

**CARÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO
ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

PROCESSO: 1.793/2019;
PREGÃO: 024/2019;
TIPO: MENOR PREÇO GLOBAL
ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS
DO EDITAL;

DIGISEC – CERTIFICAÇÃO DIGITAL EIRELI-ME, CNPJ n.º 18.799.897.0001/20 Inscrição Estadual n.º 10.580.822-9, sediada no endereço: Av. Pio XII, N.º 563, Qd. 97, Lt. 1/2, Vila Aurora Oeste, Goiânia-GO, por intermédio de sua representante legal a Sra. **THAMMY CRISTINA VIEIRA DA SILVA**, brasileira, administradora, representante legal, portadora do RG n.º 4884332, expedido pela Diretoria Geral da Polícia Civil do estado de Goiás e do CPF n.º 021.465.511-35, conforme m.a, veem respeitosamente a presença de Vossa Senhoria, apresentar as razões das quais levaram à interposição do

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

com fulcro no que prevê o artigo 41, §2^o da Lei N.º 8.666-93, cominado com item 20. Da Impugnação ao Edital e do Pedido de Esclarecimento², do instrumento editalício, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos;

I. DO BREVE RELATO DOS FATOS

A DIGISEC- CERTIFICAÇÃO DIGITAL, hoje como uma empresa de médio porte, pela qual conseguiu mudar o seu cenário e a sua realidade de Empresa de Pequeno Porte, graças a sua atuação no mercado, impugna o certame licitatório da forma apresentada, por atualmente frente as inovações legais existentes, ser inviável a sua adoção, pois paira à incorrer em patente cerceamento de competição por parte das ME/EPPS e conseqüente exclusão das possibilidades disponíveis as mesmas.

Assim, a inviabilidade de realização de certames licitatórios em vias exclusivas a Microempresas e/ou Empresas de Pequeno Porte quando se tratar de aquisições

¹ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

² 20.1. Até 02 (dois) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar este Edital.

destinadas as contratações de certificados digitais, fixa-se sob dois pontos que merecem total destaque ao caso.

O primeiro deles recai-se à ocorrência de que atualmente fora revogada as disposições em que permitiam Acordo Operacionais entre Ar's, pelo qual refletira diretamente no montante a ser cobrado para realização dos serviços, bem como no mapeamento e possibilidade de atendimento deste, além de que tal destinação, ante a essa atualização legal, cerceará a competição entre as empresas licitantes presentes no mercado, restringindo-a até mesmo as ME-EPP's de localidades diversas que pretenderão participar dos procedimentos licitatórios.

Em outras palavras, com advindo do novo regulamento normativo sobre o tema, que extinguiu possibilidades de atendimentos anteriormente existentes, tivemos drásticos reflexos as vendas à serem realizadas, que abrangeram todas as empresas que atuam sob esse ramo de atividades (certificados digitais), independentemente do seu porte no mercado, restringindo ainda mais, quando falamos deste produto, a possibilidade de contratação das microempresas e empresas de pequeno porte.

Isto é, hoje dificultada está a possibilidade de observância dos ditames editalícios que preveem contemplações em diversas cidades dentro do estado, principalmente a estas empresas, pois inexistente a prerrogativa de atendimento de uma empresa localizada apenas na capital, por exemplo, o que é rotineiro a esse tipo empresário ante a sua baixa representatividade comercial, por outra em localidade diversa, mediante Acordo Operacional, uma vez que este encontra-se extinto, sem que isso figure subcontratação.

Ou seja, quando à incidência de mudanças que recaem diretamente na colocação destas empresas no mercado para competirem no mesmo pé de igualdade aos demais tipos empresariais existentes, há a necessidade também de adequações à realidade licitatória ordinária, de modo a abrir possibilidades a estas, é o que se busca.

Destarte, visando espantar quaisquer dúvidas que possam vir a pairar sobre o tema, há que se observar que a Lei Complementar N° 123/2006, traz de forma expressa que os certames quando possuírem seu montante de contratação menores que R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), deverão ser estes destinados exclusivamente a Microempresas e/ou Empresas de Pequeno Porte.

Contudo, quando voltamos para o caso em apreço, certificação digital, o melhor caminho a se trilhar incide-se a busca da finalidade da lei em reconhecer essa forma diferencial, que nada mais é que a contribuição *“para a construção de um ambiente sustentável para o desenvolvimento e crescimento dos pequenos negócios com a garantia efetiva de um tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido, através da regulamentação do texto constitucional”*³.

Logo, temos o claro desenvolver do princípio da isonomia, trazido pelo texto constitucional, do qual figura em tratar os iguais como iguais, e, os desiguais na medida de suas desigualdades, o que atualmente merece ser revisto, pois esse tipo de tratamento poderá cercear ainda mais a competição e as probabilidades de participação deste tipo empresarial.

³ BOMFIN, Ana Paula Rocha do. *Comentários ao Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – LC 123/2006*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.2.

Então, quando temos uma nova realidade mercadológica, essencial se faz o fato de que há clara necessidade de novas adequações, de modo a permitir que essas não sejam apenas contratadas, mas como também efetivamente inclusas ao mercado. É exatamente o que busca esse preceito legal distintivo, bem como o que se possibilita em apregoar que nas licitações de obras e serviços, deverá exigir dos licitantes a subcontratação das microempresas e empresas de pequeno porte, vide art. 47 e 48, da Lei Complementar 123/06, possibilidade agora que melhor se adequa a realidade enfrentada pelas empresas que atuam nesse ramo de atividade.

Assim, ao volver-se para o fatídico acima apregoadado, que acabou por restringir hoje alternativas anteriormente existentes as ME/EPP's, temos em linhas claras que perquirir novas saídas, que possibilitem a reinclusão destas no mercado, frente a realidade atual, sob pena de incorrer em sua total marginalização comercial. Portanto, posteriormente a todo o exposto passa-se ao fundamento jurídico a que se norteia, de forma a demonstrar as razões legais que se fundam o ato impugno.

II. DO FUNDAMENTO JURÍDICO

II.1. DO ACORDO OPERACIONAL

A. CONCEITO E POSSIBILIDADE

Quando falamos de Acordo Operacional, o primeiro ponto que guarda necessidade de apreço recai-se ao fato de que estes foram reconhecidos pela DOC-ICP-03, versão 5.4, trazendo a possibilidade de que uma Autoridade de Registro execute em nome de outra as atividades relacionadas a emissão do certificado digital, em via de mera celebração de vontade existente entre estas. Vejamos o que diz esse instrumento normativo:

3.2.5 Celebração de Acordo Operacional 3.2.5.1 A AR já credenciada na ICP-Brasil poderá celebrar acordo operacional com outra AR também credenciada na ICP-Brasil, para que esta última execute, em nome da primeira, as seguintes atividades: a) confirmação da identidade do titular ou do responsável pelo certificado – processo realizado mediante a presença física do interessado, com base em documentos de identificação legalmente aceitos; b) validação da solicitação de certificado - conferência dos dados da solicitação de certificado com os constantes dos documentos necessários para autenticação da identidade de um indivíduo ou de uma organização; c) aprovação da solicitação de certificado - confirmação da validação realizada e liberação da emissão do certificado no sistema da AC.

Ou seja, podiam as Autoridades de Registros - AR que faziam parte da mesma Autoridade Certificadora – AC, realizarem os atendimentos aos seus clientes, de forma mútua, após firmar o acordo operacional, inclusive em certames licitatórios.

O que por obvio refletia diretamente na forma de comercialização dos certificados digitais, isto é no seu preço e nas possibilidades de atendimento, principalmente quando falamos de procedimentos licitatórios, por estes reunirem em si um leque de opções, locais, e, formas de acolhimento de acordo com a demanda de cada órgão, como podemos perceber na formulação dos instrumentos editalícios dos quais

carregam em si uma gama de obrigações pré-vinculadas aos licitantes que dele pretendem participarem.

Portanto, tínhamos legalmente reconhecido a opção de uma empresa localizada em uma cidade X, celebrar um Acordo Operacional com outra em cidade Y, para atendimento contratual, sem que isso figurasse subcontratação, ou refletisse no valor à ser cobrado, pois envolvia tão somente, reitera-se a vontade das partes, possibilitando assim a abertura de mercado inclusive e principalmente para as microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez que estas muitas vezes possuem uma área de atuação em localidades restritas, podendo então a ME/EPP participar de certames exclusivos em qualquer localidade do país (desde que formulasse tal acordo), e atender o ali demandado, ou seja, incluir-se no mercado.

Contudo, nova é a realidade legal sobre o tema, haja vista ter sido extinta a figura dos Acordo Operacionais, trazendo reflexos à todos os tipos empresariais e cerceando ainda mais a inclusão destas no mercado, é o amparo que se busca e por isso impugna-se.

B. DA NÃO CONFIGURAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO

Embora, existisse a possibilidade de uma empresa atender em nome da outra, via Acordo Operacional, isto não figurava subcontratação, uma vez que o próprio Tribunal de Contas da União – TCU, via TC 021.233/2008-0 reconheceu que “*o regime de cooperação mútua, próprio desses acordos, não permite a execução isolada de parte do objeto do contrato pela empresa cooperada, (...) no acordo operacional (...) serão consideradas como uma única empresa, ficando sob a responsabilidade da contratada todos os serviços prestados*”. Confirmamos:

**GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
TC 021.233/2008-0**

Natureza(s): Representação

Órgão: Secretaria de Administração da Presidência da República - PR

a) seria impossível a aplicação da subcontratação num contrato cujo objeto envolve a comunicação humana, no sentido de se permitir a transferência de parte deste objeto para ser executado pela empresa que mantém acordo operacional com a futura contratada, já que o regime de cooperação mútua, próprio desses acordos, não permite a execução isolada de parte do objeto do contrato pela empresa cooperadora, como ocorre, por exemplo, na divisão mecânica do objeto em contratos de obras ou serviços de engenharia;

b) no acordo operacional, como esclarecido pela CPL em resposta à pergunta nº 11, encaminhada pelo Ofício nº 011/2008-CPL, a empresa contratada e sua parceira internacional “serão consideradas como uma única empresa, ficando sob a responsabilidade da contratada todos os serviços prestados no Brasil e no exterior”. Isso decorre da própria natureza jurídica do acordo operacional, no qual prevalece a cooperação, a boa-fé, a confiança, a equidade;

Desta maneira, tínhamos amplitude de possibilidades de atendimento em respeito aos ditames normativos vigentes sobre o fato, sem que isso refletisse no preço e/ou contrassenso legal por parte da licitante contratada, o que atualmente encontra-se às vias de impossibilidade.

Sendo assim, inviáveis se tornaram os preceitos editalícios que dificultem a participação ampla das empresas, sob pena de fracassar e/ou desertar os certames por não haver possibilidades de atendimento por nenhum licitante, independentemente do seu porte.

C. DA DOC-ICP-03, VERSÃO 6.0 – NOVO REGULAMENTO SOBRE O TEMA

Aos 30 (trinta) dias do mês de maio do ano vigente, em respeito ao contido na Resolução N° 151/19, fora formulada uma atualização da DOC-ICP-03, da qual não reconheceria mais a figura dos Acordos Operacionais, tirando as possibilidades de atendimento de uma empresa em local X, atender por uma em local Y, o que refletira diretamente em toda a forma comercial de certificação digital existente, desde preços – aumentando-o (pois acarreta a obrigatoriedade de disponibilização de um agente de registro vinculado a empresa inicialmente contratada no local onde for demandado a realização do serviço), até a possibilidade e viabilidade de atendimento, principalmente quando falamos de microempresas e empresas de pequeno porte, cerceando-lhes ainda mais a possibilidades de participação e inclusão no mercado.

Prevê, assim a Resolução demandante, em seu item 9.16, que todas as disposições diversas e/ou divergentes deverão ser interpretadas de acordo com a nova previsibilidade normativa, isto é, extingira as possibilidades anteriormente existentes:

RESOLUÇÃO

9.16 Disposições Diversas 9.16.1 Acordo completo Esta DPC representa as obrigações e deveres aplicáveis à AC e AR. Havendo conflito entre esta DPC e outras resoluções do CG da ICP-Brasil, prevalecerá sempre a última editada.

Portanto, impugna-se.

C.1. DA REVOGAÇÃO

Visando espantar quaisquer dúvidas que possam vir a pairar sobre o tema a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 2º, §1º, alude que “*lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de tratava da lei anterior.*”.

Logo, não há que se falar em possibilidade de manutenção dos Acordos Operacionais, e/ou de atendimento, na forma apresentada, sem que isso acarrete novas obrigações/gastos a Contratada, e/ou possibilidade de contemplação.

Por isso, e, principalmente quando falamos de microempresa e empresas de pequeno porte, patente é a necessidade de adequação aos termos editalícios exclusivos, pois isto cerceará inclusive e ainda mais a participação destas.

II.2. DO CAMINHO TRILHADO PELAS ME/EPPS NO MERCADO DA CERTIFICAÇÃO DIGITAL

A. DA AUTORIDADE DE REGISTRO

Superadas as questões iniciais, de mutações normativas, que não poderiam ser

olvidadas ao tema, por amor ao debate importante se faz apontar que quando voltamos os olhos para mercado de certificado digital, imprescindível se torna perquerir o modo de atuação e emissão atual deste produto, bem como a forma pela qual esses são colocados à comercialização no país.

Desta feita, o modelo adotado no Brasil para a infraestrutura de chaves públicas é chamado de certificação com raiz única, em que existe uma Autoridade Certificadora Raiz (AC-Raiz), a qual também é competente para credenciar os demais participantes da cadeia, assim como lhe compete supervisionar e auditar os processos.

Enquanto, os entes da ICP-Brasil, o rotineiramente usado a referência de solicitação nos certames, são atores que compõe a cadeia hierárquica de confiança, dividindo-se em: a. autoridade certificadora raiz, autoridade certificadora, autoridade de registro, autoridade certificador do tempo, prestador de serviço suporte e prestador de serviço biométrico, onde:

A **Autoridade Certificadora Raiz** (AC-Raiz), é o Instituto de Tecnologia da Informação (ITI), situada no topo da hierarquia da cadeia de certificação, sendo a primeira autoridade;

Possui essa como funções precípuas, a execução das normas técnicas e operacionais e as políticas de certificados estabelecidas pelo Comitê Gestor, isso significada então que a AC-Raiz pode emitir, distribuir, expedir, revogar e gerenciar os certificados das autoridades que estão abaixo de seu nível hierárquico, que são as Autoridades Certificadoras (AC);

Já a **Autoridade Certificadora** (AC), se subordina a AC-Raiz, e possui funções de emissão, distribuição, revogação e gerenciamento de certificados digitais;

Ao passo que as **Autoridades de Registro** (AR), cuja responsabilidade é realizar a interface entre o usuário e a Autoridade Certificadora, vincula-se a uma AC e possui como principal objetivo ser a intermediária presencial entre a autoridade certificadora e o interessado pelo certificado digital, recebendo, validando e encaminhando as solicitações de emissões ou revogações dos certificados, além de identificar seus solicitantes de forma presencial, ou seja, são verdadeiros Pontos de Atendimento para emissão do certificado ao cliente final, daí a problemática agora enfrentada com a extinção os Acordos Operacionais (que anteriormente permitia o atendimento de uma AR localizada na cidade X, por uma presente na cidade Y).

Isto é, de acordo com as normas vigentes do ICP-Brasil, uma AC precisará de uma AR para iniciar o processo de emissão deste produto, tanto é verdadeiro esse fato, que caso uma AC ganhe um certame por exemplo, terá que indicar uma AR no local para dar início ao processo de emissão, ressalvados os casos em que aquela estiver credenciada junto ao ICP-Brasil, como AR.

Destarte, não há como voltar os olhos para esse assunto sem que se busque a figura das Autoridades de Registro, como Pontos de Atendimento, pois ao final serão essas as responsáveis operacionais pela emissão dos certificados, principalmente quando se fala de certames licitatórios, do qual na maior parte das vezes apregoa em si diversos locais em que serão prestados os serviços (o que demandará a utilização por obvio de várias AR's para sua contemplação).

Desta maneira, é valido apontar que anteriormente as inovações normativas trazidas pelo ITI, em extinguir os Acordos Operacionais, acima dispostas, havia a possibilidade das AR's, independentemente de sua localização no país, participarem dos procedimentos aquisitivos em vias públicas sem que isso refletisse em sua forma de operacionalização e/ou preços, pois, vinculava a ela apenas a realização de um acordo com outra autoridade de registro no local onde demandasse atendimento.

Assim tão somente com a manifestação de vontade da empresa para tanto, havia por consequência um leque de opções para as estas, inclusive e principalmente as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, pelas mesmas muitas vezes possuem área de abrangência delimitada dentro do país, o que atualmente mudara totalmente de cenário, uma vez que tais acordos encontram-se extintos.

Portanto, necessário é a adequação dos processos de compras, quando o assunto é certificação digital, a nova realidade enfrentada pelas empresas que trabalham sob essa atuação, é o que se busca.

B. DAS OPÇÕES RETIRADAS AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Ao voltar os olhos para a Lei Complementar N° 123/06, claríssimo a luz solar é o fato de que esta busca a inclusão das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte ao mercado, o que por muito tempo, quando voltado a certificações digitais fora válido. Entretanto da incidência de novas disposições a respeito do tema, a mesma poderá tornar-se cerceadora de competição e excludente a esses tipos empresariais.

À exemplo disto, temos a empresa que aqui se impugna, hoje como uma empresa de médio porte, pela qual conseguiu mudar o seu cenário e a sua realidade de Empresa de Pequeno Porte, graças a sua atuação no mercado, que participara de vários procedimentos aquisitivos públicos (licitações), onde se previa o atendimento em diversas localidades do país, conseguindo sempre sua contemplação, bem como competir com mesmo pé de igualdade aos demais tipo empresariais, pois possuía cobertura normativa que possibilitava essa forma de atendimento, isto é, a figura dos acordos operacionais.

Em outras palavras, a Digisec – Certificação Digital, localizada em Goiânia/Goiás, possui contratos vigentes de certames ganhos pelos quais possuíam atendimento em N localidades, tais como, os juntos ao: a. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região; b. Instituto Federal Catarinense; c. Ministério Públicos do Espírito Santos, ⁴etc, todos esses participante como empresa de pequeno porte, e, possibilitando a essa a sua inclusão, pois apenas com a manifestação da sua vontade via acordo operacional,

⁴ Dos quais seguem em anexo ao presente;

conseguira atendimento à esses órgãos independentemente do seu local.

Todavia, atualmente o panorama é outro, extinguiu-se possibilidades e por consequência fecharam-se portas a esses tipos empresariais quanto a participação dos certames, pois apenas as empresas daquela localidade específica (licitada) conseguirá contemplar atendimento para o certame, especialmente quando falamos de ME/EPP's que possuem estrutura econômica/financeira/física menor e delimitada em relação as demais formas empresariais.

Logo, frente as inovações legais existentes, inviável se tornara a adoção de exclusividade, pois paira à incorrer em patente cerceamento de competição por parte destas empresas e consequente exclusão das possibilidades disponíveis as mesmas, bem como em seu errôneo direcionamento.

II.3. DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Quando falamos em procedimento licitatórios, e, frente as inovações normativas ocorridas, imprescindível se faz voltar os olhos para os princípios administrativos que norteiam o tema, pois a sua contemplação é indispensável para a aplicabilidade da Justiça.

Desta maneira, tamanha é a importância da realização de procedimentos licitatórios para as aquisições que envolvam a coisa pública⁵, que a mesma possui escopo constitucional, conforme defende o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, vejamos:

Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

In casu, o primeiro ponto que merece assento incide-se ao fato de que a licitação na modalidade pregão caracteriza-se pelo objetivo de imprimir competitividade às contratações públicas, por meio da simplificação das regras procedimentais, condicionada aos princípios básicos estabelecidos no art. 4º do decreto nº 3.555/2000:

“Art. 4º A licitação na modalidade de Pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas. Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação”. (grifo nosso)

Seguindo o mesmo pensamento esclarece o autor Marçal Justen Filho, que a Lei

⁵ Tais como verbas, atividades e/ou atribuições;

nº 8.666/93 buscou “evitar que as exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. (...) A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas.”

Ou seja, nos procedimentos licitatórios por buscar a proposta mais vantajosa a Administração deverão ser permitidos o maior número de competidores ao feito, sendo quaisquer tipos de exigências cerceadoras, inadequadas a sua finalidade. É exatamente o que defende Diogenes Gasparino (no informativo realizado para o TCM-SP), vejamos:

Em suma, o princípio da competitividade de um lado exige sempre em que se verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender, que nos possa fornecer o que desejamos. Essa constatação determina ou não a promoção da licitação. Portanto, a competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é despercebida pelo operador do Direito. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. **Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade.**

Também segue tal assertiva o Tribunal de Contas da União, ao reconhecer que as restrições licitatórias poderão diminuir o fluxo de competidores e por consequência de seleção a proposta mais vantajosa à Administração, confirmamos:

Acórdão: [Acórdão 1104/2007-Plenário](#)

Data da sessão: 06/06/2007

Relator: AROLDO CEDRAZ

Área: Licitação

Tema: Consórcio

Subtema: Poder discricionário

Outros indexadores: Justificativa, Obras, serviços ou compras de grande vulto, Licitação de alta complexidade técnica, Participação

Tipo do processo: REPRESENTAÇÃO

“Deve ser autorizada a participação de consórcios nas licitações cujo objeto seja de grande vulto, pois isso permite um afluxo maior de competidores e aumenta a probabilidade de seleção de uma proposta mais vantajosa para a Administração.”

Desta forma, a licitação não deve perder o seu objetivo principal que é de obter a proposta mais vantajosa a Administração, mediante ampla competitividade, onde quaisquer exigências que e fujam a essa regra poderão estar à margem do legalmente previsto ensejando motivos para impugnar o certame pelo desatendimento das finalidades licitatórias, é o que se busca, frente ao disposto no edital⁶.

Sancionando o disposto alhures, o próprio Tribunal de Contas da União é firme em apregoar que os órgãos deverão abster-se de “*incluir cláusulas em edital que venham*

⁶ A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993. TCU - Acórdão 1734/2009 Plenário (Sumário)

a impor ônus desnecessários aos licitantes, (...) por implicar restrição ao caráter competitivo do certame, em violação ao art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993”, vide Acórdão 1227/2009.

Agravando ainda mais a situação este Colendo Tribunal reconhece como ilegal e inconstitucional requisitos que possam recair sobre o caráter competitivo dos certames, é o que defendo o Acórdão 539/2007, a seguir:

É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames. Acórdão 539/2007 Plenário (Sumário)

Portanto, frente a nova realidade comercial dos certificados digitais, pela qual extinguiu a figura dos Acordos Operacionais, temos que o puro direcionamento exclusivo as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, cerceará a competitividade entre este tipo empresarial, pois direcionará a licitação apenas as ME/EPP daquele determinado local, e/ou quando o instrumento editalício prevê atendimento em localidades diversas, impossibilitará a participação de quaisquer destas, por patente impossibilidade de atendimento dos termos ali contidos, o que reflete diretamente na sua colocação no mercado.

Logo, tendo em vista que os certames buscam a maior competitividade de mercado, a proposta mais vantajosa a Administração, esse direcionamento além de cercear competição, o que é estritamente vedado, incorrerá em riscos de fracassar, desertar, e/ou direcionar o procedimento.

Por conseguinte, impugno é o ato de firmar ante as inovações legais a exclusividade as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, por isso clama-se por Justiça, em incluir alternativas para a inclusão deste tipo empresarial ao mercado e não de retirar-lhe as pequenas possibilidades existentes.

II.4. DA INCLUSÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO MERCADO

A. DAS POSSIBILIDADES EXISTENTES

Frente as inovações demandadas pelo órgão responsável pela regulamentação de mercado, quando se trata de certificados digitais, à saber ITI – Instituto de Tecnologia da Informação, temos que voltar os olhos para as possibilidades legais existentes, pelas quais permitem a inclusão das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos procedimentos licitatórios, sem que isso reflita na sua inviabilidade e/ou impossibilidade de atendimento, pois pouco adianta um preceito legal se este não traz efetividade na prática.

É exatamente o que defende Nunes (2015) quando assevera que *“nem sempre a lei é criada para ser aplicada, ou que é criada com a finalidade de efetivamente mudar o comportamento ou a realidade social.”*⁷. Desta forma, trazendo para o fatídico em tela, temos que a existência da lei em tornar exclusivos os certames, por critérios unicamente

⁷ NUNES, Rizzatto. Manual de filosofia do direito. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book. Disponível em: . Acesso em: 17 maio. 2016;

de preços (montantes abaixo de 80.000,00), perde o sentido quando voltamos os olhos para a nova realidade comercial da certificação digital, haja vista poder incorrer em cerceamento de competição por excesso de formalismo, seja do órgão gestor, seja do próprio procedimento licitatório.

Assim, temos que a Lei Complementar N° 123/06, reconhece outras alternativas que possibilitam a inclusão das ME/EPP's no mercado, e seu desenvolvimento econômico/financeiro, é o que se busca em impugnar o certame, bem como o que apregoa o artigo 47 e 48, inciso II, deste instrumento legal, vejamos:

“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**.”

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

(...)

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

Em outras palavras, frente aos novos ditames normativos restritivos, possibilitar a participação ampla das empresas independentemente do seu porte, com vinculação de contratação de ME/EPP's é o amolde justo ao caso, uma vez que vincula a contratação destas para a prestação do serviço, atende a norma diferenciadora, além de observar nos certames as mesmas condições de habilitação da empresa principal contratada.

Corroborando o acima versado, a Revista Zênite de Licitações e Contratos, assim se manifestou sobre o tema, inclusive adentrando nas esferas das leis n° 8.666/93 e n° 123/2006, vejamos:

“A única exceção está disposta na Lei Complementar 123/06, que estabelece os benefícios para as microempresas e as empresas de pequeno porte. O art. 48, inc. II, prevê a possibilidade de se exigir dos licitantes, em relação a processos licitatórios de obras e serviços, a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte. E nesse caso, o § 2º. do mesmo artigo prescreve que os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da Administração Pública poderão ser destinados diretamente a elas.”

Isto posto, é correto ainda observar que essa exceção e saída legal, encontra-se voltada inclusive ao objeto licitado, quando se reconhece a inclusão destas empresas frente a utilização/comercialização de inovações tecnológicas, é o que ocorre nos certificados digitais.

Confirmando tal possibilidade o próprio Tribunal de Contas da União, é firme em destacar que a subcontratação é a alternativa adotada quando necessária a garantir a execução do contrato, desde que não atente contra os princípios constitucionais e/ou relacionados as licitações, confirmamos:

“TCU 2002/2005 , restou demonstrado que a subcontratação deve ser adotada apenas quando necessária para garantir a execução do contrato e desde que não atente contra os princípios constitucionais e nem ofenda outros princípios relacionados as licitações: “o Ministro Relator consignou em seu voto que a subcontratação deve ser adotada unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato e desde que não atente contra os princípios constitucionais inerentes ao processo licitatório[13], e nem ofenda outros princípios relacionados às licitações, notadamente o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, Lei nº 8.666/93)”

Desta forma, ao volver-se para a celeuma em análise, temos que a subcontratação de ME/EPP's, frente a nova realidade mercadológica, além de homenagear de pleno os princípios constitucionais, como o da isonomia⁸, observará também as premissas basilares licitatórios, como a da ampla competitividade, e, por consequência da proposta mais vantajosa a Administração.

B. DA LEGALIDADE E DA FINALIDADE DA LEI

Ao possibilitar-se nos certames licitatórios, a exigência de que os licitantes subcontratem as microempresas e/ou as empresas de pequeno porte, além de incluir-se no mercado em quaisquer contratações esse tipo empresarial, por ser condição *'sine qua non'* para aquela contratação com a via pública, garante a estas que todo e qualquer processo aquisitivo realizado pela Administração destine a contratação das mesas, atendendo além da finalidade da Lei Complementar N° 123/06, os princípios constitucionais e administrativos que norteiam o tema.

Neste diapasão, a imperiosidade dos licitantes de subcontratação de microempresa ou de empresas de pequeno porte tem como o intuito incentivar o desenvolvimento das mesmas, asseverando-lhes quantitativos mínimos independentemente de qual for o valor do certame.

É exatamente o que busca o Decreto N° 8.538/15, em regulamentar o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado as ME/EPPs nas contratações públicas, especialmente quando prevê em seu artigo 7º que “Art. 7º Nas licitações para contratação de serviços e obras, os órgãos e as entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, **sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais, determinando**”.⁹

⁸ CF/88 - Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

NERY JUNIOR, 1999, p. 42 – “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”

⁹ Art. 7º Nas licitações para contratação de serviços e obras, os órgãos e as entidades contratantes poderão

Corroborando, ainda mais essa possibilidade demonstrada, tal decreto assenta que **os procedimentos exclusivos destinados as ME/EPP's, não terão aplicabilidade**, enfatiza-se, quando esse tratamento não for vantajoso para a Administração e/ou não for capaz de alcançar os seus objetivos principais de promover o desenvolvimento econômico destas, ampliar a eficiência das políticas públicas e, incentivar as inovações tecnológicas, o que poderá ocorrer se caso firme o entendimento de continuar em excluir as licitações voltadas a aquisição de certificados digitais, vide art. 10º, inciso II cominado com art. 6º, e artigo 1º, incisos I a II deste decreto¹⁰.

Logo, inviável é a medida adotada, pois confirmando também essa prerrogativa de inviabilidade, já temos exemplos claros e atuais de certames após certames ocorrido ulteriormente ao advindo da nova Resolução em que persistem em fracassar, à saber:

- PREGÃO ELETRÔNICO N° 029/2019, realizado pelo Comando da Aeronáutica – Grupamento de Apoio do Galeão, através do site de

estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais, determinando:

- I - o percentual mínimo a ser subcontratado e o percentual máximo admitido, a serem estabelecidos no edital, sendo vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal da contratação;
- II - que as microempresas e as empresas de pequeno porte a serem subcontratadas sejam indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;
- III - que, no momento da habilitação e ao longo da vigência contratual, seja apresentada a documentação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º ;
- IV - que a empresa contratada comprometa-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou a demonstrar a inviabilidade da substituição, hipótese em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada; e
- V - que a empresa contratada responsabilize-se pela padronização, pela compatibilidade, pelo gerenciamento centralizado e pela qualidade da subcontratação.

¹⁰ Art. 6º Os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

(...)

IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.

Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual - MEI e sociedades cooperativas de consumo, nos termos deste Decreto, com o objetivo de:

- I - promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional;
- II - ampliar a eficiência das políticas públicas; e
- III - incentivar a inovação tecnológica.

compras <www.comprasnet.go.gov.br> no dia 26/07/2019, às 09 hrs e 00 min., onde tivera apenas 01 (um) participante, o que demonstra o cerceamento das possibilidades de competição (vedado nos procedimentos licitatórios), que ainda não conseguira chegar ao valor estimado, por tal resolução refletir diretamente no preço de mercado, e tendo o órgão, por consequência que fracassar o processo aquisitivo público, **por não haver empresas no mercado, na qualidade de ME/EPPS que consigam atender o feito na forma apresentada, de exclusividade**, enfatiza-se;

- PREGÃO ELETRÔNICO N° 157/2019, realizado pela Prefeitura Municipal de Juiz de Fora – MG, através do site <www.portaldecompraspublicas.com.br>, no dia 31/07/2019 às 09 hrs e 00 min., onde fora deserta, por não ter nenhuma empresa na condição apontada (ME/EPP) na região capaz de atender o edital, e por consequência se cadastrar no feito;
- PREGÃO ELETRÔNICO N° 081/2019, realizado pelo Ministério Público do Estado de Goiás, através do site de compras <www.comprasnet.go.gov.br>, no dia 01/08/2019, às 10 hrs e 00 min., onde fora fracasso o certame, pela única ME/EPP ali cadastrada não conseguir chegar ao preço estimado, haja vista reitera-se as mudanças ocorridas refletirem diretamente no montante a ser cobrado por esta, o que corrobora o fato de que há cerceamento de competição na exclusividade dada, quando o objeto tratar-se de certificados digitais, pois, repisa-se não há empresas no mercado nessa qualidade que consigam atender o feito nesta condição.

Indo ao encontro do reiteradamente apontado, seguem as atas que demonstram os sucessivos fracassos ocorridos. Por isso, frente a inviabilidade apontada, em sua manutenção impugna-se os termos contidos no Edital.

III- DOS PEDIDOS

Ante ao exposto, inerentes aos princípios da conveniência e da oportunidade impugna-se os termos do edital de licitações, na forma apresentada, por encontrar-se inviável a possibilidade de atendimento.

Goiânia, 06 de Agosto de 2.019.


THAMMY CRISTINA VIEIRA DA SILVA
COORDENADORA DE LICITAÇÕES

18.799.897/0001-20
DIGISEC - CERTIFICAÇÃO DIGITAL EIRELI - ME
Av. Pio XII Qd.97 Lt.1/2 nº 563
Vila Aurora Oeste CEP 74.425-098
GOIÂNIA - GO