



**VIEIRA & COSER** ADVOGADOS ASSOCIADOS

AV. PORTO ALEGRE - D, 427, SALA 708 CENTRO - CHAPECÓ-SC – CEP 89802-130 | (49) 99921.9490 | 99912.0394

**ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE MARIANA PIMENTEL/RS**

**Pregão Eletrônico nº 057/2020**

**Edital de Licitação nº 089/2020**

**PROSAUDE DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS EIRELI**, pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade empresária limitada, com sede na Rua Uruguai nº 1538-E, no Bairro Maria Goretti, nesta cidade de Chapecó, Estado de Santa Catarina, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 85.247.385/0001-49, neste ato representada por seu **CHRISTIANO ALTAIR MATTANA GIORDANI**, brasileiro, empresário, solteiro, portador da Cédula de Identidade RG nº 3.927.811 - SSP/SC e inscrito no CPF/MF sob o nº 076.332.029-39, natural de Chapecó - SC, por intermédio do seu advogado, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** pelos motivos que passa a expor:

### **1. DO CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE**

Preliminarmente, este Impugnante apresenta seu apreço e estima pelos membros da comissão organizadora do processo licitatório e demais órgãos desse Município.

Esta via se apresenta como meio hábil à impugnação de cláusulas do instrumento convocatório, manifestando a discordância do Impugnante quanto aos seus termos, tendo sempre por objetivo preservar o interesse público que guia o procedimento.



Apresenta, assim, sua impugnação, com fulcro no item 8 do Instrumento Convocatório, requerendo seu recebimento diante da tempestividade e da adequação do meio utilizado.

## 2. DAS DISPOSIÇÕES EDITALÍCIAS IMPUGNADAS

A motivação para a presente impugnação se dirige à previsão de participação exclusiva das beneficiárias da Lei Complementar 123/2006, que são as microempresas, as empresas de pequeno porte, o microempreendedor individual, as cooperativas que se enquadrem na receita de ME ou EPP, conforme o disposto no art. 34, da Lei nº 11.488/2007, e, ainda, agricultor rural pessoa física ou agricultor familiar conceituado na Lei nº 11.326/2006 Micro e Pequenas Empresas e Empresa de Pequeno Porte, constante do Edital.

## 3. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

### A) Do Comprometimento do Interesse Público e da Competitividade – art. 49, II e III, da LC nº. 123/2006

A matéria aqui discutida está disposta em dispositivos específicos da Lei Complementar n. 123/2006, com redação alterada pela Lei Complementar 147/2014.

O art. 47 da LC 123/2006 estabelece como finalidade do tratamento diferenciado dados às ME/EPP's 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.

Para atingir essa finalidade, o art. 48 diz que a Administração Pública “*deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)*”.

Parece ter sido essa a finalidade do Município.

Vê-se que o intuito da lei é de ampliar a participação dessas empresas nas licitações, **mas não elevar essa abstrata condição de hipossuficiência (no mercado) acima do interesse público primário.** Porém, parece ter sido essa a ocorrência no caso.

O art. 49 do referido Estatuto afasta a incidência do tratamento diferenciado nas seguintes hipóteses:





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; [...]**

Sobre essas duas hipóteses, o caso merece melhor análise.

**PRIMEIRO**, a fase preparatória da licitação deve envolver o planejamento. O art. 3º da Lei nº. 10.520/2004 regula a fase preparatória da modalidade Pregão , estabelecendo o seguinte:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

**I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame**, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

**II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;**

**III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo** e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

**IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.**





A imposição vem expressa no **Decreto nº 8.538/2015**, que **determina às entidades contratantes instituir ou adequar cadastro próprio para identificar ME's e EPP's sediadas regionalmente, bem como suas linhas de fornecimento (art. 2º, I).**

Imagina-se que no ramo de atividade da Impugnante poucas são as empresas que estão subordinadas ao regramento da Lei Complementar nº 123/2006 situadas local ou regionalmente. Indaga-se: O Município se precaveu de planejar o certame ao verificar em sua região a existência de potenciais licitantes que se qualifiquem como ME ou EPP?

A segurança jurídica, que decorre do princípio da legalidade deveria levar à Administração Pública a certificar-se da conveniência em realizar o certame optando pela referida diferenciação.

De modo mais claro, não se afigura eficiente ou juridicamente seguro à Administração somente cadastrar a inexistência de pelo menos três empresas que se qualifiquem como ME's ou EPP's no momento da realização do certame. Nesse sentido, é imprescindível que na fase preparatória já exista análise de mercado de modo a transmitir segurança jurídica à Administração Pública que ateste, indene de dúvidas, de que o procedimento licitatório ao menos terá possibilidade de contemplar a exigência da LC nº. 123/2006.

Caso se verifique a impossibilidade da adoção do tratamento diferenciado, é perfeitamente possível afastar a incidência da referida lei, mediante ato justificado da autoridade competente.

Tal medida se revela, ao nosso juízo, plausível e razoável à hipótese deste certame.

**SEGUNDO**, o inciso III do artigo citado complementa a questão, autorizando ao ente público realizar certame de ampla concorrência quando "*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*".

Ora, o direito à saúde é dos mais relevantes dispostos na Constituição Federal de 1988, diretamente relacionado ao direito à vida digna. Em casos envolvendo esse direito fundamental, a Administração Pública não deve descuidar do princípio da eficiência, pois o fornecimento do medicamento a tempo e modo pode salvar vida do utente.





Aliado ao princípio da razoabilidade, a eficiência orienta de forma oposta à opção desse Município pelo tratamento diferenciado. Conforme Marçal Justem Filho:

“Não se procederá à aplicação da licitação diferenciada quando for apta a gerar ampliação de custos, comprometendo desmedidamente o princípio da eficiência” (JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da lei complementar nº 123 Atinentes a Licitações Públicas. São Paulo: Dialética, 2007).

Ademais, a vantajosidade buscada no Pregão restará deveras comprometida diante da restrita presença de MEs e EPPs nesse segmento do mercado, o que reduz a oferta e aumenta o preço, contrariando o próprio critério de julgamento do processo licitatório.

Aplicável no caso, portanto, o princípio da Economicidade insculpido em nossa Carta Magna e baliza obrigatória a ser observada pelo poder público.

Assim, seja pelo prestígio ao princípio da eficiência, seja pela observância da proposta mais vantajosa e que levará à implementação do princípio da economicidade, deve ser afastada a incidência da Lei Complementar nº 123/2006, o que que requer.

*b) Da aplicação do art. 45, II, da LC 123/2006*

Ainda que não acolhida a presente impugnação nos demais pedidos, a exclusividade pretendida pelo ente público às MEs e EPPs não deve afastar a participação de outras empresas que não se enquadrem nessa qualificação.

Isso porque o art. 45, II, da LC 123/2006 admite a adjudicação dos itens à proposta mais vantajosa, desde que não ocorra a contratação de ME ou EPP:

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se



enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

Observa-se, portanto, que a ampla concorrência é a melhor forma de preservar o erário público, de atingir o interesse público e atender aos princípios já indicados acima (vantajosidade da proposta, princípio da economicidade, legalidade e eficiência).

Assim, deve-se permitir a ampla concorrência no caso em tela.

c) DOS PEDIDOS

Diante de tudo que foi exposto, requer o recebimento da presente impugnação e, no mérito, retificar as disposições editalícias que estabelecem tratamento diferenciado e exclusivo às ME's e EPP's para permitir a participação de outras empresas que não se enquadrem como ME's e EPP's, na hipótese de o tratamento diferenciado e simplificado não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Chapecó – SC, 12 de agosto de 2020.

**PROSAUDE DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS EIRELI**

**RODRIGO COSER**

OAB/SC 36.075