

EXCELENTÍSSIMO SENHOR LÉO BURGUES DE CASTRO D.D.
PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE - MG

PREGÃO PRESENCIAL Nº 14/2014
PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Recebido em
30/04/14 às 09:38
Carima.

MCI - TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA, com sede em BELO HORIZONTE - MG, inscrita no CNPJ sob o nº 09.282.007/0001-18, inscrição estadual número 002.075.246.00-72, por seu representante legal, Leopoldo André Barbosa de Oliveira, adiante assinado, nos autos de número em epígrafe, não se conformando com a r. decisão que a excluiu do certame, vem perante V. Ex.a, interpor o presente

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Para **requerer a anulação/revogação** do ato que adjudicou em favor da empresa MOA MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO LTDA, o objeto licitado e, em seguida, com a consequente **CONVOCAÇÃO** formal desta Recorrente para exercer o seu direito de preferência, cujos fundamentos vão a seguir expostos.

I - DOS FATOS

A Recorrente participou da licitação de número em epígrafe, Modalidade PREGÃO PRESENCIAL, na condição de microempresa/empresa de pequeno porte, mas, no entanto, não teve o seu direito preferencial respeitado pela Comissão de Licitação, ao ser excluída do certame, *data vênia*, de forma equivocada. Eis, assim, a razão do presente apelo.

A exclusão desta Recorrente se deu porque não houve a sua convocação na ordem de classificação como ME/EPP, pelo Sr. Pregoeiro. Contra esse fato foi interposto Recurso Administrativo, ao qual foi negado provimento.

Alegou o ilustre Relator do recurso, em breve síntese, que não teria havido manifestação desta Recorrente, na forma do § 2º do art. 45, da Lei Complementar 123/2006, onde prevê o prazo de 5 (cinco) minutos para a referida manifestação. Diz ainda o ilustre Relator acatando termos das contrarrazões da empresa então Recorrida, MOA MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO LTDA, ao dizer que *"...daquela norma categórica e "taliônicamente" (SIC) prevê que tal manifestação deverá ocorrer no prazo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, ..."*

Entretanto, esqueceu-se de registrar que o referido lapso de tempo começa a fluir com a CONVOCAÇÃO da ME/EPP, na forma do § 3º do inciso III, artigo 45 da citada Lei, o que de fato não ocorreu.

O Relatório datado do dia 16/04/2014, recomendou que fosse negado provimento ao Recurso Administrativo e no dia 17/04/2014, realmente foi proferida r. decisão e adjudicado o objeto licitado à MOA MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO LTDA, com o que, *data vênia*, não se conforma esta Requerente.

II - DO OBJETO DA LICITAÇÃO

O objeto licitado está definido no item 1.1 do Edital sob o seguinte texto:

“1.1 - Esta licitação tem por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos de manutenção preventiva e corretiva das instalações físicas prediais, dos sistemas elétrico, hidrossanitário, telefônico, de proteção contra descargas atmosféricas (SPDA) e TV a cabo da CMBH, conforme as condições e especificações constantes deste edital e de seus anexos.”



III - DO PREGÃO

Aberta, então, a Sessão Pública do dia 27/03/2014, às 09:00 horas, conforme previsto no Edital, quando apresentaram-se 08 (oito) empresas interessadas e que participaram efetivamente do pregão.

Tomados os lances a Comissão de Licitação registrou os respectivos preços ofertados pelos licitantes tendo sido declarada a classificação de 03 (três) empresas de melhor preço na seguinte ordem:

- Primeira colocada: MINAS EDIFICA LTDA - ME, com o preço de R\$97.9491,25;
- Segunda colocada: MOA MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO LTDA, com o preço de R\$108.750,00 (cento e oito mil, setecentos e cinquenta reais);
- Terceira colocada: MCI-TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA-ME, com o preço de R\$114.000,00 (cento e quatorze mil reais);

Ocorre que, ao conferir a documentação da primeira colocada, empresa MINAS EDIFICA LTDA - ME, constatou-se irregularidades insanáveis e, com isso, houve a sua inabilitação.



Diante de tal fato, a ordem classificatória, evidentemente, passou a ser a seguinte:

- Primeira colocada: MOA MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO LTDA, com o preço de R\$108.750,00 (cento e oito mil e setecentos e cinquenta reais);
- Segunda colocada: MCI-TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA-ME, com o preço de R\$114.000,00 (cento e quatorze mil reais);

Diante dessa nova classificação, dever-se-ia aplicar o disposto no subitem 8.9 e letra "a" do subitem 8.9.1., todos do Edital, c/c o art. 44, § 2º e 45, inciso III, § 3º, estes da Lei Complementar 123/2006, ou seja, convocar as empresas enquadradas na condição de ME/EPP, na ordem de classificação.

IV- DAS REGRAS DO EDITAL / LEI COMPLEMENTAR 123 de 2006 / CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

As regras do Edital na tratativa com as microempresas e empresas de pequeno porte, estão assim definidas, com destaques nossos:



“8.9 - Encerrada a etapa de lances, se a proposta mais bem classificada não tiver sido ofertada por ME ou EPP e se houver proposta apresentada por ME ou EPP com valor até 5% (cinco por cento) superior ao menor valor, estará configurado o empate ficto previsto no art. 44, § 2º, da Lei Complementar Federal nº 123/2006.”

8.9.1 - Tendo sido comprovada, em qualquer um dos momentos definidos no subitem 5.2.1 deste edital, a condição de ME ou EPP e ocorrendo o empate ficto no final da etapa de lances, proceder-se-á da seguinte forma:

a)- a ME ou a EPP mais bem classificada será convocada para, no prazo máximo de 5 (cinco) minutos, apresentar uma nova proposta de valor inferior àquela considerada classificada em primeiro lugar no certame, sob pena de preclusão do exercício do direito de preferência;

.....
c)- se a ME ou a EPP mais bem classificada no empate ficto não exercer seu direito de preferência, serão convocadas as demais ME's ou EPP's remanescentes, cujas propostas estiverem no limite estabelecido no subitem 8.9 deste edital, na ordem de classificação, para o exercício do direito de preferência;

Veja que a letra “a” do subitem 8.9.1, define como regra a **CONVOCAÇÃO** da ME ou a EPP, mais bem classificada para apresentar nova proposta no caso de empate ficto. Porém essa convocação, como se vê nas Atas das Sessões Públicas, repita-se, não ocorreu.

Por sua vez a Lei Complementar 123/2006, estabelece de forma cristalina o procedimento a ser empregado em casos como o que se apresenta. Vejamos:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço



Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º **No caso de preção, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta** no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. (destacamos)

Assim, aplicando-se ao caso em questão a regra da Lei Complementar citada, confrontando o preço da empresa MOA MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO LTDA com aquele ofertado por esta Recorrente, constata-se o efetivo intervalo de 5% (cinco por cento), portanto, caracterizando o empate ficto, previsto no seu artigo 44, § 2º, bem como impõe-se a **CONVOCAÇÃO** da ME/EPP, na forma do inciso II e § 3º, inciso III, ambos do artigo 45.



Vale ressaltar que a aplicabilidade da Lei Complementar 123/2006, independe de previsão em edital. Nesse sentido o TCU, assim decidiu:

"Acórdão TCU 2144/2007 - Plenário

As regras estabelecidas nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, que tratam dos critérios de desempate das propostas dos licitantes, quando há participação de microempresas e empresas de pequeno porte, têm aplicação imediata e obrigatória desde a entrada em vigência dessa lei, publicada no D.O.U. de 15/12/2006." (g.n.)

Nesse caso, na condição de segunda colocada e enquadrada na categoria econômico-fiscal de ME/EPP, é direito desta Recorrente de exercer a preferência mediante convocação uma vez que está caracterizado o empate ficto.

A própria Constituição da República, também trata do direito de preferência que deve ser dispensado às ME/EPP no inciso IX do art. 170 e art. 179, cujo texto transcreve-se para pronta referência:

"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.



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."

V - DA DECISÃO DA COMISSÃO JULGADORA

Considerando que a licitante primeira colocada na fase de lances, quando da realização do pregão, teria sido uma ME/EPP, no caso a MINAS EDIFICA LTDA-ME, automaticamente excluiria a possibilidade de eventual caracterização de empate ficto. Porém com a sua inabilitação surgiu uma nova classificação convocando a próxima ME/EPP, melhor colocada. Mas, não foi o que ocorreu.

Referido entendimento, *data vênia*, emprestado equivocadamente pela Comissão de Licitação, surgiu da interpretação não menos equivocada, do subitem 8.9 do Edital com o seguinte registro na Ata da Sessão Pública do dia 04/04/2014, na sua segunda página com a seguinte redação:

*"Ressalta o pregoeiro que não foi configurado o empate ficto previsto no subitem 8.9 do edital, tendo em vista que a proposta mais bem classificada, conforme citado acima, foi ofertada por uma **microempresa**."*



Entretanto, referida decisão não poderá subsistir haja vista a efetiva participação desta Recorrente, na condição de ME/EPP à qual a Lei lhe faculta o exercício do direito de preferência.

"*Permissa máxima vênia*", incorreu em inegável equívoco a interpretação do Sr. Pregoeiro, como de resto também da Comissão, que culminou com a eliminação indevida desta Recorrente.

Ora, o direito desta Recorrente é patente exsurgindo-se do inciso II, do artigo 45, da mesma Lei Complementar ao defini-lo da seguinte forma: *II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito.* (d.n.)

Considerando que **NÃO OCORREU A CONTRATAÇÃO** da licitante **MINAS EDIFICA LTDA-ME**, primeira colocada na condição de ME/EPP, emerge-se, então, do inciso acima citado, a obrigatoriedade da convocação das demais licitantes que se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 da já citada Lei Complementar 123/2006, que no caso em questão é esta Recorrente ocupando o segundo lugar na ordem classificatória.

VI - DA AUSÊNCIA DE CONVOCAÇÃO

Esclarece ainda que em momento algum houve o ato convocatório pela Comissão de Licitação, mesmo diante dos veementes questionamentos do representante credenciado desta Recorrente para que lhe fosse dada a oportunidade de apresentar nova proposta, conforme previsto nos citados dispositivos da Lei Complementar.

Diante da omissão da ilustre Comissão de Licitação, o representante credenciado desta Recorrente, fez requerimento inclusive para que se constasse em ata os protestos por ele apresentados cujo pedido foi também negado.

O Entendimento do Pregoeiro e da ilustre Comissão contraria a Lei e o entendimento de renomados juristas, podendo citar, por exemplo, um artigo veiculado no site www.marçaljustenfilho.com.br, da lavra do Escritório do ilustre jurista MARÇAL JUSTEN FILHO, sob o título "A IMPERATIVIDADE DA REGRA DO DESEMPATE DE PROPOSTAS PREVISTAS NOS ARTIGOS 44 E 45 DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006", coloca uma pá de cal em qualquer entendimento contrário ao exposto no presente Recurso Administrativo, cujo texto transcreve-se a seguir:



“4 – A Imperatividade da Regra Prevista nos Arts. 44 e 45 da LC nº 123

O benefício previsto nos arts. 44 e 45 da LC nº 123 é de observância obrigatória pela Administração Pública. Isso significa que ele deve ser reconhecido independentemente de requerimento da pequena empresa ou de previsão editalícia, pois se trata de uma determinação legal imperativa decorrente do art. 22, inc. XXVII da CF/88.

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que *“não caberá negar a uma ME ou uma EPP a possibilidade de beneficiar-se das regras previstas nos arts. 42 a 45 da LC nº 123, nem mesmo sob o argumento de ausência de regulamentação. Também não caberá afirmar que o ato convocatório não forneceu a solução cabível para o exercício e para o deferimento dos benefícios. Ainda que não haja regulamentação e não obstante o silêncio do edital, os benefícios previstos na LC nº 123 deverão ser reconhecidos, deferidos e aplicados – sob pena de configuração de nulidade da decisão denegatória”* (O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas, 2ª ED., São Paulo: Dialética, 2007. p.21)

5 – O Posicionamento do TCU

Esse também parece ser o entendimento do Tribunal de Contas da União. No relatório do Acórdão nº 702/2007 – Plenário, o Ministério Benjamin Zymler já sinalizara o posicionamento do TCU sobre o tema ao afirmar que *“Apesar da ausência de previsão editalícias de cláusulas que concedam a estas categorias de empresas os benefícios previstos nos arts. 45 e 46 da lei supradita, não há impedimentos para a aplicação dos dispositivos nela insculpidos. Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis”*.

Nessa mesma linha segui o Acórdão nº 2.144/2007-Plenário. Trata-se da primeira decisão de mérito do TCU sobre a LC nº 123, em que o Ministro Aroldo Cedraz determinou a auto-aplicabilidade do disposto nos arts. 44 e 45, ao contrário do que ocorre com as disposições previstas nos arts. 47 e 48. Para o ministro, *“a existência da regra restringindo a aplicação dos arts. 47 e 48 e ausência de restrição no mesmo sentido em relação aos arts. 44 e 45 conduzem à conclusão inequívoca de que esses últimos são aplicáveis em qualquer situação, independentemente de se encontrarem previstos nos editais de convocação. (...) Observo, aliás, que os comandos contidos nos arts. 44 e 45 são impositivos (“proceder-se-á da seguinte forma...”), ao passo que a redação conferida aos arts. 47 e 48 deixam claro seu caráter autorizativo (“a administração pública poderá...”). As regras insculpidas nos arts. 44 e 45 não são, portanto, facultativas, mas auto-aplicáveis desde o dia 15.12.2006, data de publicação da Lei Complementar 123”* (g. n.)

VI - CONCLUSÃO

Por último, fica evidente, repita-se, o direito preferencial desta Recorrente para prosseguir no presente certame, pois, em simples análise de todo o processado, está caracterizado o seu direito líquido e certo conforme lhe confere a Lei Complementar 123/2006.

VII - DO PEDIDO

Diante do exposto, dos princípios e dos preceitos legais que norteiam os processos licitatórios é o presente **PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO** para **requer** o seguinte:

- 1 - seja recebido o presente Recurso no efeito suspensivo;
- 2 - dar-lhe **PROVIMENTO** para revogar a decisão então proferida e, em seguida, convocar esta Recorrente, para exercer o seu direito de preferência na forma da Lei Complementar 123/2006, permitindo-lhe prosseguir no feito nos seus trâmites legais, inclusive com a adjudicação do objeto licitado;

Belo Horizonte, 28 de abril de 2014.



Leopoldo André Barbosa de Oliveira