



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações



DECISÃO

Tomada de Preços nº 003/2022

Impugnação

Impugnante: LTM CONSTRUÇÕES LTDA.

Trata-se de Impugnação interposta por **LTM CONSTRUÇÕES LTDA.** em face do instrumento convocatório da Tomada de Preços nº 003/2022.

Em apertada síntese, alega a impugnante que *“o item 7.1, letra “h” do edital, em relação ao critério de desempate adotado [...] fere o Princípio da Igualdade, pois dá preferência às empresas locais, em detrimento à lei Licitatória e aos próprios critérios estabelecidos na Lei Complementar 123/2006”*

Por fim, pugna pelo acolhimento da presente impugnação para fins de “correção” do instrumento convocatório.

Estes os fatos que importam relatar.

Dos pressupostos de admissibilidade

A presente impugnação ao instrumento convocatório mostra-se tempestiva ao passo que apresentada no prazo previsto no art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Por seu turno, a impugnante, na condição de interessada em contratar com a administração pública, demonstra legitimidade e interesse em manejar a presente peça, razão porque restam preenchidos os pressupostos de admissibilidade da mesma.



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações



Dos fundamentos

A Constituição da República, em seu art. 170, IX previu expressamente dentre os postulados da ordem econômica a necessidade de ser estabelecido tratamento diferenciado às pequenas empresas, vide:

“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.” (destaques e grifos nossos)

Nessa esteira, surgiu a LC nº 123/06 que, em seu capítulo V, pertinente ao acesso aos mercados, em especial, às aquisições públicas, reza:

“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.”
(destaques e grifos nossos)

Da leitura do dispositivo legal acima extrai-se que o legislador estabeleceu a título de tratamento diferenciado, a hipótese de empate ficto entre as pequenas empresas (MEs, EPPs ou MEIs) e as demais participantes de certames realizados pela administração, conferindo às primeiras a prerrogativa de apresentar nova proposta de valor, observado o disposto no art. 45 do mesmo diploma *sub examinem*:



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações

“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.”

Mais adiante, o art. 47 do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte estabelece que:

“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.” (destaques e grifos nossos)

É de se ver que a pretensão do legislador foi mais adiante ao estabelecer que nas contratações, a administração **DEVERÁ** conceder tratamento diferenciado e simplificado às empresas de pequeno porte situadas em âmbito municipal e regional, a fim de fomentar o desenvolvimento econômico local.



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações



Essa é a lição de Jamil Manasfi e Simone Zanotello¹:

“Com a exclusão da frase “desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente”, o artigo 47 da LC 123/2006, passa a ser autoaplicável em todas as esferas, porém com a orientação de que enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e à empresa de pequeno porte, que deverá ser utilizada a legislação federal. O objetivo foi fazer com que os demais entes federados não aleguem impossibilidade de implantar as políticas por falta de legislação local.” (destaques e grifos nossos)

Por seu turno, o art. 48, § 3º, da LC nº 123/06 assim disciplina:

“[...]§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, ESTABELECEM 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.” (destaques e grifos nossos)

Ora, salvo melhor entendimento, ao contrário do que alega a impugnante, o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (LC nº 123/06) tem por fundamento a Constituição da República (art. 170, IX) e não ofende o disposto na Lei nº 8.666/93 posto que especial em relação à esta.

Com o escopo de observar a determinação contida no supracitado art. 47, da LC nº 123/06, consubstanciada no poder-dever da administração de aplicar a regra ali estabelecida, o Poder Executivo Municipal promoveu o devido estudo legislativo e

¹ CRUZ, Jamil Manasfi; OLIVEIRA, Simone Zanotello de. **Novidades nas licitações com ME e EPP (LC Nº 147/2014)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4180, 11 dez 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31060/consideracoes-sobre-as-licitacoes-em-face-das-alteracoes-do-estatuto-nacional-da-microempresa-e-empresa-de-pequeno-porte-lei-complementar-n-123-2006-provenientes-da-lei-complementar-n-147-2014>>. Acesso em 03/01/2018.



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações



econômico local, após o que regulamentou no âmbito municipal a aplicação dos critérios de tratamento diferenciado previstos na LC nº 123/06 – (Decreto Municipal nº 006/2021).

Assim é que o art. 24, do Decreto Municipal nº 006/2021 dispôs que:

“Art. 24. O edital poderá prever a concessão de margem de preferência de até 10% (dez por cento) da melhor proposta válida para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no âmbito local.

§ 1º São consideradas de âmbito local todas as microempresas e empresas de pequeno porte com sede dentro dos limites geográficos do município de São Francisco do Brejão - MA, conforme delimitação estabelecida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

§ 2º Ocorrendo o empate ficto previsto no caput, será concedido o prazo máximo de 5 (cinco) minutos, no pregão, e o prazo máximo estabelecido no edital respectivo, nas demais modalidades de licitação, para que a microempresa ou empresa de pequeno porte local mais bem classificada, querendo, apresente proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, sob pena de preclusão.

§ 3º A margem de preferência não autoriza a contratação com valor superior à proposta considerada vencedora do certame ou com preço acima da média de mercado, apurado para fins de abertura da licitação. (destaques e grifos nossos)

O dispositivo acima transcrito traz à baila uma das situações reconhecidas e estabelecidas pelo Poder Executivo Municipal como empate ficto – em que pese tecnicamente equivocada a denominação “margem de preferência” no *caput* - qual seja, a hipótese em que a proposta apresentada por uma ME, EPP ou MEI sediada nos limites territoriais do município de São Francisco do Brejão (MA) seja até 10% (dez por cento) superior à melhor proposta classificada no certame, apresentada por ME, EPP ou MEI não sediada no local.



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações

A doutrina pátria tem se posicionado de forma pacífica e caudalosa acerca da legalidade do tratamento diferenciado concedido às MEs, EPPs e MEIs sediados em âmbito local, a exemplo da lição de Victor Aguiar Jardim de Amorim²:

“O § 3º do art. 48 (BRASIL, 2006c), por sua vez, estabelece a possibilidade (e não a obrigatoriedade) de prioridade de contratação para as MEs ou EPPs sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido (espécie de “empate ficto” e ordem de preferência entre ME e EPP).”
(destaques e grifos nossos)

Esse também é o entendimento de Cristiane Fortini³:

“Novidade bastante expressiva está na possibilidade de cria-se categoria privilegiada entre as ME/EPPs. Segundo o art. 48, § 3º, da LC 123, poderá ser estabelecida prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local e regionalmente até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. Assim caso opte por privilegiar o comércio local, o que estaria afinado com os propósitos descritos no art. 48, o ato convocatório deverá prever privilégios adicionais que definirá, entre as ME/EPPs já agraciadas pela regra do art. 48, aquelas que mesmo praticando preço superior, deve ser a contratada em apreço aos efeitos positivos decorrentes da valorização do mercado local ou regional.” (destaques e grifos nossos)

Não é demais registrar que o art. 48, da LC nº 123/06 autoriza a criação de margem de preferência de contratação, ocasião em que a ME, EPP ou MEI local teria prioridade de contratação por preço superior em até 10% a melhor proposta classificada, o que difere do tratamento previsto no art. 24, do Decreto Municipal nº 006/2021, que optou por reconhecer o empate ficto para fins de conceder a ME, EPP ou MEI

² AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 1 ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017 p. 118

³ Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos/coordenação Jessé Torres Pereira Junior. São Paulo: Editora NDJ, 2016.



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações



local o direito de apresentar nova proposta de preços, **inferior à melhor proposta classificada**, buscando economia aos cofres públicos por meio da obtenção de proposta mais vantajosa.

Com efeito, além de indicar no preâmbulo o Decreto nº 006/2021 dentre a legislação que rege os termos e disposições estabelecidas no certame, o instrumento convocatório em seu item nº 7.1, “h”, objeto da presente impugnação, expressamente previu que:

“[...] como critério de desempate, será assegurada preferência de contratação para MEs, EPPs ou MEIs sediadas no âmbito local (limites geográficos do município de São Francisco do Brejão - MA), entendendo-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas por MEs, EPPs ou MEIs locais sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores a melhor proposta classificada.” (destaques nossos)

Regulamentando o procedimento a ser adotado em caso de empate ficto entre a melhor proposta e a proposta apresentada por ME, EPP ou MEI local, vem o item nº 7.2, “b” do edital:

“a nova proposta de preço mencionada na alínea anterior deverá ser inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que o objeto licitado será adjudicado em favor da detentora desta nova proposta (ME, EPP ou MEI) no caso da alínea “g” e (ME, EPP ou MEI - sediadas no âmbito local) no caso da alínea “h”, desde que seu preço seja aceitável;” (destaques nossos)

Cumprando registrar que o Decreto Municipal nº 006/2021 guarda consonância com o Decreto Federal nº 8.538/2015, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações



cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

Nessa esteira, o art. 1º, § 2º do Decreto Federal nº 8.538/2015 esclarece o conceito de âmbito local, *in verbis*:

“[...] § 2º Para efeitos deste Decreto, considera-se:

I - âmbito local - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação; [...] (destaques grifos nossos)

Mais adiante, o diploma *sub examinem* estabelece em seu art. 9º o procedimento a ser observado ao aplicar o tratamento favorecido às MEs, EPPs e MEIs sediados em âmbito local:

“Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º:

I - será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item; e

II - poderá ser concedida, justificadamente, prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos:

a) aplica-se o disposto neste inciso nas situações em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço;

b) a microempresa ou a empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;

c) na hipótese da não contratação da microempresa ou da empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente com base na alínea “b”, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na situação da alínea “a”, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações



E os demais entes da federação tem regulamentado a matéria no âmbito de sua competência, a exemplo do Estado de São Paulo que recentemente promulgou a Lei Estadual nº 16.928, de 16.01.2019, também em sintonia com o Decreto Federal nº 8.538/2015 no que tange a concessão de tratamento favorecido as pequenas empresas locais, vide:

“[...] Artigo 2º - Na implementação da política de que trata esta lei, a Administração Estadual:

I - deverá:

- a) realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor não exceda àquele estipulado pelo inciso I do artigo 48, da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006;
- b) fixar, 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;

II - poderá:

- a) exigir dos licitantes, nos certames destinados à aquisição de obras e serviços, a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;
- b) conceder, justificadamente, prioridade de contratação às microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. [...] (destaques e grifos nossos)

O Estado de Sergipe, por meio da Lei nº 7.996, de 23.04.2015, também estabeleceu a possibilidade de tratamento diferenciado as microempresas, empresas de pequeno porte ou micro-empresendedores locais, *in verbis*:

"Art. 4º Nos casos em que lhe for vantajoso ou em que não se verificar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, na realização de procedimento licitatório, a Administração Pública Estadual:

- 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);



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações



II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para a 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.

§ 1º A Administração Pública Estadual deve motivar, previamente, a não-adoção do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme requisitos indicados no "caput" deste artigo.

§ 2º Caso se comprove não existirem, no mínimo, 03 (três) fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente, e capazes de cumprir as exigências estabelecidas para a contratação, não se concede o tratamento diferenciado de que trata este artigo.

§ 3º REVOGADO.

§ 4º Os benefícios referidos neste 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. (destaques e grifos nossos)

O Poder Executivo do Estado do Maranhão não ficou atrás ao sancionar a Lei Estadual nº 10.403 de 29.12.2015 que em seu art. 10 assim reza:

“Os benefícios de que tratam os arts. 7º, 8º e 9º desta Lei deverão, justificadamente, ESTABELECEM A PRIORIDADE DE CONTRATAÇÃO para as Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte - EPP e Microempreendedores Individuais - MEI SEDIADAS NO ESTADO, ATÉ O LIMITE DE 10% (DEZ POR CENTO) DO MELHOR PREÇO VÁLIDO, conforme § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, atualizado pela Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014.
(destaques e grifos nossos)

Portanto, não resta qualquer sombra de dúvidas acerca da constitucionalidade e, por via reflexa, compatibilidade do Decreto Municipal nº 006/2021



ESTADO DO MARANHÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DO BREJÃO
Comissão Permanente de Licitações



com os princípios norteadores da ordem econômica e dos procedimentos licitatórios, especialmente porque teve por norte a legislação federal acima indicada.

Ante o exposto, recebo a presente impugnação posto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade e, no mérito, **JULGO IMPROCEDENTE** a pretensão deduzida pela impugnante.

Publique-se, registre-se e intime-se.

São Francisco do Brejão (MA), 28 de Março de 2022

GENILSON ALVES DE SOUSA
Presidente CPL