



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA
Assessoria Jurídica de Licitações e Contratos

Processo nº 13.116/2019

Assunto: Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 18/2020

Parecer nº 146/2020

1. Chegam os autos a esta Assessoria Jurídica para emissão de parecer acerca das impugnações ao Edital do Pregão Eletrônico nº 18/2020, que tem por objeto a contratação de serviço de agente de integração, visando à operacionalização do Programa de Estágio do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia.
2. A empresa SUPER ESTÁGIOS LTDA-EPP alega que, tendo a contratação valor estimado abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), impõe-se a exclusividade de participação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48, I, da Lei Complementar n. 123/2006. Sustenta que as exceções constantes do art. 49 da norma em comento não se aplicam ao certame, haja vista que: a) ao realizar busca no COMPRASNET, verifica-se a existência de mais de 3 (três) fornecedores enquadrados como microempresas e/ou empresas de pequeno porte na região; b) não há evidências de que a contratação desse tipo de empresa seja desvantajosa para a Administração; c) não se trata de licitação dispensável ou inexigível. Requer, assim, a retificação do edital, reservando-se a disputa às ME/EPP (doc. n. 45358/2020).
3. Indo os autos à SEAQUI, anexou-se Relatório de Consulta Parametrizada de Fornecedores, utilizando-se os seguintes critérios: a) abrangência: Estado da Bahia; b) linha de fornecimento: “Administração / Execução Projeto Educacional - Convênio / Estágio” (doc. n. 45511/2020). A Unidade destaca que a pesquisa no SICAF revela apenas quatro empresas cujos CNAEs cadastrados permitem considerá-las integrantes do segmento. Repisa que, na oportunidade em que buscou contratações públicas semelhantes no Painel de Preços, dos 50 (cinquenta) resultados encontrados apenas 3 (três) correspondiam a micro e pequenas empresas (doc. n. 10169/2020). Assim, conclui que:

“Isto nos mostra que **1**) daquelas empresas localizadas no SICAF, **nenhuma** contratou com Órgãos Públicos participantes/usuários do SIASG, depondo contra seu enquadramento na definição de *fornecedor competitivo* prevista no art. 49, II, da LC

123/2006; e 2) no âmbito nacional, **apenas três** micro ou pequenas empresas contrataram com Órgãos Públicos participantes/usuários do SIASG, o que denota se tratar de *mercado restrito* para empresas deste porte, não só local ou regionalmente, como também nacionalmente.

Entendemos, portanto, como justificada a destinação do objeto à ampla concorrência, nada obstando a participação de ME/EPP no certame, garantidos outros benefícios inerentes ao ser porte empresarial.” (doc. n. 45806/2020).

4. Por meio do doc. n. 46612/2020, a Pregoeira manifesta-se pelo indeferimento do pleito, alinhando-se ao posicionamento exarado pela Seção de Análise e Aquisições. Pondera que, apesar de obrigatória, a exclusividade prevista no art. 48, inciso I, da LC 123/2006 não é absoluta. *In casu*, a cotação de preços demonstrou a escassez de fornecedores *competitivos* dentre as micro e pequenas empresas. Ademais, as propostas mais vantajosas durante a fase interna da licitação foram apresentadas por empresas de porte diverso. Lembra, ainda, que, não obstante se dê o afastamento da exclusividade com base no art. 49 da LC 123/2006, permanece o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as ME/EPP's, assegurando-se os demais critérios de desempate e preferências previstos no art. 5o do Decreto n. 8.538/2015 e na LC 123/2006.
5. A AGIEL - AGÊNCIA DE INTEGRAÇÃO EMPRESA ESCOLA LTDA EPP questiona diversos aspectos do ato convocatório¹ (doc. n. 46885/2020), os quais passamos a sintetizar.

5.1. Primeiramente, argumenta que, não sendo parte da relação de estágio, não cabe exigir a assinatura do Agente de Integração no Termo de Compromisso celebrado entre o estudante, o TRE-BA e a Instituição de Ensino (tópico 4.2, “j”, do Termo de Referência). Transcreve excertos da Lei n. 11.788/2008 e da Nova Cartilha Esclarecedora da Lei do Estágio, divulgada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para corroborar a tese de que sua atuação se restringe ao simples auxílio no aperfeiçoamento do instituto do estágio. Alternativamente, caso o Tribunal mantenha a obrigação impugnada, a empresa solicita esclarecimentos acerca da aceitabilidade da assinatura eletrônica.

5.2. Quanto ao processo seletivo, pergunta: a) se as provas poderão ser *on line*; b) a quem competirá a elaboração, aplicação e correção das provas, bem como qual será o conteúdo cobrado; c) a periodicidade da seleção e a média de inscritos.

¹ Apesar de constar no preâmbulo da petição “pedidos de esclarecimento”, trata-se, em verdade, de impugnação ao edital, haja vista o requerimento de retificação aos seus termos.

5.3. Impugna a abertura do certame à ampla concorrência, asseverando que o art. 48, I, da Lei Complementar n. 123/2006 e o art. 6º do Decreto n. 8.538/2015 obrigam a Administração a realizar licitações voltadas apenas às micro e pequenas empresas quando o valor do item não ultrapassar R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Ressalta que a disputa disciplinada no Edital n. 19/2019 do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, de idêntico objeto, é destinada exclusivamente às ME/EPP's, de modo que não caberia ao TRE alegar as exceções estabelecidas no art. 49 da LC 123/2006.

5.4. Por fim, requer a vedação de participação de Instituições sem Fins Lucrativos, tendo em vista as disposições do art. 12, parágrafo único, da Instrução Normativa n. 05, de 26 de maio de 2017 (*“Considerando-se que as instituições sem fins lucrativos gozam de benefícios fiscais e previdenciários específicos, condição que reduz seus custos operacionais em relação às pessoas jurídicas ou físicas, legal e regularmente tributadas, não será permitida, em observância ao princípio da isonomia, a participação de instituições sem fins lucrativos em processos licitatórios destinados à contratação de empresário, de sociedade empresária ou de consórcio de empresa”*).

6. No doc. n. 47750/2020, a Seção de Recrutamento, Seleção e Desempenho manifesta-se em relação aos itens 1 e 2 do doc. n. 46885/2020.

6.1. No que tange à assinatura do agente de integração no Termo de Compromisso, julga não ferir o art. 3º, inciso III, da Lei n. 11.788/2008, se assim estiver acordado entre as partes. Afirma que, tanto o agente de integração atual quanto o anterior, cumpriram a obrigação. De referência à dúvida quanto à forma, não vislumbra óbice à aceitação de assinatura eletrônica.

6.1. A respeito do processo seletivo, esclarece: a) consoante item 3.2.1 do TR a avaliação deverá ser presencial; b) a Contratada será responsável por todas as etapas do processo e o conteúdo exigido deverá ser compatível com o já estudado em 50% do curso, para os estudantes de nível superior, e com um terço do curso, para os de nível médio; c) não há periodicidade definida para a seleção dos estudantes. A SEREDE informa, ainda, a quantidade de estudantes inscritos no último processo, realizado em 2018 por empresa contratada.

É o relatório.

7. O ponto fulcral das impugnações formuladas pela SUPER ESTÁGIOS e pela AGIEL assenta-se na imposição da reserva de mercado às microempresas e empresas de pequeno porte, estabelecida no art. 48, inciso I, da LC n. 123/2006.

7.1. Prescreve a norma em comento:

“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 ou empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

(...)

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 microempresa ou empresa 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;”

- 7.2. Objetivando cumprir os ditames insculpidos nos arts. 170, IX, e 179 da Constituição da República, editou-se a Lei Complementar n. 123/2006, que, dentre outras disposições, estabeleceu privilégios às micro e pequenas empresas no âmbito das contratações públicas. De acordo com o Professor Luciano Ferraz²:

“O tratamento diferenciado concedido às ME e EPP visou incentivar o desenvolvimento econômico, como foco da geração de emprego, na distribuição de renda e na ampliação da arrecadação estatal: a norma jurídica é utilizada justamente com o intuito de fomentar a criação de empresas dessa natureza, como verdadeiro mecanismo de indução e de desenvolvimento desse importante extrato da economia nacional (função regulatória da licitação).”

- 7.3. A regra, portanto, é que as licitações cujo valor estimado não ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) sejam destinadas exclusivamente às ME e EPP. As hipóteses delineadas no art. 49 da LC n. 123/2006, por excepcionarem tal mandamento, devem ser robustamente motivadas pela Administração. Acerca do tema, compete transcrever

² FERRAZ, Luciano. *A participação de pequenas empresas em licitações e a análise das cortes de contas*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-20/interesse-publico-pequenas-empresas-licitacoes-analise-cortes-contas>>. Acesso em: 20 mar 2020.

excertos de artigo publicado na Revista do Tribunal de Contas da União, de autoria de Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti³:

“Pode-se dizer que os tribunais de contas, chamados a interpretar divergências quanto à aplicação das normas da Lei Complementar n. 123/2006 e seus regulamentos, vêm estabelecendo que o privilégio é a regra, somente afastável nas situações de exceção legalmente previstas, e que, como toda exceção, hão de ser juridicamente interpretadas de modo estrito.

(...)

Em outras palavras, a regra é a exclusividade, quando se cuidar de licitação de valor em até R\$ 80.000.00 - assim se interpreta o ‘dever’ posto no decreto -, mas há exceções, desde que fundadas em motivos relevantes, que cumpre à Administração evidenciar em cada caso.”

7.4. No caso sob análise, a decisão administrativa pelo enquadramento do certame no art. 49, II e III, amparou-se na pesquisa de mercado empreendida na fase interna do procedimento. Os dados coletados pela SEAQUI levaram a Unidade a concluir que o rol de empresas interessadas em contratar com o setor público seria diminuto, de modo que a destinação do certame somente à ME e EPP tenderia à frustração do procedimento licitatório (fracasso ou deserção).

7.5. Em que pese a lógica da argumentação, julgamos que tais indícios não se mostram suficientes para afastar a regra da LC n. 123/2006. Com efeito, tratando-se de pregão eletrônico e tendo em vista a ausência de limitações quanto à localização da empresa a ser contratada (não se exige sede nesta Capital ou Região Metropolitana de Salvador), o âmbito de verificação de fornecedores deve ser nacional. Não nos parece razoável depreender que, em todo o País, não haverá microempresas ou empresas de pequeno porte habilitadas a atuar como agente de integração de estágio junto a órgãos públicos, mormente em face da pouca complexidade do objeto. Acrescente-se que a própria SEAQUI afirma ter identificado três ME/EPP que celebraram contratos com usuários do SIASG.

7.6. Ademais, o fato suscitado pela Pregoeira de que os melhores preços na cotação prévia foram apresentados por empresas de médio ou grande porte não significa que a contratação de ME ou EPP será desvantajosa para a Administração. Isto porque o objeto

³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *As licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regra e exceções*. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view>>. Acesso em: 19 mar 2020.

somente poderá ser adjudicado se respeitado o valor máximo estabelecido para a licitação.

7.7. Em derradeiro, oportuno enfatizar que caso o certame não logre êxito, seja por não terem acudido interessados enquadrados como ME/EPP, seja pela oferta de preços excessivos, caberá a repetição do procedimento. Restando configurada tal situação, existirá embasamento para a abertura da licitação à ampla concorrência (art. 49, II, da LC n. 123/2006).

8. No que concerne à obrigação de que a Contratada assine o Termo de Compromisso de Estágio (TCE), corroboramos com a SEREDE. A legislação de regência não impede que o agente de integração participe do ajuste na condição de auxiliar. A aposição da assinatura da Contratada não a transformará em parte na relação de estágio (que se mantém tripartite: estudante, instituição de ensino e entidade concedente). Pontue-se, ainda, que a assinatura poderá se dar eletronicamente, não gerando custos à futura contratada.
9. Quanto ao requerimento para que seja vedada a participação de instituições sem fins lucrativos, posicionamo-nos pelo seu indeferimento. A Instrução Normativa n. 05/2017, fundamento jurídico do pleito, não se aplica ao objeto licitado. A norma em tela “*Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional*”, ou seja, a disciplina é voltada para a terceirização de mão-de-obra, o que não se verifica no Pregão n. 18/2020. Insta destacar que, tratando-se de norma restritiva de direitos, não se cogita sua interpretação extensiva.
10. Convém ressaltar que não compete a esta ASJUR1 tecer comentários sobre os esclarecimentos prestados pela Unidade demandante quanto ao processo seletivo dos estagiários (trata-se de aspecto eminentemente técnico). Lembramos apenas que as respostas da SEREDE deverão ser publicadas no Comprasnet.
11. Em resumo, opinamos pela adoção das seguintes providências:
 - a) acolhimento das impugnações ao Edital do Pregão Eletrônico nº 18/2020 para destinar a licitação exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48, inciso I, da Lei Complementar n. 123/2006;

- b) manutenção da obrigatoriedade de assinatura do agente de integração no Termo de Compromisso de Estágio na condição de auxiliar;
- c) admissibilidade de participação de instituições sem fins lucrativos, deixando-se de deferir o pedido formulado pela impugnante AGIEL - AGÊNCIA DE INTEGRAÇÃO EMPRESA ESCOLA LTDA EPP;
- d) publicação dos esclarecimentos prestados pela SEREDE quanto ao processo seletivo, consoante doc. n. 47750/2020.

É o parecer, *sub censura*.

Salvador, 23 de março de 2020.

Patrícia Caleffi

Técnico Judiciário