PREFEITURA MUNICIPAL DE CORREIA PINTO
Estado de Santa Catarina
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Rua Duque de Caxias, 1569, Centro, Correia Pinto/SC - CEP 88535-000
Fone: (49) 3243-1150 – correio eletrônico: progem@correiapinto.sc.gov.br

Parecer 332 /2018/PROGEM

Correia Pinto, SC, 03 de Outubro de 2018.

Ao Senhor
Mauricio Rodrigues Gogacz
MD. Diretor de Licitações e Contratos

Assunto: **Parecer sobre Impugnação do Edital de nº 11/2018 FHMCP — Pregão Presencial pela Empresa MF DE ALMEIDA & CIA. LTDA. EPP, para Registro de Preços para Futura e Eventual Aquisição de Camas Hospitalares e Poltronas para Uso da Fundação Hospitalar do Município de Correia Pinto.**

EMENTA: ***PROCESSO LICITATÓRIO. EDITAL. IMPUGNAÇÃO. EXIGÊNCIAS. CLÁUSULA EDITALÍCIA. DIRECIONAMENTO PARA ME e EPP. EXCLIUSIVIDADE.***

Em data de 09 de Outubro de 2018, às 09:00hs, será procedido o processo licitatório, na modalidade Pregão Presencial Menor Preço por Item, afim de que sejam aberto envelopes contendo documentação e propostas de empresas interessadas em ofertar serviços para futura e eventual aquisição de camas hospitalares e poltronas para uso da Fundação Hospitalar do Município de Correia Pinto.

Seguindo este compasso, foi editado o edital convocatório e devidamente publicado no Diário Oficial Municipal, dando conta dos diversos requisitos aos interessados em dela adquirirem e, consequentemente, virem a participar.

Conforme determina o Edital Convocatório, as empresas interessadas em participar do referido certame, retiraram os seus editais, aguardando-se a data determinada, para o recebimento dos envelopes correspondentes às habilitações e propostas.

Contudo, a empresa MF DE ALMEIDA & CIA. LTDA. EPP, inconformada com o edital convocatório, entendendo que tal peça, na forma como foi elaborada, apresenta ilegalidades, não podendo, por conseguinte, ser mantida, apresentou o seu inconformismo via a presente impugnação, requerendo, em breve síntese, o direcionamento para ME e EPP com exclusividade.

Assim, passemos a expor o nosso entendimento:

PARECER :

Conforme visto acima, foi aberto processo licitatório visando a aquisição de de camas hospitalares e poltronas para uso da Fundação Hospitalar do Município de Correia Pinto, o qual terá seu pregão na data de 09 de Outubro de 2018, às 09:00hs junto à Prefeitura Municipal de Correia Pinto, tudo conforme é descrito no edital convocatório, agora sob análise.

O inconformismo da empresa Impugnante MF DE ALMEIDA & CIA. LTDA. EPP, se dá pelo fato de não ter sido incluído cláusula de exclusividade para a participação de Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, haja visto o valor dos bens a serem adquiridos, abaixo de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), o que, sob os fundamentos do artigo 48, I, da Lei Complementar nº 123/2006, direciona licitações nestes parâmetros à tais empresas de forma exclusiva. Vejamos:

> ***" Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:***
>
> ***I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);"***

De fato, a insurgência é pertinente.

Adotada a premissa de que cabe à Administração decidir, em cada caso, se a licitação será, ou não, exclusivamente reservada à participação daquelas empresas(ME e EPP), segue-se a consequência de que tal opção há de ancorar-se em fundadas razões, ou seja, deverá a Administração explicitar os respectivos motivos determinantes, se entender de afastar a exclusividade.

É que, sendo o tratamento diferenciado, como é, resultante de expressa política pública constitucional (CR/88, art. 170, IX), deve a Administração esclarecer os motivos pelos quais decidiu que determinada licitação, como exemplo, cujo objeto se contenha no limite legal fixado (R$ 80.000,00), não será exclusiva para pequenas e microempresas.

A regra, como vemos, é a exclusividade, quando se cuidar de licitação de valor estimado em até R$ 80.000,00 - assim se interpreta o "dever" posto no decreto -, mas há exceções, desde que fundadas em motivos relevantes, que cumpre à Administração evidenciar em cada caso.

Pondere-se que a licitação tem como princípio assegurar a igualdade de condições a todos os que desejarem contratar com a Administração Pública, consoante preceitua o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Portanto, o tratamento diferenciado, deferido a uma determinada categoria de empresas em matéria licitatória, somente terá respaldo constitucional se tal medida se harmonizar com outro valor também tutelado pela Constituição.

Como sabido, a LC 147/2014 alterou o conteúdo normativo consignado no inciso I do art. 48 da LC 123/2006 tornando obrigatória a contratação exclusiva de ME e EPPs quando o valor do item licitado for igual ou abaixo de R$ 80.000,00.

Na redação anterior do dispositivo citado esse procedimento era facultativo e não se vinculava a itens de contratação. Nesse contexto, observa-se que o valor de até R$ 80.000,00 deve ser aferido por itens ou por lote da licitação e não pelo total do certame.

Corroborando com essa interpretação ao inciso I do art. 48 da LC 123/2006, cita-se a seguinte manifestação da Advocacia Geral da União :

> ***AGU5 : ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 47/ 2014 "EM LICITAÇÃO DIVIDIDA EM ITENS OU LOTES/GRUPOS, DEVERÁ SER ADOTADA A PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE OU SOCIEDADE COOPERATIVA (ART. 34 DA LEI Nº 11.488, DE 2007) 5 Disponível EM RELAÇÃO AOS ITENS OU LOTES/GRUPOS CUJO VALOR SEJA IGUAL OU INFERIOR A R$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS), DESDE QUE NÃO HAJA A SUBSUNÇÃO A QUAISQUER DAS SITUAÇÕES PREVISTAS PELO ART. 9º DO DECRETO Nº 6.204, DE 2007."***

Nesse mesmo sentido, cita-se novamente a "Cartilha do Comprador - 2014" confeccionada pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE):

> ***"Para fazer as compras de 80 mil, identifique os lotes de produtos ou serviços a serem adquiridos. Verifique se a compra de bens e serviços comuns no ano não gerarão fracionamento de despesas. Evite fracionamento dando preferencia para pregão e considere itens de uma família de despesa, com seu elemento e subelemento de despesa. (Atenção aqui para não comprar lápis como um item e caneta como outro, pois isso poderá ser entendido como fracionamento). Elabore um edital de licitação no qual esteja descrito que e de participação exclusiva para MPE conforme a legislação local e cite todos os referenciais jurídicos em todos os instrumentos convocatórios. (orientação válida para todos os benefícios exclusivos para MPE).***

Assim, nas licitações processadas por itens ou lotes, a Administração Pública está obrigada a reservar à participação exclusiva de ME e EPPs, para aqueles itens ou lotes cujo valor seja igual ou inferior a R$ 80.000,00, mesmo que o somatório do valor de todos os itens ou lotes extrapole esse valor.

Essa obrigação somente poderá ser afastada se comprovada a ocorrência de alguma das situações elencadas nos incisos do art. 49 da LC 123/2006.

Nesse contexto, observa-se que essa licitação exclusiva para MPE não deve se restringir apenas às pequenas empresas sediadas no município ou na região eleita pela Administração licitante, tendo em vista que o comando inserto no inciso I do art. 48 da LC 6 Idem, pag. 46. 11 123/2006 é amplo e deve ser aplicado indistintamente a todas as empresas enquadradas como MPE, independentemente da sua localização geográfica.

Assim, a comprovação prévia da existência de no mínimo 3 fornecedores competitivos enquadrados como MPE, sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório da licitação (inciso II do art. 49 da LC 123/2006), é condição *sine qua non* para o deferimento dos benefícios previstos nos arts. 47 e 48 da Lei. Satisfeita essa condição inicial, da licitação exclusiva poderão participar quaisquer empresas enquadradas como MPE, da região ou não, excluindo-se, portanto, as demais empresas em geral.

Nessa linha de entendimento cita-se a seguinte jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins:

> ***RESOLUÇÃO TCE/TO Nº 181/2015 – Pleno (...) 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 inexista 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, consequentemente, 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.*** (grifou-se)

Dessa forma, conclui-se que a participação em licitações exclusivas para MPE, prevista no inciso I do art. 48 da LC 123/2006, é facultada a todas as empresas enquadradas como MPE, independentemente de pertencerem ou não à "região" estatuída na legislação do órgão/entidade promotor da licitação ou no respectivo edital do certame.

O cuidado, como vimos acima, em licitações exclusivas como a que se apresenta neste momento, é que haja, pelo menos, 3 participantes enquadrados na condição de microempresas, sob pena, de não se observando tal regramento, ser aberto o processo a participação de toda e qualquer empresa que produza ou comercialize o produto licitado.

Vale salientar, que a aceitação ou não do parecer jurídico ora apresentado à administração, é faculdade dela própria, sendo de seu exclusivo critério a avaliação da insurgência apresentada e seu deferimento.

Por derradeiro, cumpre salientar que o presente parecer tomou por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo licitatório em epígrafe. Destarte, à luz do artigo 9º, inciso II da Lei Complementar nº 111/2012 de 20 de dezembro de 2012 incumbe, a este órgão de assessoria jurídica, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

Neste sentido, esta Procuradoria se manifesta pelo **CONHECIMENTO** da Impugnação apresentada, posto que tempestiva, dando-lhe **PROVIMENTO**, afim de que seja retificado o edital convocatório 11/2018, no item impugnado, acrescentado a previsão legal constante do artigo 48, I, da Lei Complementar nº 123/2006, com as alterações previstas na LC 147/2014, possibilitando, assim, a participação exclusiva de ME e EPPs ante ao valor licitado.

Outrossim, em decorrência de tal retificação, **SEJA SUSPENSO** o pregão marcado para às 09:00hs do dia 09 de Outubro de 2018, devendo, para tanto, serem informados, na forma mais célere e eficaz, todos os concorrentes já cadastrados à participar do certame em questão, de nova data de abertura dos trabalhos.

Sendo retificado o item licitatório, a Comissão de Licitação nomeada deverá observar a quantidade mínima de três participantes na condição de ME e EPP, conforme previsto na norma legal. Não ocorrendo, seja aberto a possibilidade de participação para qualquer empresa interessada.

Este é o nosso Parecer,
S.M.J.

KÁREM ROSA DOS PASSOS
Procuradora Geral do Município
OAB/SC 26.224

JULIO CESAR PEREIRA FURTADO
Assessor Jurídico - OAB/SC 4.893

Cumpra-se de acordo com parecer da PROGEM.
Celso Rogério Alves Ribeiro
Prefeito
08.10.18