

PARECER

Processo Administrativo nº **19022822**

Assunto: Impugnação ao edital do Pregão nº 015/2019

Impugnante: **RDF - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.**

I – DA TEMPESTIVIDADE

Em sede de admissibilidade, foram preenchidos os pressupostos de legitimidade, interesse, fundamentação e pedido, conforme comprovam os documentos colacionados ao processo de Licitação já identifica pelo que passa à análise de sua alegação.

Da mesma forma foi preenchido o pressuposto de tempestividade, posto que a empresa apresentou impugnação ao Edital em 19 de março de 2019.

II - RELATÓRIO

Em apertada síntese, trata-se de IMPUGNAÇÃO ao edital protocolada pela empresa RDF - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA, devidamente qualificada, pugnando em seu pedido, nos seguintes termos:

02. Acontece que o edital, no item 2.1.1, informou que haverá itens de cotação exclusiva para Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte sem sequer falar que itens são esses, deixando de especificá-los no termo de referência, incidindo em completa omissão. Ademais, o referido item informou que a exclusividade deve ser aplicada, se houver, na data do recebimento do envelope.

03. Ocorre, com o devido respeito, que a Administração deve definir se a licitação será exclusiva na fase interna do procedimento licitatório e não na fase externa como pretende o Edital, restando por demais equivocado e ilegal tal cláusula. Isso porque há a necessidade de um

estudo prévio do mercado local, vez que o intuito da exclusividade prevista na lei é fomentar o mercado local de ME e EPP a fim de que o proveito do certame gere emprego e renda e aqueça a economia Municipal.

04. Como se não bastasse isso, o referido item também encontra-se equivocado no que tange a cota reservada de 25% vez que para incluir tal requisito se faz necessário um estudo prévio na fase interna, devendo ser analisado se há no mercado local ou regional 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte capazes de cumprir com as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

05. Se tal estudo tivesse sido realizado o Município iria perceber que não há como realizar licitações exclusivas para ME e EPP vez que inexistem 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas no local ou na região capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, sendo também completamente desvantajoso para a administração pública e capaz de representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado (art. 49, inciso II e III da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), situações essas que impedem a aplicação dos benefícios aplicados a ME e EPP.

06. Dessa forma, se faz necessário que seja retirada ou alterada o item impugnado, permitindo a participação de grandes empresas no certame, consoante melhor será explicado adiante.

É o que importa relatar, fundamento e opino.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Dentro dos quadros da Lei 8.666/93, o ato convocatório pode fixar requisitos que condicionem a participação de um licitante em potencial. Cada certame licitatório possui um objeto específico e persegue um determinado interesse de natureza coletiva. Isso justifica certas restrições e exigências para se atingir com plenitude o interesse coletivo sob a responsabilidade da Administração. Assim, para atingir a finalidade pública, **o edital pode prever limitações, porém, jamais poderá extrapolar os limites da Lei 8.666/93 ou suas leis correlatas, a exemplo da Lei Complementar nº 123/06 e Lei Complementar nº 147/14.**

A análise jurídica, in casu, está delimitada na aferição da legalidade (em sentido amplo) do conjunto de atos administrativos praticados pelo administrador público durante a fase interna do procedimento licitatório, com espeque no fato que o exercício da atribuição administrativa é preordenado, e tem por escopo a satisfação do interesse público (primário e secundário). Nesse sentido, compete ao órgão de assessoramento jurídico orientar o gestor público quanto ao exercício dos poderes vinculado e discricionário, pois ambos estão norteados pelo princípio da reserva legal. No primeiro caso, a reserva legal é absoluta, enquanto no segundo, relativa. O mérito administrativo “expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.”¹

O objeto da impugnação, a bem da verdade, se resume a afastar os termos do item 2.1.1, vejamos:

2.1.1 – Se houver, na data prevista para recebimento dos envelopes, a participação de no mínimo, três (03) empresa competitivas enquadradas como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, localizadas no Âmbito local e na região do Seridó potiguar, haverá aplicação dos princípios do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, com itens de cotação exclusiva para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e cotas reservadas de participação exclusiva de Microempresas e

¹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 9ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 127.

Empresas de Pequeno Porte (até 25%) e cota principal para todas as empresas licitantes (até 75%).

A miúdo, o Edital trouxe conceitos vagos e que podem levar a interpretações distorcidas, a exemplo dos termos do Edital. No entanto, não podemos aceitar em sua totalidade os termos da impugnação, posto que, a Lei Complementar 123/02 e a Lei Complementar 147/14, são taxativas a afirmar a necessidade de exclusividade nas licitações, entenda-se cada item, cujo valor não exceda R\$ 80.000,00.

O art. 48 da Lei 123, também alterado pela Lei 147 restringe o universo competitivo da licitação em benefício às Micro e pequenas empresas e empresas de pequeno porte ao estabelecer em seu artigo 48, inciso I, que:

“art. 48. (...)

I – **deverá** realizar processos licitatórios destinado exclusivamente á participação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);”

Cumprir informar que, anteriormente à Lei 147, a exclusividade nas licitações cujo valor era de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) era uma FACULDADE, concedendo a Administração Pública, discricionariedade em aplicá-la ou não, diante da nova redação tornou-se um ato vinculado, ou seja, para cumprir o enunciado supracitado a Administração Pública deve, é obrigada realizar licitação exclusiva para microempresa e empresa de pequeno porte quando o valor do item licitado não ultrapassar R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

O art. 48 da LC 123/2006, também alterado pela LC 147/2014, prevê uma série de medidas com o fim de implementar concretamente o tratamento favorecido às ME's e EPP's em licitações públicas, dentre as quais, a realização de certames destinados 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). Nesse sentido, seu inciso I passou a prever que a Administração Pública deverá (e não mais poderá como constava na redação anterior), “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)”, alterando de facultativo para obrigatório o caráter desta diretriz.

Assim, para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública 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).

Também é sabido que mais licitantes são sempre melhores do que menos licitantes, em qualquer circunstância. Ter mais empresas concorrendo, pelo menos em tese, é melhor do que ter menos, mas a LC nº 147/14, apesar de diminuir a concorrência, exige-se que se favoreçam as MPEs em licitações e tem aplicabilidade imediata, dessa forma, só cabe à administração pública cumprir o que rege a legislação, mesmo que isso signifique a participação de menos licitantes no certame, até porque a Lei Complementar 147/2014 (PLC 60/14), que atualiza a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, LC nº 123/2006, objetivou fomentar o crescimento das micros e pequenas empresas, conforme dispõe o art. 47 do referido diploma legal:

"(...) objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas(...)"

Esses privilégios conferidos às MEs e EPPs possuem acolhimento constitucional, conforme o disposto no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal:

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.

A fundamentação quanto a inaplicabilidade do tratamento favorecido às ME's e EPP's, mormente quanto o lastro jurídico do art. 49, foi trazido no bojo da impugnação, vejamos:

09. Como dito no resumo dos fatos, há notória restrição a licitação exclusiva, pois inexistente no mercado local ou regional 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte capazes de cumprir com as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, fator este que impede a realização de licitação exclusiva consoante estabelece o art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

10. A restrição em favor da participação de pequenas empresas não pode conduzir à eliminação da competitividade. Por isso o art. 49, inc. II, determina que não se aplicará o regime de licitação diferenciada quando “não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente capazes de cumprir com as exigências estabelecidas no instrumento convocatório”.

11. Frise-se que não basta a existência dos fornecedores, devendo estes serem competitivos, ou seja, que possam participar da licitação. Por exemplo, se em determinada região, há três fornecedores, mas é sabido que um deles está impedido de contratar com a administração estadual. Neste caso, não há 3 fornecedores competitivos, e, portanto, não será exigida a exclusividade do processo licitatório para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Ademais, os fornecedores deverão estar sediadas no local ou região, e deverão ter capacidade para cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

No entanto, não merece prosperar tais arguições, vejamos o entendimento da Advocacia Geral da União:

A Orientação Normativa AGU nº 11 de 1º de abril de 2009 já trazia entendimento sobre os efeitos do valor estimado da licitação com relação à modalidade licitatória adotada, bem como a realização exclusiva para microempresa, empresa de pequeno porte e sociedade

cooperativa: “A definição da contratação levará em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações para:

- a) a realização de licitação exclusiva (microempresa, empresa de pequeno porte e sociedade cooperativa);
- b) a escolha de uma das modalidades convencionais (concorrência, tomada de preços e convite);
- c) o enquadramento das contratações previstas no art. 24, inc. I e II, da Lei nº 8.666, de 1993”.

A segurança de o órgão assessorado adotar os modelos de editais sugeridos pela AGU é que, independentemente de previsão no edital a LC nº 123/2006, por se tratar de norma de ordem pública. Para pacificar essa questão foi editada a **Orientação Normativa AGU nº 7, de 1º de abril de 2009: “O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 e 45 da Lei Complementar nº 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia”**.

No mesmo sentido, não pode prosperar a arguição quanto a falta de “não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente capazes de cumprir com as exigências estabelecidas no instrumento convocatório”, posto que, na últimas licitações quanto à para medicamentos básicos, verificamos a participação 8 (oito), das quais 7 (sete) empresas enquadradas como ME ou EPP eram sediadas no Estado do Rio Grande do Norte, e para psicotrópicos das 5 (cinco) empresas 4 (quatro) eram do Estado do Rio Grande do Norte.

Em que pese o entendimento genérico do que seria local ou regional, temos que considerar os termos do Decreto nº 6.204/07, vejamos:

Art. 1º [...]

§ 2º Para efeitos deste Decreto, considera-se:

I - âmbito local - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;

II - âmbito regional - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE;

[...]

§ 3º Admite-se a adoção de outro critério de definição de âmbito local e regional, justificadamente, em edital, desde que previsto em regulamento específico do órgão ou entidade contratante e que atenda aos objetivos previstos no art. 1º.

Em nosso entender, a impugnação, mormente quanto a abertura para todos as empresas participarem e conseqüentemente afastar a exclusividade para as ME's e EPP's fere a determinação legal exposta na Lei Complementar 123/02, no entanto sugerimos que o item 2.1.1, tenha a seguinte redação, podendo claro, haver modificação no intuito de sanar qualquer dúvidas quanto a matéria de exclusividade do edital, vejamos:

“Conforme preceito legal estabelecido no inciso I, do artigo 48 da Lei Complementar n.º 147/2014 e atendidas às condições legais, o presente processo licitatório destinar-se-á 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), conforme o caso.”

III - OPINIÃO

Ante todo exposto, **OPINO PELO INDEFERIMENTO** da impugnação ora analisada, nos termos acima. Devendo, o Sr. Pregoeiro retificar os termos do edital para melhor adequar as exigências legais, consoante acima exposto.

Registro, por fim, que a análise consignada neste parecer é **meramente opinativa** e se atve às questões jurídicas relativas à matéria apreciada.

É o Parecer.

Caicó, RN, em 21 de março de 2019.

ALEX SANDRO DANTAS DE MEDEIROS

Procurador do Município

OAB/RN 11.562