



Parecer Jurídico nº 236/20212

Processo Licitatório nº 071/2021

Pregão Presencial nº 025/2021 – Sistema de Registro de Preços.

Objeto: Aquisição de material médico Hospitalar

Impugnante: C.A. Distribuidora de Produtos Hospitalares EIRELI-ME

I – RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº 025/2021 interposta pela empresa acima identificada recebida via e-mail dentro do prazo legal, portanto tempestiva

DOS ARGUMENTOS DA IMPUGNANTE

Intenta, a Impugnante, averbar o instrumento impugnatório ao Edital em apreço, requerendo, para tanto, em síntese, a retificação do edital, tendo em vista que, segundo alega, que os itens 1.3.2 e 1.3.3 fere princípios e fundamentos legais de licitações e da Lei nº 10.520, requerendo a retirada da reserva de cotas, o cancelamento/adiamento do procedimento licitatório para proceder a modificação do Edital.

É o que cabia relatar.

II - DA ANÁLISE JURÍDICA

Com base na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais de Contas pátrios, a impugnação deve ser rechaçada por sua total improcedência.

A verificação do cumprimento da condição prevista no artigo 49, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas, pode ser realizada com base em critérios discricionários estabelecidos pelo Município, sempre tendo em vista a análise dos custos e benefícios dos parâmetros a serem empregados.

Inicialmente, cumpre explicitar os precisos termos do artigo 49 da Lei Complementar nº 123/2006, em conformidade com a redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014:

Artigo 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

Prefeitura Municipal de Ribas do Rio Pardo

Rua Conceição do Rio Pardo, 1725 – Centro – Ribas do Rio Pardo/MS

CEP: 79180-000

Tel.: (67) 3238-1175

www.ribasdoriopardo.ms.gov.br

cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento de ferenciado 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 n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do artigo 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 artigo 48.

Com o escopo de minimizar riscos de falhas na pesquisa de mercado, recomenda-se que inicialmente seja efetuada uma busca nos dados internos do próprio Município, com ênfase ao registro cadastral e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou para objetos semelhantes.

Ademais, deve o ente complementar a investigação, buscando informações atualizadas, podendo utilizar, *exempli gratia*, informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, assim como questionamentos a alguma microempresa ou empresas de pequeno porte local ou regional se existem outras potenciais participantes da licitação. Entretanto, custos e benefícios das medidas a serem adotadas na referida pesquisa devem ser sopesados, de modo a evitar danos ao Erário. Se porventura o ente não lograr êxito na perquirição de três fornecedores na localidade e optar pela confirmação de que não há fornecedores aptos a nível regional, a investigação deve ser ainda mais profunda, inclusive por meio da análise de documentos de outros entes a que tenha acesso.

Comprovou-se, no entanto, que existem, pelo menos 05 (cinco) empresas que participaram de procedimentos licitatórios no Município com o perfil para a diferenciação e o estabelecimento de reserva de cotas.

Uma interpretação literal da Lei n.º 123/2006, faz crer que não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3 (três) empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, mas simplesmente que existam os três fornecedores competitivos enquadrados nas exigências legais.

Uma interpretação gramático-literal do artigo 48, § 3º, evidencia que o uso da conjunção “ou” estabelece que o ente poderá estabelecer, alternativamente, a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente.

Desta forma, os requisitos “local” e “regional” não são cumulativos, sendo de discricionariedade do gestor optar pelo modo que melhor atender ao interesse público, assim como aos princípios reitores da Administração Pública.

Por óbvio que a escolha da opção “regional” necessariamente abarca os fornecedores locais. Caso opte por conceder o benefício unicamente a microempresas e



Prefeitura Municipal de Ribas do Rio Pardo

Rua Conceição do Rio Pardo, 1725 – Centro – Ribas do Rio Pardo/MS

CEP: 79180-000

Tel.: (67) 3238-1175

www.ribasdoriopardo.ms.gov.br

empresas de pequeno porte sediadas “localmente”, ao contrário, excluem-se aquelas “regionais” e não “locais”.

Entretanto, apõe-se a ressalva de que somente poderá a Administração Municipal restringir a prioridade de contratação a empresas locais quando comprovada a existência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte competitivas naquele mesmo âmbito.

É certo que, enquanto entende-se “local” os limites geográficos do Município, definidos de modo oficial, o termo “regional” é de conceituação menos rígida.

A Administração Municipal, neste sentido, poderá estabelecer discricionariamente um critério de “região”, desde que o mesmo seja prévio, impessoal, objetivo e uniformemente aplicado aos certames licitatórios daquele ente, restando vedada a modificação injustificada dos parâmetros empregados.

Sendo a conceituação do critério “regional” menos rígida, adota-se como regional a região compreendida nos municípios vizinhos como Campo Grande, por se tratar de um maior centro comercial e possuir uma distância de 100 quilômetros do Município.

A justificativa para aplicação de margem de preferência deve ter por parâmetro a busca de ao menos um dos objetivos dispostos no caput do artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Consigne-se, entretanto, a existência de relevante doutrina em sentido oposto, como as lições de Marçal Justen Filho¹:

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 diferenciadas quando “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”.

A redação legal certamente produzirá sérios problemas, eis que não se faz alusão à efetiva participação de um número mínimo de licitantes. O que se estabelece é a existência de pelo menos três empresas em condições de competir.

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 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.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*. Ed. São Paulo: Dialética, 2007.

Com o devido respeito, entendemos que exigir a efetiva participação de três licitantes extrapola os comandos da lei *sub examine*.

Caso houvesse efetivamente a necessidade de comparecimento de três licitantes, aumentar-se-ia demasiadamente a burocracia estatal, pois nova licitação teria de ser realizada, reabrindo-se os prazos previstos na lei, com consideráveis prejuízos econômicos e temporais, em contraponto a princípios relevantes, dentre os quais a economicidade e a eficiência.

Há que se atentar, contudo, à necessidade de preservação ao princípio da publicidade, pois eventual baixo número de concorrentes não pode ocorrer por falhas da Administração na divulgação do certame, a qual deve almejar sempre a mais ampla concorrência possível.

(c) qual interpretação deve ser conferida ao termo “justificadamente”, presente no § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006:

Consoante o artigo 48, § 3º, do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123/2006, redação dada pela Lei Complementar n.º 147/2014:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no artigo 47 esta Lei Complementar, a administração pública: (...) § 3º - Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas, empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Ademais, a margem de preferência somente poderá ser aplicada quando as seguintes condições forem cumulativamente preenchidas:

(i) o benefício esteja expressamente previsto no ato convocatório, caso em que a Administração será obrigada a contratar a microempresa ou empresa de pequeno porte local ou regional que oferecer o melhor preço, se dentro da margem de preferência e se o valor ofertado espelhar a realidade do mercado;

(ii) a microempresa ou empresa de pequeno porte tenha efetivamente participado do certame e oferte durante o procedimento licitatório preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência;

(iii) trate-se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado); e

(iv) o preço enquadrado dentro da margem de preferência seja compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte.

Sendo assim, entendemos que o edital se encontra com a conformidade da Lei e das interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

III - PARECER



Prefeitura Municipal de Ribas do Rio Pardo

Rua Conceição do Rio Pardo, 1725 – Centro – Ribas do Rio Pardo/MS

CEP: 79180-000

Tel.: (67) 3238-1175

www.ribasdoriopardo.ms.gov.br



Em face do exposto, esta Procuradoria Jurídica opina pela improcedência da impugnação subscrita interposta por C.A. Distribuidora de Produtos Hospitalares EIRELI-ME, opinando pela manutenção dos itens impugnados do Edital.

É o parecer.

Ribas o Rio Pardo, 02 de julho de 2021.

Antonio Alves Bertulucci

Procurador Adjunto – Port. n° 127/2021

OAB/MS n° 5.670