

À

PREFEITURA DE GOIÂNIA
SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE
ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO ISMALEY SANTOS LACERDA

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 073/2021 SRP – SAÚDE
PROCESSO LICITATÓRIO: BEE40475/2020

A empresa **IBEX COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o Nº 29.511.026/0002-67, com sede em Avenida T7, Quadra 35, Lote 14, Nº 1026, Goiânia, Goiás, CEP: 74.210-260, com endereço eletrônico licitacao.ibex.ibex@gmail.com, telefone (61) 3033-3116 e (61) 98208-8162, por sua representante legal, vem, respeitosamente a presença de Vossa Senhoria, com fundamento no artigo 41, §1º, da Lei Federal nº 8.666, de 21.06.1993, no artigo 24 do Decreto Federal nº 10.024/2019, bem como no item 10 do Edital do Pregão Eletrônico em epígrafe, apresentar

IMPUGNAÇÃO

ao referido edital, pela ausência de cota reservada às ME/EPP, nos termos do art. 48, III, da LC 123/2006 e no art. 25 da LCE 117/2015, pelos motivos que a seguir se expõe.

I. SÍNTESE DOS FATOS

O Pregão Eletrônico nº 073/2021 tem por objeto a Aquisição de insumos, através do Sistema de Registro de Preços - SRP, para utilização no Tratamento de Ferida, nas unidades da Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia e no SAD (Serviço de Atenção Domiciliar), conforme condições e especificações constantes deste Edital e seus anexos.

Ocorre que, o presente edital não prevê cota reservada para participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme justificativa no edital:

22.1 Justificativa emitida pela área técnica quanto a licitação não ser exclusiva para ME e EPP: Em relação a participação exclusiva de microempresas ou de pequenas empresas, no processo licitatório BEE40475/2020, esclarecemos que, no que tange às exigências dos Artigos 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06, informamos que conforme o Artigo 49 da mesma lei, “Não se aplica o disposto nos artigos 47 e 48 desta Lei e da Lei Complementar nº 147/14 quando: ... “III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de

pequeno porte não for vantajosos para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado...”. O objeto do presente procedimento licitatório, destina-se ao abastecimento das unidades de saúde, sendo itens com características específicas para a área da saúde. Neste contexto, dado as características destes equipamentos, a licitação exclusiva para micro e pequenos empreendedores afasta a possibilidade de participação das fabricantes (que em geral são grandes empresas), inclusive internacionais, o que reduz e restringe a competitividade. **Ademais, grandes fabricantes detêm, em regra, produtos com qualidade superior, haja vista a experiência adquirida ao longo de anos de investimento em pesquisa de desenvolvimento de novos produtos, diferentemente de micro e pequenos empreendimentos.** Pode-se observar no próprio processo, que poucas empresas que participam das cotações são enquadradas com ME ou EPP. Caso a licitação seja restrita a este grupo de empresas além de diminuir a concorrência, acarretando em preços mais altos, pode também não haver fornecedor para o item, o que acarretará em desabastecimento em nossas unidades. Diante de todo este quadro, em atenção ao princípio constitucional da eficiência, que impõe ao Administrador público, sobretudo no âmbito da saúde, a busca pela máxima eficácia e eficiência da atividade pública, evidencia-se não vantajoso limitar a participação no presente procedimento a licitantes qualificados como microempresas e empresas de pequeno porte.

Em que pese o respeitável parecer, tão justificativa está eivada de vícios e ilegalidades, pois fere gravemente previsão legal expressa, bem como diversos princípios da Administração Pública.

Portanto, a edital merece ser reformado, conforme fundamentos jurídicos que a seguir se expõe.

II. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) DA OBRIGATORIEDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Com o advento da Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, foram estabelecidas normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às ME/EPP no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tanto nos campos tributário e fiscal, quanto no de acesso aos mercados externo e interno.

Dentre as diretrizes estipuladas na seção que trata das aquisições públicas (artigos 42 a 49), pretende-se lançar luz sobre as possibilidades e dificuldades encontradas na operacionalização dos benefícios previstos nos incisos I e III do artigo 48 da LC 123/06 - com a redação dada pela LC 147/14 -, quais sejam, a realização de

licitações exclusivas nos itens de contratação de até R\$ 80.000,00 e o estabelecimento de cota reservada de até 25% do objeto para aquisição de bens de natureza divisível.

Vale destacar, inicialmente, as previsões contidas no artigo 47 da LC 123/06:

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (grifo nosso)

A Lei Complementar n. 123/2006, portanto, com objetivo de fomentar a atividade econômica, reduzir as desigualdades sociais e regionais, prevê mecanismos de **igualdade material** de microempresas e empresas de pequeno porte com as grandes empresas nacionais e multinacionais, e as razões são diversas, de modo a proporcionar uma competição mais justa e equilibrada no campo das contratações públicas.

Nesse contexto, a Lei Complementar 123/2006, prevê tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, dentre outros, vejamos:

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

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**. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Trata-se, como visto, de **mandado legislativo de otimização**, no sentido de que o mínimo a ser concedido já está regulamentado no âmbito da Lei Complementar 123/06, **com redação dada pela Lei Complementar n. 147/2014**.

Nesse contexto, o comando normativo estabelecido na Lei Complementar 123/06, atualizada pela Lei Complementar n. 147/2014, norma dotada de vigência e aplicabilidade imediata, **deve ser observado em seu patamar mínimo**; em outras palavras, proíbe-se tratamento destoante ao mandado de otimização ao passo que permite-se aos estados e ao Distrito Federal ampliar os benefícios às microempresas.

Como se percebe, a legislação federal busca concretizar o princípio da igualdade material, uma vez que as microempresas e empresas de pequeno porte não

possuem recursos materiais e humanos hábeis a competir com as grandes empresas, estas cada vez mais dominadoras dos mercados.

Nos termos do art. 48, III da Lei Complementar n. 123, de 2006 (atualizada pela LC n. 147/2014), a Administração **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. Por essa razão, parcela de até 25% (vinte e cinco por cento) dos quantitativos deverão ser destinados exclusivamente a ME/EPP/COOP beneficiadas pela LC n. 123/2006.

Assim, as cotas reservadas serão definidas em função de cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, em função do valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item (art. 9º, inciso I do Decreto n. 8.538, de 2015).

No mesmo sentido é a orientação publicada pelo portal de compras do Governo Federal, vejamos:

“Cota reservada: Passa a ser obrigatória sua aplicação, para bens de natureza divisível, no limite de até 25% do objeto licitado. Para licitações que tenham por finalidade o Sistema de Registro de Preço, a orientação é que os órgãos criem dois itens ao cadastrar a licitação: 1º) o da cota reservada (exclusivo para microempresas e empresas de pequeno porte); 2º) o destinado à ampla concorrência, em decorrência de o Sistema Comprasnet encontrar-se em fase de atualização.

Caso ocorra a hipótese de não haver vencedor para o item com cota reservada, o órgão deverá encaminhar ofício ao Ministério do Planejamento solicitando a abertura de demanda para fins de alteração do quantitativo fornecedor da ampla concorrência. Ou seja, o edital deve ter a previsão descrita na norma e o pregoeiro, durante a sessão pública ao constatar a situação deverá, inicialmente, verificar se o fornecedor aceita o aumento do quantitativo nos mesmo preços e na forma descrita no Decreto, formalizando toda a conversa no chat do sistema. Posteriormente, encaminhar as informações relativas a UASG, o número da licitação, o quantitativo deve ser alterado, o novo quantitativo, o CNPJ e a razão social do fornecedor que receberá esse quantitativo.”¹ (grifo nosso)

7. Orientação aos gestores

Publicado em 10/08/2020 16h10

No âmbito do Estado de Goiás, editou-se a Lei Complementar nº 117, De 05 de outubro de 2015:

Art. 1º Esta Lei Complementar institui o tratamento diferenciado, favorecido e simplificado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito estadual, em conformidade com as normas gerais previstas na Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, especialmente sobre:

¹ <https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/orientacoes-e-procedimentos/7-orientacao-aos-gestores-para-aplicacao-do-decreto-no-8-538-2015>

- I – recepção da definição nacional de microempresas e empresas de pequeno porte;
- II – preferência nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público;**
- III – incentivo à geração de empregos;**
- IV – incentivo à formalização de empreendimentos;**
- V – incentivo à inovação e ao associativismo;
- VI – simplificação do processo de abertura e fechamento de empresas.

(...)

Art. 25. Nas licitações para a aquisição de bens, prestação de serviços e execução de obras de natureza divisível, os órgãos e as entidades contratantes poderão **reservar cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto, para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.**

Importante ressaltar que a Administração Pública Estadual ou Municipal não podem promover o afastamento da aplicação dos benefícios tratados, sob pena de tornar 'letra morta' o tratamento diferenciado e simplificado, o qual, vale lembrar, objetiva "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" (caput do artigo 47).

No mesmo sentido, corroboram diversos entendimentos do TCU:

Aplique nas licitações que realizar as disposições dos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 (Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). **Acórdão 4161/2009 Segunda Câmara**

Penso, ainda, não ter sido outro o espírito com que o legislador ordinário promulgou a LC 123/2006, estabelecendo as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e o Executivo baixou o Decreto 6204/2007, regulamentando o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a ser aplicado aos entes em questão nas contratações públicas no âmbito da Administração Federal.

Além do mais, como bem assentou o representante do parquet, o atendimento ao interesse público visado pelo instituto da licitação, lato sensu, compreende não só a melhor proposta financeira, mas também fomentar a ampliação da oferta de bens e serviços, inibindo a formação de estruturas anômalas de mercado. **Acórdão 1231/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)**

Verificada a ilegalidade de atos administrativos, cabe determinar a adoção das providências necessárias ao exato cumprimento da lei, na forma do art. 45, caput, da Lei nº 8.443/1992. **Acórdão 78/2010 Plenário (Sumário)**

Os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte pelos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 independem da existência de previsão editalícia. **Acórdão 2144/2007 Plenário (Sumário)**

Não pode prosperar a licitação eivada de procedimentos anômalos não devidamente justificados no processo e que fazem malograr a prevalência de

princípios básicos da licitação pública, tais o da isonomia e o da publicidade.

A comunicação de decisão da comissão de licitação aos participantes em datas bastante afastadas, por meios diferentes, reconhecendo-se à que foi comunicada por último o ingresso de recurso não comunicado à outra licitante, a qual, ademais, foi desclassificada por motivo fútil, mediante revisão de decisão anterior que lhe facultava apresentação de proposta escoimada da falha irrelevante apontada, lança por terra a credibilidade do certame, por ofensa insolúvel aos princípios citados, cumprindo ao Tribunal determinar a anulação do procedimento. **Acórdão 925/2009 Plenário (Sumário)**

Abstenha de incluir cláusulas em edital que venham 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. **Acórdão 1227/2009 Plenário**

Portanto, em pese a justificativa prevista no edital, com data *vênia*, não merece prosperar por ser totalmente ilegal e imoral, querendo derrubar direitos que há anos os pequenos empreendedores lutaram para conseguir, sob a justificativa inadequada de que *“a licitação exclusiva para micro e pequenos empreendedores afasta a possibilidade de participação das fabricantes (que em geral são grandes empresas), inclusive internacionais, o que reduz e restringe a competitividade.”* Ou seja, o Estado deve priorizar empresas estrangeiras, mas esquecer das empresas que geram emprego e renda no País??? É absurdo!

A divisão dos itens em cotas reservadas e cotas amplas não apresenta qualquer prejuízo à administração, pelo contrário, amplia a competitividade, torna a concorrência mais justa, atende aos princípios da legalidade e moralidade e ainda fomenta a economia local.

In casu, em que pese a boa intenção da equipe que emitiu a justificativa, inclusive de trazer economias aos cofres públicos, sua atuação não se agasalha aos comandos normativos do Poder Constituinte, padecendo, portanto de ilegalidade; atingindo reflexamente a Constituição Federal. Seja ilegalidade, seja inconstitucionalidade, o efeito prático é o mesmo: o comando normativo não deve ser aplicado.

A colisão trazida entre a justificativa do edital e do artigo 47 da LC 123/06 é uma demonstração de entendimento desajustado da promoção do desenvolvimento sustentável local e regional. A previsão contida no edital de **nenhuma forma fomenta a venda de bens/serviços pelas mesmas.**

Com isso, observado que a regra do Estatuto possibilita aos entes federados a criação de **lei mais benéfica, vedada a criação de regras que limitem ou restrinjam o tratamento diferenciado às ME/EPPs.** É esse o entendimento da doutrina:

“Verifica-se, no caso, a conjugação de princípios. Pode-se admitir licitação restrita à participação de ME e EPP sediadas em certas regiões, sem que isso configure violação ao princípio da Federação. A controvérsia poderia surgir

porque a CF/1988 veda, no art. 19, III, a discriminação entre os brasileiros ou entre as próprias pessoas políticas. Essa vedação não é infringida na hipótese examinada porque se reconhece a ausência de condições das ME e EPP estabelecidas em regiões carentes de competir com aquelas que atuam em locais com maior índice de desenvolvimento econômico, social e tecnológico. **O direcionamento das licitações configura-se como um meio de promover a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, inclusive para cumprir o desígnio constitucional da redução das desigualdades regionais e da eliminação da pobreza.** É evidente, porém, que a validade dessa medida concreta dependerá da sua aptidão para realizar os fins e os princípios constitucionais. Não será válido aos Municípios e aos Estados adotarem de modo genérico a restrição de participação de sujeitos estabelecidos fora de seu território". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev., atual. E ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 140) (grifo nosso)

Neste passo, resta evidente que as alterações do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte trazidas pela Lei Complementar n.º 147/2014, possuíam como *mens legis* a necessidade de se dar maior efetividade ao regramento estatutário, utilizando-se de uma lógica conjugada de conceitos atrelados a sustentabilidade e ao desenvolvimento socioeconômico, os quais devem ser buscados pelo intérprete no exercício da hermenêutica.

Portanto, por todo o exposto, respeitosamente, requer que seja reformado o edital, no sentido de dividir os itens em cotas específicas para ampla concorrência e cotas exclusivas para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, por ser medida que impõe e melhor atende aos princípios da legalidade, moralidade, dentre outros.

III. DO PEDIDO

Ante o exposto, pugna-se que seja reformado o edital, no sentido de dividir os itens em cotas específicas para ampla concorrência e cotas exclusivas para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, por ser medida que impõe e melhor atende aos princípios da legalidade, moralidade, dentre outros correlatos, sob pena de nulidade do certame, conforme toda a previsão legal expressa supramencionada, bem como as diversas decisões do TCU.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Goiânia, 09 de setembro de 2021.

IBEX
COMERCIAL DE
IAL DE
ALIMENT
OS LTDA:
29511026
000186

Assinado digitalmente por
IBEX COMERCIAL DE
ALIMENTOS LTDA:
29511026000186
DN: C=BR, O=ICP-Brasil,
S=DF, L=BRAS7LIA,
OU=Secretaria da Receita
Federal do Brasil - RFB,
OU=RFB e-CNPJ A1,
OU=14842663000168,
OU=vidaeconferencia,
CN=IBEX COMERCIAL DE
ALIMENTOS LTDA:
29511026000186
Razão: Eu sou o autor deste
documento
Localização: sua localização
de assinatura aqui
Data: 2021.09.09 17:25:
09:33VW
Foxit Reader Versão: 10.1.1

Aline Tavares do Vale Barbosa Rego
OAB-DF 63.118
Coordenadora de Licitações