

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 074/2017

Processo Administrativo Nº 090/2017

OBJETO: *O objeto da presente licitação é a contratação de empresa especializada na prestação de serviço de assessoria em medicina do trabalho.*

PORTO SEGURO - BIOQUALYNET SAUDE OCUPACIONAL E SEGURANCA DO TRABALHO LTDA, sociedade empresária, com sede na Avenida Cleveland, 415 – São Paulo – SP, inscrita no CNPJ/MF sob nº 00.568.696/0001-57, ora Impugnante, vem respeitosamente à vossa presença, com fundamento na lei nº 8.666/93, apresentar a presente

IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

pelos motivos fáticos e jurídicos expostos a seguir, esperando o seu completo acolhimento.

I – Objeto da Impugnação

Inicialmente, cumpre salientar que a licitação visa, por meio de processo público que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, selecionar a proposta mais vantajosa à Administração.

Esta pode ser considerada a síntese da finalidade da licitação, produto da interpretação combinada do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal Brasileira com o art. 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/93, cujos respectivos teores a Impugnante ora transcreve:

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.

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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

Assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes e selecionar a proposta mais vantajosa à Administração, são ações que a um só tempo satisfazem tanto o interesse dos licitantes quanto o interesse público, consistente na capacidade de contratar e empregar bem o dinheiro público.

Feitas essas considerações iniciais, cumpre à Impugnante esclarecer porque se opõe a parte do edital, ora impugnado.

Conforme restará demonstrado a seguir, esta municipalidade instaurou processo licitatório para a contratação de empresa, no ramo de saúde ocupacional.

O item 4 prevê a obrigatoriedade de que as empresas participantes do certame sejam Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte.

3 . DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAR

3.1 A presente licitação é destinada, EXCLUSIVAMENTE, à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 48, I, da Lei Complementar nº 123/2006 e Decreto nº 8.538/2015, bem como de sociedades cooperativas, nos termos do artigo 34, da Lei nº 11.488/2007.

Conquanto a Lei Complementar nº 123/2006 preveja tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, ela prescreve condições específicas para que possa ser realizado um procedimento licitatório exclusivamente dirigido a essas entidades empresariais.

Ainda que se entenda da possibilidade da manutenção do certame nos moldes estabelecidos, faz-se mister destacar que os certames com exclusividades para tais empresas devem cumprir requisitos obrigatórios.

Ao dispor acerca do tratamento diferenciado e simplificado, bem como da possibilidade de instauração de um procedimento licitatório visando seleção exclusiva de microempresas ou empresas de pequeno porte, a Lei Complementar nº 123/2006 dispõe, nos termos dos seus arts. 47 e 48, que:

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 7 de agosto de 2014.)

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); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014)

Entretanto, a mesma Lei Complementar n.º 123/2006 prevê a inaplicabilidade do tratamento privilegiado, nos termos do seu art. 49, a saber:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

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 cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado 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.

Logo, o que se percebe é que muito embora exista a outorga legal da possibilidade de exclusividade para empresas de pequeno porte e microempresas para fins licitatórios, tal possibilidade precisa obrigatoriamente atender requisitos legais, ou seja, é limitada, pois precisa atender diversos pontos colocados em lei.

Logo, a possibilidade de licitação exclusiva às empresas de pequeno porte e microempresas está subordinada ao cumprimento de requisitos indispensáveis, tais como:

(i) **A existência de, no mínimo, 3 (três) licitantes capazes de cumprir todos os requisitos de habilitação previstos no edital;**

(ii) **Demonstração de que o tratamento diferenciado e simplificado seja vantajoso para a administração pública ou não represente prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.**

Pela simples publicação do Edital não pode a Administração Pública assegurar que o número mínimo e qualificado de licitantes se apresentará, tampouco há meios de certeza quanto à vantajosidade ou ausência de prejuízo antes de receber as propostas e avaliar seus conteúdos.

A avaliação da Administração Pública, acerca da presença dos requisitos supramencionados, ocorrerá, na prática, quando os licitantes interessados se apresentarem no certame. Só nessa oportunidade, portanto, será possível constatar a satisfação das exigências legais justificadoras do excepcional tratamento privilegiado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, sendo que anteriormente a tal etapa, impossível saber se de fato todos os requisitos são ou foram atendidos.

Não pode, portanto, essa municipalidade restringir a participação de outras empresas no certame, sem antes, no entanto comprovar que a contratação em tais moldes se configura como a de maior eficácia financeira para a administração pública.

Desse modo, para que o certame se torne produtivo e útil, e assim afinado com os princípios da economicidade e eficiência, parece razoável que o Edital admita a possibilidade de microempresas e empresas de pequeno porte participarem com exclusividade da fase decisiva do certame, desde que atendidas as exigências legais, **mas sem excluir a possibilidade de participação de outras empresas com configurações societárias diferentes** (como é o caso da impugnante, que é uma sociedade empresária limitada).

Com essa dinâmica, atendidas as exigências da Lei Complementar n.º 123/2006, o certame se desenvolverá e avançará apenas com as microempresas e empresas de pequeno porte habilitadas. Se, por outro lado, as exigências não foram satisfeitas a ponto de justificar esse tratamento distintivo e privilegiado, as demais licitantes de configurações societárias diferentes (como é o caso da IMPUGNANTE) passarão a participar, competitivamente, do certame.

À vista do exposto, a fim de possibilitar a participação de maior número de empresas possível e garantir a competitividade e legalidade do certame, faz-se necessária a **exclusão da exigência em relação à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte**, cabendo à Administração alterar o Edital para prever que o tratamento diferenciado e excepcional que assegura exclusividade ocorrerá só e desde que haja o cumprimento de **todos** os requisitos do art. 49 da Lei Complementar n.º 123/2006.

Caso tais requisitos não sejam atendidos, estaremos diante de uma gritante afronta ao princípio da isonomia, que acarreta de sobremaneira em prejuízos à Administração Pública.

O Texto Constitucional, em seu art. 37, inciso XXI, determina que:

“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 exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Esta disposição é repetida no art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.663/93:

“É vedado aos agentes públicos 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 objeto do contrato”, ressalvadas exceções (§§ 5º a 12 do artigo e art. 3º da Lei n. 8.248/91, que dizem respeito a produtos manufaturados, serviços e informática)”

Trata-se, se não atendidos os pressupostos legais, estaremos diante de cláusula restritiva, a qual em diversas oportunidades o Tribunal de Contas da União já se manifestou contrariamente a tal pretensão de alguns órgãos da Administração Pública:

Fornecimento de vale-refeição: a exigência de comprovação de rede credenciada próxima ao ente público demandante deve ser feita somente no momento da contratação

(...)

Nesse sentido, concluiu o relator tratar-se, efetivamente, de cláusula restritiva e que potencialmente afastaria diversos

interessados na prestação dos serviços, em confronto com o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu fixar prazo ao SESC/SP para anular a aludida exigência editalícia, sem prejuízo de determinar à entidade que, nas próximas contratações de serviço de fornecimento de vales-refeição para suas unidades, faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada próxima às unidades do SESC/SP apenas na fase de contratação, com fixação de prazo para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais localizados nas imediações das unidades a serem atendidas. Acórdão n.º 2581/2010-Plenário, TC-016.159/2010-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 29.09.2010.

Nesta mesma linha:

- Assunto: LICITAÇÕES. DOU de 07.05.2010, S. 1, p. 121. Ementa: determinação à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do MTE para que **se abstenha de estabelecer exigências desnecessárias ou excessivas, tal como a exigência de capacidade técnica do licitante para a execução de parcelas de serviços que não tenha maior relevância e valor significativo**, nos termos do art. 30, §§ 1º e 2º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, **limitando-se, nos editais de suas licitações, à previsão de exigências de capacidade técnica aos requisitos mínimos necessários à garantia da execução do contrato e à segurança da obra ou serviço** (item 1.5.9, TC-017.039/2009-4, Acórdão nº 1.786/2010-2ª Câmara).

Seguindo os ensinamentos de Marçal Justen Filho, em seu comentário ao art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações:

"O dispositivo não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjugadamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, XXI, da Constituição da República (...)"

Nesse sentido lapidares os ensinamentos do mestre Celso Antônio Bandeira De Mello:

Portanto, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegitimidade porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (in Licitação, ed. RT, 1980, ps. 46).

Assim, conforme já foi esmiuçado anteriormente, caso os pressupostos legais não sejam atendidos, a restrição para a participação de Microempresas e Empresas de pequeno porte se mostram como gritante afronta ao princípio da isonomia.

II – DO PEDIDO

Diante todo o exposto, requer seja:

- (a) Atribuído efeito suspensivo a presente impugnação até a sua apreciação, a fim de que seja evitada a execução de atos que possam vir a ser declarados nulos;
- (b) Suprimido item 3. no que tange à obrigatoriedade de que as licitantes sejam empresas de pequeno porte ou microempresas;
- (c) Na hipótese de deferimento do pedido formulado no item b acima, requer a Impugnante seja republicado o Edital nos termos do artigo 21, § 4º da Lei nº 8.666/93.

00.568.696/0001-57

Nestes termos
Pede deferimento.

São Paulo, 02 de abril de 2018

PORTO SEGURO – BIOQUALYNET SAÚDE
OCUPACIONAL E SEGURANÇA DO TRABALHO
LTDA.

Alameda Cleveland n.º 415
Campos Elíseos – CEP 01218-000
SÃO PAULO - SP

PORTO SEGURO - BIOQUALYNET SAUDE OCUPACIONAL E SEGURANCA DO TRABALHO

LTDA

Representante Legal

NEIDE OLIVEIRA SOUZA
PROCURADORA
RG: 28.543.390-8
CPF: 205.408.568-51

Eduardo Fraguas Brito
Procurador
R.G. nº 5.448.298-7 SSP/SP
C.P.F. nº 861.353.508-97