas e comunicar oficialmente a irregularidade de fatos a quem os está praticando ou a quem tem o dever de combatê-los ou evitá-los, a recomendação impede futuras alegações de desconhecimento ou boa-fé na prática da conduta e permite futura responsabilização por omissão de quem tiver o dever de corrigi-la, evitá-la ou reprimi-la (de regra a Administração Pública). Provoca, ademais,



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

o exercício do poder de polícia, que, por si só, diante de sua autoexecutoriedade, poderá vir a garantir efetividade à tutela coletiva” (Gravonski, Alexandre Amaral, in Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva. São Paulo/SP: RT, 2010, p. 374);

Expede a presente

RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA

Ao Exmo. Sr. Prefeito do Município de Saudade do Iguaçu/PR, ou quem lhe substituir ou suceder, a fim de que:

Anule o Edital de Licitação, Processo n. 031/2016, Pregão Presencial n. 016/2016, tendo em vista ilegalidade dos itens 2.1 e 2.2.1 do precitado Edital, que *restringem* a participação no certame somente às microempresas e empresas de pequeno porte que tenham sede ou domicílio no Município de Saudade do Iguaçu, afetando, assim, a competitividade da licitação e dificultando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE SÃO JOÃO/PR

Fica estabelecido o prazo de 10 (dez) dias, a partir do recebimento desta, para manifestação acerca das medidas adotadas pela Administração Pública Municipal em razão da presente Recomendação.

São João, 11 de março de 2016.

Rodrigo de Assunção Araujo Azevedo

Promotor Substituto