

Ao Pregoeiro municipal responsável pelo edital de Pregão Presencial nº 027/2017 - PMA

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 027/2017 - PMA

COMERCIAL ONIX LTDA – EPP, inscrita no CNPJ sob o nº 17.659.287/0001-69, com endereço na Rua João Bettega, nº 2052 – CJ 17, Curitiba, Paraná, e-mail: comercialonix2013@gmail.com, Telefone: (41) 3328-0139, neste ato representado por seu representante legal, Sr. JEAN RICARDO DE LARA, brasileiro, portador da Cédula de identidade RG nº 9.248.247-2 SSP/PR, inscrito no CPF/MF sob o nº 066.587.069-80, vem, respeitosamente, diante de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Carta Magna, e artigo 41, § 1º, da Lei Nº 8666/93, apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL em epígrafe, a partir das razões de fato e de direito a seguir expostas:

1. DA TEMPESTIVIDADE

De início, aponta-se que a presente impugnação é tempestiva. Isso porque a licitação está designada para o dia 21.03.2017 e a disposição contida na cláusula 2.3, do edital, estatui que o prazo para sua impugnação é de até 2 dias úteis antes do recebimento das propostas.

“2.3. Decairá do direito de impugnar os termos deste Edital, por falhas ou irregularidades, o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder à data de realização da sessão pública do Pregão, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.” (Grifos nossos)

Assim, o presente pedido, protocolizado em data anterior ao prazo fatal, é tempestivo.

2. BREVE HISTÓRICO.

Cuida-se de impugnação à cláusula 3.1.3 contida no Edital de Pregão Presencial nº 027/2017, do Município de Araruna / PR, que visa à contratação de empresa especializada para REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES, TINTAS E MATERIAIS ELÉTRICOS DIVERSOS PARA ATENDER A DEMANDA DE TODAS AS SECRETARIAS DE DEPARTAMENTOS DESTA PREFEITURA MUNICIPAL, INCLUINDO MANUTENÇÃO DA REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA.

Em referido edital, há disposição que veda a participação de MEs e EPPs que possuam sedes distantes da Municipalidade.

Em evidente distorção dos princípios basilares que regem o modelo pátrio de contratação pública, referida disposição se apresenta eivada de vício, eis que dotada de incontestável inconstitucionalidade, razão pela qual se ingressa com a presente Impugnação.

Reitera-se, desde já, que a ausência de retirada da cláusula ora impugnada importará na adoção de medidas judiciais cabíveis pelo impugnante para a defesa de seus direitos e representação perante o Tribunal de Contas do Estado, além de encaminhamento, para apuração de responsabilidades, ao Ministério Público.

3. DA ILEGALIDADE DE CLÁUSULA EDITALÍCIA DE RESTRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 170, que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país, conforme preconiza seu inciso IX.

O artigo 179, da Carta Magna, institui que os entes federativos dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Para atendimento de tais previsões constitucionais, nasceu, dentre outras, a Lei Complementar n. 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, disciplinando, dentre outros aspectos, a participação destas entidades nas licitações públicas.

Trata-se de novo paradigma, no qual se abandona o melhor preço e se busca contratações indutoras de transformações no mercado, com o fomento às pequenas empresas.

Nesta esteira, o artigo 48, da LC 123/06 preceitua que:

“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);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

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)

(...)

§ 3º. Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.”.

Neste ponto, cumpre esclarecer que, conforme interpretação sistemática do artigo 48, da LC 123/06, os dispositivos em apreço se destinam ao tratamento favorecido a MEs e EPPs, independentemente de sua sede, uma vez que o seu § 3º prevê a prioridade de contratação daquelas sediadas no local ou região até o limite de 10% do melhor preço válido.

Exemplificando: numa licitação com reserva de cota de 25% para contratação exclusiva de MEs e EPPs – desde que seja previsto no edital a prioridade de contratação de pequenas empresas sediadas no local ou região – caso uma empresa não sediada local ou regionalmente tenha apresentado o melhor valor, e outra sediada na região tenha cotado preço dentro do limite de 10% sobre o melhor preço, esta última terá o direito de ter para si adjudicada essa cota, mesmo com preço superior.¹

¹Exemplo contido na apostila do Seminário Nacional “O que muda nas licitações e contratos com o Novo Regime das Microempresas”, realizado pela Zênite, em Brasília/DF, nos dias 27 e 28 de abril de 2015, pág. 41.

Ou seja: as MEs e EPPs locais ou regionais podem ter, desde que previsto em edital, prioridade de contratação, mas jamais exclusividade de participação em licitação!

Note-se que o próprio Decreto Federal n. 8538/15, que regulamenta o tratamento favorecido e diferenciado no âmbito da administração pública federal – e, evidentemente, serve de parâmetro, quanto aos princípios, aos demais entes – dispõe a possibilidade – e não obrigatoriedade – de haver previsão de prioridade para contratação de pequenas empresas sediadas local ou regionalmente em desfavor de outras Mes e EPPs, senão vejamos:

“Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

(...).

Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º:

(...).

II - poderá ser concedida, justificadamente, prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos:

(...).

e) nas licitações a que se refere o art. 8º, a prioridade será aplicada apenas na cota reservada para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte;

(...).” (grifos nossos).

Tem-se, assim, de modo claro que a regra geral é a licitação destinada às pequenas empresas independentemente de sua sede, sendo que há a possibilidade de se prever, em edital, a prioridade local, ou seja, o benefício aos pequenos empresários da localidade, que podem ofertar valor superior em até 10% do melhor preço para serem contratados.

Assim, tem-se como ilícita a disposição editalícia que impede a participação de microempresas ou empresas de pequeno porte que possuam sedes em outras regiões ou localidades, vez há, neste caso, que afronta a princípios nucleares da lei geral de licitações.

Ora, ainda que o Município possa legislar sobre o tema, os princípios da lei geral devem ser compulsoriamente observados, sob pena de inconstitucionalidade.

O Município, na legislação local que previr e regulamentar a concessão de "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" (art. 47 da LC 123/06), mediante os mecanismos previstos no art. 48 da LC 123/06, não pode limitar a participação na licitação apenas às MEs e EPPs do município ou região", afastando da disputa ME e EPP de outros municípios ou regiões, vez que isso comprometeria princípios basilares da lei geral de licitações, de observância compulsória por todos os entes federativos.

Assim, é vedado ao ente local inovar na legislação acerca do tema, restringindo princípios nucleares da lei geral de licitações, como a isonomia, ampla competitividade, vantajosidade, dentre outros.

Ora, a possibilidade de implantação de mecanismos voltados ao desenvolvimento regional não legitima ao Município, no exercício da sua competência legislativa regulamentar, criar nova modalidade de discriminação positiva às MEs e EPPs - em razão da sede ou domicílio - em desafio aos princípios da isonomia, da igualdade e da competitividade e com violação ao preceito expresso no art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93.

Disposições nesse sentido em legislações municipais são tidas como inconstitucionais e não produzem efeitos, podendo o prejudicado, se for o caso, buscar a tutela jurisdicional para o restabelecimento da legalidade.

E não poderia ser diferente. A mera interpretação lógico-sistemática do modelo legal de contratações públicas, vigente no país, empresta-nos, com bastante clareza, a certeza de que é evidente que o ente público não pode restringir, por meio de norma ou edital, a participação de MEs ou EPPs localizadas fora de suas fronteiras ou região, em seus procedimentos licitatórios.

Ora, a Lei Complementar 123/06 é apenas a extensão normativa do princípio constitucional que busca favorecer a sociedade de forma a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem e quaisquer outras formas de discriminação (arts. 3º e 5º, da CF).

Ademais, não há como se negar que a utilização de norma ou edital que restrinjam a participação, em licitações, de MPEs ou EPPs localizadas fora do território (local ou regional) da Administração Pública contratante, por si, estimula a criação de redutos de compras públicas e a concorrência desleal, gerando um protecionismo exacerbado – e até injusto – ao comércio varejista local em detrimento da busca de competitividade e vantajosidade que norteia princípios nucleares da lei geral de licitações em decorrência do bem comum.

Ensina o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello que há ofensa ao princípio da isonomia quando **“a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.”**²

Desse modo, a interpretação literal do dispositivo legal, distante dos princípios que amparam o procedimento de contratações públicas pátrio, soa precipitada e equivocada.

Em resposta a consulta, o **Tribunal de Contas da União** assentou que, nas licitações exclusivas para entidades de menor porte, não se deve restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no Estado onde estiver sediado o órgão licitador, verbis:

“CONSULTA. TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, NOS TERMOS DO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E DO ART. 6º DO DECRETO Nº 6.204/2007. CONHECIMENTO. RESPOSTA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro

²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O conteúdo jurídico do princípio da isonomia. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros.

de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante.

2. As licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

3. O órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços pode autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas as realizadas pelos patrocinadores da ata e pelos aderentes (caronas), o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação.”³ (grifos nossos).

Em seus apontamentos, em referido acórdão, o rel. Min. Andre Luis de Carvalho ponderou que:

“nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante.” (grifos nossos).

Além disso, como bem apontou a Assessoria Jurídica da Presidência, na oportunidade, **“isso violaria o princípio da economicidade. A razão é que tal solução levaria o órgão a não alcançar a proposta mais vantajosa para a administração.”**

O Tribunal Pleno do TCE-SP, em Sessão de 12/09/2012, decidiu pela ilegalidade de cláusula editalícia que restringia a participação de MPEs localizadas fora da região delimitada pelo órgão municipal licitante. Processo nº TC 000877/989/12-9.

Nesta direção, o entendimento do professor Marçal Justen Filho sobre o tema:

“Não será válido aos Municípios e aos Estados adotarem de modo genérico a restrição da participação de sujeitos estabelecidos fora de seu território. Ou seja, admite-se a mitigação do tratamento não discriminatório entre brasileiros, tomando-se em vista a situação de penúria e pobreza em determinadas regiões. Daí não se segue a

³TCU, Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, TC-017.752/2011-6, rel. Min. André Luís de Carvalho.

validade de restrições absolutas, generalizadoras e incondicionadas, visando a beneficiar apenas a empresas locais. Essa solução será inconstitucional".⁴ (grifos nossos).

Desse modo, o impedimento de participação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames licitatórios constitui restrição ilegal à livre concorrência, em ofensa ao artigo 170, IV, da Constituição Federal, e ao artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei Federal 8666/93, caracterizando ilegalidade que deve ser revista administrativamente, sob pena de buscar a tutela de direitos pela via jurisdicional.

4. DO REQUERIMENTO FINAL

Destarte, diante de todo o exposto, requer-se:


a) que a presente IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO DE PREGÃO PRESENCIAL nº 027/2017 seja recebido em todos os seus termos e com os documentos que o acompanham e, ao final, seja, antes da data da sessão pública de licitação, PROVIDA para o fim de se afastar a exigência ilegal e inconstitucional contida em sua cláusula nº 3.1.3, no que concerne à vedação de participação de microempresas e empresas de pequeno porte com sedes estranhas à localidade ou região de Araruna/PR.

b) Não sendo este o entendimento da Administração, requer-se, desde já, o fornecimento de cópia integral do presente processo licitatório a fim de que se possibilite a busca da tutela dos direitos do impugnante perante o Poder Judiciário, além de encaminhamento de documentação para apuração de responsabilidades ao Ministério Público e oferta de representação junto ao Tribunal de Contas do Estado.

Nestes Termos,

Pede Deferimento.

Curitiba, 15 de março de 2017


COMERCIAL ONIX LTDA – EPP
JEAN RICARDO DE LARA

⁴JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 2009, p. 86.