



PARECER

**IMPUGNAÇÃO - GASES MEDICINAIS - RESERVA PARA ME E EPP -
LEGALIDADE - SUBMISSÃO A LEI - DECLARAÇÃO DE SOLIDARIEDADE -
MATÉRIA SUMULADA - IMPOSSIBILIDADE DE IMPRIMIR CARÁTER
RESTRITIVO AO CERTAME - LEGALIDADE**

Trata-se de impugnação, interposta pela empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA, devidamente qualificada, através de seu representante legal, contra edital de licitação, na modalidade Pregão Presencial nº 074/2019, destinado ao REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE CARGAS DE OXIGÊNIO MEDICINAL, especificado em anexo do instrumento convocatório.

I. Alega a empresa impugnante que de acordo com o item 3.2 do edital alguns itens foram destinados para participação exclusiva de Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte conforme instituído pela Lei Complementar nº 123/06 alterada pela 147/14, salientando que a própria Lei em seu Art. 49, no seu inciso III diz:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II – 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;

Alega ainda que muito embora a exclusividade esteja sendo aplicada de acordo com o tratamento diferenciado instituído pela Lei Complementar Federal nº 123/2006, alterada pela também Lei Complementar Federal nº 147/2014, é evidente que à Administração não será favorável, pois provocará uma redução do rol de participantes para os referidos itens e, quanto menor o número de participantes, menor a possibilidade da Administração receber propostas com condições mais vantajosas para a aquisição pretendida.

Solicita a empresa impugnante a exclusão da exclusividade de participação a fim de possibilitar a ampla participação de empresas no processo.

É o relatório, passa a administração a deliberar:

I - Não é o objetivo da administração acomodar nas licitações públicas toda e qualquer solução excêntrica em torno do objeto pretendido, mas garantir a ampla concorrência em torno do atendimento de suas necessidades, o que foi alcançado no edital ora impugnado.

II. Em relação a empresa impugnante mostrar sua preocupação com que a adoção da ampla participação favorecerá o aumento do número de empresas participantes na licitação e, conseqüentemente o aumento do número de propostas mais vantajosas para a administração, em prol da Competitividade vale salientar que este serviço jurídico não entende que estejamos infringindo a lei, pois a Lei complementar nº 123/2006 alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, diz nos Artigos 47 e 48:

“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



PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEÇERICA
ADM 2017/2020

Rua Vigário Antunes, 155 – Centro – 35.550-000 – Tel. (37)3341-8500

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. Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.”

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

Portanto, pela alteração introduzida na Lei 123/2006 pela Lei 147/2014 a administração pública não poderá e sim deverá dar tratamento diferenciado as ME e EPP, adquirindo dessas todos os itens cujo valor de mercado for abaixo de R\$ 80.000,00.

Entendemos que abrir o procedimento para ampla participação não é prerrogativa da Administração, e neste sentido não vemos prejuízo para Prefeitura de Itapeçerica/MG, pois o Edital é dividido em itens facultando-se ao licitante a participação em quantos itens for de seu interesse, o que abrange maior competitividade.

A previsão legal de exclusividade de participação de ME e EPP em licitações de até R\$ 80.000,00 estimula um setor de suma importância para a economia do Brasil que, segundo o Caderno de Logística nº 4 – Comprando das Micro e Pequenas Empresas (2013, p. 7), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, “representam 99% das empresas formalmente estabelecidas, gerando mais de 52% dos empregos formais e cerca de 25% do PIB.”

Vejamos o disposto nos artigos 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal:

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.

Sendo que tais dispositivos foram regulamentados pela Lei Complementar 123/06 que ainda em seu art. 44 expressa a CLARA PREFERÊNCIA de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, dentro da margem denominada empate ficto, que também abrange o empate real (proposta do mesmo valor).



Estabelece a legislação complementar que, na inexistência de pelo menos 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas nas licitações, não se aplicará o tratamento diferenciado.

O entendimento de Marçal Justen Filho é de que essa norma deve ser interpretada de forma ampliativa, de acordo com o exposto a seguir:

“A natureza peculiar da disposição conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição. A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte apenas poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição”.

Indo avante, deve-se reconhecer que a regra do art. 49, inc. III, envolve duas ordens de avaliação por parte da Administração Pública. A identificação dos efeitos negativos de uma licitação diferenciada tanto deve fazer-se de modo antecipado como ser promovida por ocasião da homologação de seu resultado.

Isso significa que, por ocasião da cogitação da adoção da licitação diferenciada, caberá à Administração Pública exercitar um juízo similar ao previsto no art. 23, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666. Tratar-se-á de formular uma previsão sobre os efeitos de escala econômica, para apurar se a licitação diferenciada redundará em elevação de custos.

Deste modo, da leitura do inciso III do artigo 49 é possível inferir que a Administração Pública poderá recusar a aplicação do tratamento diferenciado a MPEs quando não vislumbrar vantagens ou prejuízos à administração, de tal modo que se mostre inconveniente e não eficiente a aplicação da política na aquisição de determinado bem ou contratação de serviço. **Todavia, é imperioso, e de forma muito bem fundamentada, levar a questão a termo nos autos do processo administrativo, sob pena de os órgãos de controle lançar críticas a respeito da licitação e respectivo contrato se configurada fuga às prerrogativas previstas na lei.**

Destarte, diante do relatado, acredita este serviço jurídico que restou exaurida as questões postas ao enfrentamento deste Departamento, por entender que a pertinência pode ser avaliada até mesmo em momento oportuno, de quando da homologação.

Sendo assim, entende este serviço jurídico que a impugnação no que concerne à reserva de itens para epps e microempresas deve ser rejeitada, vez que a administração ao impor cotas apenas cumpriu o que determina a Lei.

AFE



Passo agora a análise da necessidade de apresentação de AFE com Declaração de autorização do fabricante para licitantes não envasadores.

Relata a impugnante que pelo fato do certamente estar aberto a distribuidoras, necessário que além da AFE do fabricante apresentem concomitantemente DECLARAÇÃO fornecida por estas que estão aptas a comercializar o produto.

Mais uma vez não resta razões à impugnante, senão vejamos:

Há tempos o TCU pacificou o entendimento que as exigências a qualquer licitação devem ser aquelas contidas entre os artigos 27/31 da Lei 8666/93, não cabendo estender aquele rol que este serviço jurídico entende como taxativo, sob pena de macular todo certame.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça manifestou:

“o interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação”

Com base nesses argumentos, o TCU entende que, em regra, não cabe a administração exigir a declaração de fabricante, como condição de habilitação do licitante.

O TCU relata, finalmente que a exigência, se posta em prática, vai permitir que as fabricantes, caso da impugnante decida quem efetivamente possa participar da licitação, uma vez que deteria o poder de conferir a este ou aquele participante um documento que outros naturalmente não teriam.

Assim, diante de todo exposto, este assessor opina pelo não acatamento da impugnação, mantendo o edital, tal como lançado, uma vez que respeitou todos os mandamentos legais.

É o parecer S. M. J

Itapecerica, 06 de janeiro de 2019.


Welton Vieira Leão
OAB/MG 78610