



**AO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BOA ESPERANÇA
DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO**

Pregão Presencial n° 02/2019

A DENTAL PRIME – PRODUTOS ODONTOLÓGICOS MÉDICOS HOSPITALARES – EIRELI -ME, pessoa jurídica de direito privada, inscrita no CNPJ sob o n.º 21.504.525/0001-34 e inscrição estadual n.º 906.83329-80 devidamente autorizada a funcionar pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com sede a Rua Anne Frank, n.º 5.241, Boqueirão, cidade de Curitiba, Estado do Paraná, vem respeitosamente, apresentar:

IMPUGNAÇÃO

Ao referido Edital do Pregão Presencial, no que diz respeito à restrição por parte da comissão licitante quanto à exclusividade a ME/EPP e seu desmembramento de cota:

I – BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Após analisar o referido Edital Licitatório em epígrafe, fora observado que o Edital contém vícios que comprometem a legalidade do procedimento licitatório, senão vejamos

“Exclusiva para microempresas e empresa de pequeno porte”.

A referida exigência afigura-se restritiva, já que em nada beneficia esta municipalidade, que ao contrário a distancia da persecução de menor preço, ou seja, a proposta mais vantajosa para a administração pública.

A exclusividade para concorrência no presente certame microempresas e empresas de pequeno porte, restringe a participação da ampla concorrência sem que isso signifique qualquer garantia extra de melhor preço ou até mesmo de desenvolvimento de pequenas da região.

Aliás, a determinação de exclusividade para concorrência do presente edital, portanto norma restritiva de concorrência pública indica um direcionamento às avessas, injustificado e por isso, ilícito.

II – A restrição da competitividade na licitação

Esta exigência frustra o princípio da competitividade, que é um dos princípios essenciais na licitação, pois se entende que uma vez que não se tem competitividade não existe disputa, prejudicando assim o intuito do menor preço, pela melhor qualidade dos produtos ofertados.

Sobre a igualdade de condições para os licitantes, prevê o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal:

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.

Conforme descrito no final do art. 37 da Constituição Federal, somente poderá ser feitas exigências que garantam o cumprimento da obrigação assumida pelo licitante. O artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93 veda expressamente a restrição de caráter competitivo:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Conforme esclarece o autor Marçal Justen Filho, a Lei 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."

Exigências desarrazoadas não podem ser legitimadas, sob pena de ofensa ao texto constitucional, que autoriza apenas o mínimo de exigências, sempre alicerçadas em critérios razoáveis.



Sendo este o entendimento unissomo de nossos Tribunais de Contas, senão vejamos:

"o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame... a verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. No entanto, o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame. Por outras palavras, pode-se afirmar que fixar requisitos excessivos ou desarrazoados iria de encontro à própria sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações, porquanto a Constituição Federal determinou apenas a admissibilidade de exigências mínimas possíveis. Destarte, se a Administração, em seu poder discricionário, tiver avaliado indevidamente a qualificação técnica dos interessados em contratar, reputando como indispensável um quesito tecnicamente prescindível, seu ato não pode prosperar, sob pena de ofender a Carta Maior e a Lei de Licitações e Contratos." TCU - AC-0423-11/07-P Sessão: 21/03/07 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa - FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO - <https://contas.tcu.gov.br>, acesso em 01 março de 2010.

Mister se faz frisar que devemos sempre preservar o erário, no sentido de que deve ser declarada vencedora a proposta mais vantajosa, mas da forma que hoje se encontra, isto fatalmente não ocorrerá, pois a limitação da participação de licitantes a condição de Micro e EPP, a administração pública não pode aferir a proposta mais vantajosa haja vista a limitação, acesso, quantidade e volume de compra das empresas maiores.

Nada obstante a ausência de posicionamento doutrinário e jurisprudencial com base no novo decreta a posição quanto ao limite que assegurara a participação das microempresas e empresas de pequeno porte, competência extensão de sua exclusividade, não se constitui em novidade, conforme depreende dos julgados, senão vejamos:

Processo nº: 7902/2014 2. Classe de assunto: 3. Consulta 2.1. Assunto: 5. Consulta relacionada às recentes alterações da Lei Complementar nº 123/2006, introduzidas pela Lei complementar nº 147/2014, referente às contratações públicas 3. Responsável: Ângela Prudente - Presidente 4. Órgão: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins 5. Relator: Conselheiro Substituto Leondiniz Gomes 6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral de Contas Litza Leão Gonçalves 7. Procurador constituído nos autos: Silvino Cardoso Batista – Assessor Jurídico – OAB-TO/4357 EMENTA: CONSULTA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. CONSULTA RELACIONADA ÀS RECENTES ALTERAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, INTRODUZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014, DE 07 DE AGOSTO DE 2014. APLICABILIDADE. CONHECIMENTO. RESPOSTA EM TESE. PUBLICAÇÃO.

8. Decisão: VISTOS, relatados e discutidos os autos de nº 7902/2014, que versam sobre consulta formulada pela Desembargadora Ângela Prudente, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, visando obter orientações sobre os seguintes pontos: 1) Em alusão ao art. 48 e incisos da LC nº 123/2006, nas licitações com valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais): a) a cota de 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada em cada item? b) Ou serão separados itens especificados do certame que correspondam a 25% do objeto para serem disputados exclusivamente por ME/EPP? c) Se a cota for calculada por item, a fase de lances deverá ser iniciada com os itens reservados para ME/EPP? 2) Em licitações com valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou com cota de 25% exclusiva para ME/EPP (art. 48, I e III da LC nº 123/2006), poderá o edit al prever que não comparecendo nenhuma destas, será permitida a participação de empresas de maior porte? Ou somente poderão participar as microempresas e empresas de pequeno porte nos certames de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)? Tribunal de Contas do Estado do Tocantins 3) Com fulcro no art. 49, inc. II da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006 será aplicável

somente quando comparecerem, no mínimo, três empresas ME/EPP na sessão da licitação? Ou deverá a Administração durante fase interna da licitação aferir tal existência no mercado local/regional para concessão do tratamento diferenciado ainda que compareça apenas uma ME/EPP? 4) A não vantajosidade para a administração pública ou o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, previsto no art. 49, III, precisarão ser motivados? Considerando que a resposta à presente consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, nos termos dos art. 150, § 3º e art.152 do Regimento Interno deste Tribunal; Considerando que o estudo ora apresentado, por sua natureza e peculiaridade, deve ser aproveitado, como fonte de orientação, aos demais agentes políticos; Considerando os pareceres do Corpo Especial de Auditores e do Ministério Público de Contas; Considerando, por fim, tudo que dos autos consta, RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em consonância com o parecer do Corpo Especial de Auditores e do Ministério Público de Contas, com fundamento nas disposições contidas no artigo 1º, XIX, da Lei Estadual nº 1.284/2001 c/c artigos 151 e 152, do RITCE/TO, em: 8.1 conhecer desta consulta, por atender aos requisitos fixados no art. 150 do Regimento Interno deste Tribunal; 8.2 esclarecer à consulente que a resposta à presente consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, nos termos dos art. 150, § 3º e art.152 do RITCE/TO; 8.3. responder à consulta nos seguintes termos: 1) Em alusão ao art. 48 e incisos da LC nº 123/2006, nas licitações com valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais): a) a cota de 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada em cada item? b) Ou serão separados itens especificados do certame que correspondam a 25% do objeto para serem disputados exclusivamente por ME/EPP? c) Se a cota for calculada por item, a fase de lances deverá ser iniciada com os itens reservados para ME/EPP? Tribunal de Contas do Estado do Tocantins R: No que se refere aos questionamentos "a" e "b", observa-se que a cota de até 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada pelo quantitativo do objeto divisível e não pelo valor estimado da contratação. Cabe ressaltar que não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem preço do primeiro colocado, bem como se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação de quaisquer das cotas deverá ocorrer pelo preço da que tenha sido menor. Quanto ao questionamento da letra "c", a respeito de lances serem iniciados com os itens reservados para MEs e EPPs, em atenção as alterações realizadas na Lei Complementar nº 123/06 pela Lei Complementar nº 147/14 verifica-se que se referem às questões de ordem operacional,

no caso, voltadas à ordem em que, nesta hipótese, serão desenvolvidos os trabalhos licitatórios. Deste modo, entendemos que o próprio edital estabelecerá como será feita a disputa, se ocorrerá em primeiro lugar o julgamento referente à cota reservada às MEs e EPPs, ou o inverso. Ficará a critério da Administração, por motivos de interesse e conveniência, determinar a ordem dos trabalhos, desde que, por óbvio, sejam observadas as regras contidas na Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02. 2) Em licitações com valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou com cota de 25% exclusiva para ME/EPP (art. 48, I e III da LC nº 123/2006), poderá o edital prever que não com parecendo nenhuma destas, será permitida a participação de empresas de maior porte? Ou somente poderão participar as microempresas e empresas de pequeno porte nos certames de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)? R: Nos termos do art. 48, I, da LC nº 123/2006, uma empresa que não seja ME e/ou EPP não poderá participar de uma licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte. Conforme inciso II do art. 49 da LC nº 123/2006, caso inexistir o número mínimo de três ME e/ou EPP, sediadas no local ou na região, e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, conseqüentemente, a realização de uma licitação exclusiva com fundamento neste inciso restará justificadamente afastada, e para tanto, o edital não poderá prever que não comparecendo nenhuma ME e/ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte. Quanto à licitação diferenciada a que alude o inc. III do art. 48 da LC nº 123/2006 (a reserva de cota de até 25% do objeto licitado), à similitude do que ocorre na esfera federal (art. 8º, § 2º, do Decreto 6204/2007), o edital poderá prever a adjudicação da cota reservada ao vencedor da cota principal, e, no caso de recusa deste, aos demais licitantes, desde Tribunal de Contas do Estado do Tocantins que aceitem o preço oferecido pelo vencedor. Essa mesma solução poderia ser praticada em situação inversa: se não houvesse vencedor na disputa da cota principal, nada impediria que houvesse a sua adjudicação em favor da ME ou EPP melhor classificada. 3) Com fulcro no art. 49, inc. II da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006 será aplicável somente quando comparecerem, no mínimo, três empresas ME/EPP na sessão da licitação? Ou deverá a Administração durante fase interna da licitação aferir tal existência no mercado local/regional para concessão do tratamento diferenciado ainda que compareça apenas uma ME/EPP? R: O gestor público deverá planejar-se, ainda na fase interna, para que se adiante e identifique a eventual ausência de micro ou pequenas empresas aptas a atender o objeto almejado, bem como justificar exaustivamente tal situação, nos autos do respectivo processo licitatório, a fim de evitar alegações de desrespeito à Lei Complementar nº 123/06, por parte dos órgãos de controle acerca da inobservância das novas regras estabelecidas pelo Estatuto da Microempresa.

Tudo no escopo de atender aos princípios da economicidade, isonomia, impessoalidade, publicidade e supremacia do interesse público, dentre outros.

4) A não vantajosidade para a administração pública ou o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, previsto no art. 49, III, precisarão ser motivados? R: A Administração Pública deverá motivar seus atos, ou seja, descrição dos fatos da realidade que levaram a Administração Pública, considerar o disposto no art. 49, III, da Lei nº 123/2006, bem como fundamentar as decisões exaradas tanto na fase interna quanto na fase externa do certame, de modo a que elas tenham sustentabilidade jurídica perante os órgãos de controle, para alcançar a sempre objetivada realização do interesse público. 8.4 determinar a publicação desta decisão no Boletim Oficial do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, nos termos do artigo 341, §3º do Regimento Interno deste sodalício, para que surta os efeitos legais necessários; 8.5 determinar à Secretária do Tribunal Pleno-SEPLE que remeta à consulente cópia do Relatório, Voto e Decisão; 8.6 determinar à Secretária do Tribunal Pleno que encaminhe cópia do Relatório, Voto e Decisão à Diretoria-Geral de Controle Externo e, excepcionalmente, à Primeira Diretoria de Controle Externo, a fim de que procedam às anotações e às cautelas de praxe; Tribunal de Contas do Estado do Tocantins 8.7 encaminhar, por fim, à Coordenadoria de Protocolo Geral-COPRO, para as anotações de mister e posterior encaminhamento à origem.

Diante da decisão cima é evidente que a divisão de cota deve estar prevista sempre que o objeto da licitação versar sobre bens de natureza divisível, mais uma vez trata-se de um ato vinculado não sendo, portanto, uma faculdade da Administração prevê-la ou não. Neste contexto o legislador buscou reservar uma parte do objeto licitado às MPEs, de forma sintética divide a licitação em duas cotas a "principal", que corresponde até 75%, e uma cota de "exclusiva" de até 25% do objeto para que seja disputado exclusivamente por MPEs.

Veja o que preconizou o inc. III do art. 48:

"III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte."

Deste modo é fundamental que o edital preconize regras distintas para cada cota possibilitando tratamento diferenciado às MPEs e compatibilizando exigências de qualificação técnica e econômico-financeira proporcionais para cada cota.

Cumprе exclamation que o fato de existir cota exclusiva para participação de MPEs não afasta a possibilidade de participação na cota principal, ou seja, há a faculdade das MPEs participarem de ambas as cotas e sagrar-se vencedora de ambas desde que observadas as peculiaridades e exigências de cada uma delas.

Diante do exposto, verifica-se que tal exigência restringe os participantes, haja vista que vai de encontro aos princípios basilares da livre concorrência, caracterizando afronta constitucional por nítida discriminação, e por fim, trazendo inegável prejuízo à própria municipalidade, haja vista que cerceia a livre concorrência.

III - DO REQUERIMENTO

- a) A aceitação da presente impugnação vez que tempestiva;
- b) Valendo-se dos fundamentos legais ora apresentados, requer alteração do texto do edital, alterando para cota de até 25% para a disputa reservada para ME/EPP, conforme estabelece o art. 48, III, da lei complementar (federal) nº 123/2006.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Daiana de Fátima Castro".

Daiana de Fátima Castro
OAB/PR 76.394

Nestes Termos,
Pede Deferimento.
Curitiba, 24 de Maio de 2019.