

PARECER

Processo Licitatório nº 026/2017

Pregão Presencial nº 015/2017

Assunto: Exclusividade para Micro e Pequenas Empresas

Encaminhado a esta assessoria, recurso de impugnação ao edital acima mencionado, protocolado em 27 de abril de 2017, por **ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 00.802.002/0001-02, com sede na Estrada Boa Esperança, nº 2320, Fundo Canoas, Rio do Sul, Santa Catarina, assinado por Marcos Daniel da Silva, recurso este tempestivo, posto que protocolado em 27 de abril de 2017, contendo em anexo documentação comprobatória de outorga dos poderes ora exercida em nome da empresa recorrente, pelo subscritor da presente.

Das razões do recurso.

Alega a recorrente dentre outros pontos que o Edital do Pregão Presencial nº 015/2017, ao mencionar que inicialmente se destina preferencialmente a Micro Empresas o Empresas de Pequeno Porte, esta a **“AFASTAR A COMPETITIVIDADE DA DISPUTA”**, cita a Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI, menciona que a aplicação do artigo 49 da Lei 123/2006 trás como principal condição que **“NÃO ONERE, AFASTE CONCORRENTES OU, EM ÚLTIMA ANÁLISE, ACABE POR IMPEDIR A MELHOR COMPRA, COM A MAIOR VANTAJOSIDADE EXPRESSIVA A AQUISIÇÃO.”** Afirma que possui os melhores preços do mercado, por fim depois de varias argumentações expõem seu entendimento, **“que a restrição da participação de empresas não enquadradas como ME ou EPP, causará, sem dúvida alguma, prejuízo considerável ao município”**.

Requerendo ao final:

Que seja recebida a presente impugnação;

O Provimento do presente pedido, para determinar permitir a livre participação das empresas interessadas para todos os itens do processo, sem o limitador da exclusividade às MEs e EPPs, haja vista limitação da ampla concorrência e a clara e manifesta possibilidade de que na permanência do

processo como esta, provocar ONEROSIDADE AOS COFRES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA;

A ratificação do presente edital.

Este é o relato.

Trata-se de recurso administrativo manejado pela empresa **ALTERMED MATERIAL MÉDICO HOSPITALAR LTDA**, pugnando pela ratificação do presente edital do Pregão Presencial 015/2017 Processo Licitatório 026/2017, alegando suposto descumprimento dos princípios constitucionais, em decorrência da aplicação da legislação infra constitucional, a qual prevê tratamento diferenciado as Micro e Pequenas Empresas em processos licitatórios.

PRELIMINAR.

Como já mencionado anteriormente, registre que a referida impugnação, foi assinada e protocolada pessoalmente por Marcos Daniel da Silva, em 27 de abril de 2017, portanto tempestiva, sendo proposta por pessoa apta, conforme se pode averiguar pela documentação em anexo.

Ainda neste mesmo sentido, como já mencionado, documentos referentes a constituição da empresa, seus sócios administradores e suas outorgas de poderes, foram anexadas a presente impugnação, assim como previsto no referido edital impugnado.

Desta forma, estando previsto no edital as regras mínimas para o conhecimento de recursos e impugnações; e tendo sido o presente recurso protocolada em conformidade com os ditame editalíssimo, resta o mesmo conhecido em sua concepção e conseqüentemente em sua análise.

NO MÉRITO, é importante destacamos primeiramente que desde 2009 o município de Galvão – SC., possui em seu arcabouço jurídico a lei Ordinária 658-2009, que **INSTITUI A LEI GERAL MUNICIPAL DA MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE E MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**, a qual traz no inciso X, do art. 2º a seguinte redação:

“Art. 2º. O tratamento diferenciado, simplificado, favorecido e de incentivo às microempresas, às empresas de pequeno porte e ao microempreendedor

individual incluirá, entre outras ações dos órgãos e entes da administração municipal:

...

X – a preferência nas aquisições de bens e serviços pelos órgãos públicos municipais.”

Por si só, a referida legislação citada, já fundamentaria a atual prática atualmente em vigor em nosso município, contudo lembro que outros dispositivos legais em diferentes esferas governamentais, vem dia após dia consolidando os atos ora dispostos e impugnados de nosso edital, se não vejamos o que está disposto nos demais diplomas jurídicos.

DAS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS (alterada pela lei 147/2014)

Dentre as preferências reservadas às MPEs temos a previsão das licitações diferenciadas. É cediço que as MPEs contribuem para o desenvolvimento econômico e social, inclusive, dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) apontam que nas últimas décadas tiveram fundamental importância na redução da desigualdade e pobreza. Assim o legislador ao editar o art. 47 da Lei 123 pormenorizou:

“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.”

Com a leitura do dispositivo é possível concluir que o tratamento diferenciado deve ser concedido de modo a proporcionar o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Contudo a redação cria normas gerais e amplas deixando a cargo dos entes federativos editar regras específicas para que seja possível sua aplicabilidade.

Nesta toada, a Lei 147/2014 modificou a redação original do dispositivo, que anteriormente vinculava a aplicabilidade das licitações diferenciadas desde que estivesse previsto na legislação do respectivo ente, e incluiu o parágrafo único, estabelecendo que na ausência de legislação estadual, municipal ou regulamento específico aplica-se a legislação federal. In verbis:

“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.”

Com o Decreto nº 8.853, promulgado em 06 de outubro de 2015, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para MPes no âmbito da administração pública federal tornou-se possível ter um norte sobre sua aplicabilidade.

DA EXCLUSIVIDADE NA PARTICIPAÇÃO PARA AS MPes (alterada pela lei 147/2014)

O art. 48 da Lei 123, também alterado pela Lei 147 restringe o universo competitivo da licitação em benefício às MPes ao estabelecer em seu art. 48 inc. I que:

“art. 48. (...)

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);”

Anteriormente à Lei 147 a exclusividade nas licitações até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) era uma faculdade, concedendo a Administração 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).

Na prática percebemos que existem muitas dúvidas quanto a interpretação do mencionado benefício em licitações realizadas com vários itens ou lotes. Como interpretar o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)? O valor considerado será a soma do valor de todos os itens, ou lotes? Explicamos:

As licitações por item ou por lote são independentes, em outras palavras são várias licitações em um único processo licitatório. Se houverem 10 (dez) lotes/itens e 10 (dez) empresas diferentes se consagrarem vencedoras, serão realizados 10 (dez) contratos.

Acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho leciona:

“A licitação por itens consiste na concentração, em um único procedimento licitatório, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma

multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos. Poderia aludir-se a uma hipótese de “cumulação de licitações” ou “licitações cumuladas”, fazendo-se paralelo com a figura da cumulação de ações conhecidas no âmbito do Direito Processual.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 278)

Nesta esteira o Decreto nº 8538/2015 preocupou-se em disciplinar o assunto em seu artigo 9º inc. I. *Ipsis litteris*:

“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”

Assim deve-se sempre observar os valores individualmente aplicando a exclusividade aos itens ou lotes que não excederem o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

HIPÓTESE DA NÃO APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELOS ARTIGOS 47 E 48 DA LEI (alterada pela lei 147/2014)

A Lei nº 123/2006 prevê algumas limitações às contratações diferenciadas, ou seja preconiza algumas hipóteses em que afasta a aplicabilidade prevista nos artigos 47 e 48 da referida Lei. Veja o que reza o art. 49, e aqui destaque para a redação apresentada pelo recorrente a qual já se encontra em muito modificada:

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

I – (Revogado);

II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas 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;

IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48”.

Destarte, conforme leitura do dispositivo, vislumbramos três situações em que não aplicará as contratações diferenciadas.

O inc. II preocupou-se em preservar uma das principais características do procedimento licitatório que é a competitividade. Assim, o número de licitantes local ou regional que estejam aptos a atender os requisitos do edital deve ser avaliado pelo órgão licitante antes de adotar a contratação pelo regime diferenciado. Corroboram ao entendimento os ensinamentos do respeitável mestre Sidney Bittencourt, *in verbis*:

“Avista-se que a intenção legislativa é certificar-se da ocorrência de efetiva competição entre micro e pequenas empresas, sediadas no local. Dessa maneira, a inexistência desse número de empresas dessa categoria demandará a substituição do regime de licitação comum, com a participação de todos os tipos de empresa (micro, pequena, média ou grande).” (BITENCOURT, Sidney. As licitações públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas. 2 ed. rev. Ampl. e atual. Belo Horizonte:Fórum, 2010. pág.104)

A segunda hipótese prevista no inc. III visa proteger a Supremacia do Interesse Público, eis que não aplicará a contratação diferenciada quando gerar efeitos negativos tornando-a lesiva para a Administração Pública. Dentre a lesividade vislumbra-se a onerosidade excessiva da licitação ou então prejuízo ao conjunto do objeto licitado, como por exemplo a divisão de cotas em objeto divisível que resulte em prejuízo ou subcontratação que desnature a identidade e funcionalidade do objeto. E aqui não há de se falar em suposto prejuízo, como argumenta o recorrente.

A última situação, estabelecida no inc. IV, afasta a aplicação do tratamento diferenciado quando a licitação for inexigível ou dispensável. Contudo, insta ressaltar que nos casos de licitação dispensável excetuam-se as dispensas previstas nos incisos I e II do art. 24 Lei nº 8666/93, *ipsis litteris*:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

I – para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II – para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.”

Portanto, estando presentes os requisitos dispostos no presente edital na legislação federal mencionada, e principalmente existindo lei local regulamentando complementarmente os pontos questionados pelo recorrente, pelo princípio da legalidade, inviável, o acatamento das alegações do recorrente, e consequentemente o deferimento de sua participação em igualdade de condições.

Desta forma, é orientação desta assessoria jurídica que o presente recurso seja INDEFERIDO, vez que as ME e EPP gozam de incontestável preferência no presente processo licitatório, devendo ser aplicado sim tratamento diferenciado.

É o parecer, SME.

Galvão – SC, 02 de maio de 2017.

Evandro Fernandes André

Assessor Jurídico

Município de Galvão-SC

CPF-694.253.889-20

OAB-SC 29.159

(Ato de nomeação Decreto, 198/2012, de 22.10.2012,
entrada em exercício em 04-12-2012)

Em anexo:

- Cópia da impugnação impetrada e seu anexo;
- Cópia da lei 658/2009 do município de Galvão - SC.