

**PREGÃO ELETRÔNICO SRP N°23/2017**

**WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA**, com sede e filial na Rod. BR 101 Sul, nº 3.333, Km 17, bloco 3, Prazeres, Jaboatão dos Guararapes-PE, inscrita no CNPJ MF sob o nº 24.380.578/0001-89 e filial no Distrito Industrial de Teresina, s/n Lote 2, Distrito Industrial Plameiras - Teresina – PI, CEP 64033-110, respectivamente, vem tempestivamente à presença de V.S<sup>a</sup>, por seu procurador abaixo (Doc. 01), com fundamento no art. 41, § 2º da Lei 8.666/93, com redação dada pela Lei 9.648/98,

***IMPUGNAR O ATO CONVOCATÓRIO,***

expondo e ao final requerendo o que segue:

Indispensável anotar que a formulação de impugnação ao edital, não caracteriza ato reprovável ou abusivo, mas ao contrário, visa colaborar com a administração pública para apurar a regra e evitar o prosseguimento de procedimentos destinados à inevitável invalidação.

***DOS ITENS IMPUGNADOS*****LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E A PRIMAZIA AO INTERESSE PÚBLICO**

A realização de processo licitatório tem por finalidade<sup>1</sup> assegurar a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, observando a conformidade da proposta com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade,

<sup>1</sup> Marinela, Fernanda. Direito Administrativo - 9ª Ed. 2015, Saraiva.

da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos<sup>2</sup>.

Assim, visando equilibrar as ações no cenário atual e elevar a possibilidade de concorrência nos certames públicos com diversificadas empresas, o legislador inseriu dispositivo com a expressão “deverá” para tornar obrigatório para a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a realização de 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<sup>3</sup> (oitenta mil reais).

Tal medida foi regulamentada pela Lei Complementar nº147/14 que promoveu alterações na Lei Complementar nº123/06 no intuito de aumentar o número de colaboradores junto ao poder público, movimentando o mercado, ampliando a Livre Concorrência, fortalecendo os princípios gerais da atividade econômica e efetivando normas constitucionais previstas nos arts. 146, III, “d”, 170 e 179 da Constituição Federal<sup>4</sup>.

Pois bem, verificada a presença dos requisitos para a realização do certame (itens de contratação de até R\$80.000,00), **faz-se necessário analisar os pressupostos impeditivos para a concretização do procedimento administrativo.**

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup>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).

<sup>4</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

**Dito isso, os incisos do art. 49<sup>5</sup> da Lei Complementar 123/06 enumeram os casos em que não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48<sup>6</sup> da aludida legislação.** Nota-se que apesar de ter concedido força impositiva ao texto de lei com a palavra “deverá”, a realização do certame nas condições do art. 48, depende de uma análise detalhada de cada caso, o que afasta o caráter absoluto da norma já que são previstas exceções capazes de afastar a regra.

Nesse sentido a Doutrina<sup>7</sup>:

“Importante perceber que a obrigatoriedade do certame exclusivo sempre **deve ser temperada** pela observância dos princípios que conformam a atividade administrativa (como a eficiência) e **pelas restrições legais dispostas pelo artigo 49 da LC 123/2006.**”

O tratamento diferenciado também já foi objeto de moderação pelo TCU:

**(...) Acrescentou, ainda, que o limite máximo de R\$ 80.000,00 a que se refere o art. 48, inciso I, da Lei nº 8.443/1993 deve ser aferido para cada item que passará a ter seu preço registrado. Tudo se passa como se fossem realizadas “várias licitações distintas e independentes” para cada um dos itens. Destacou o relator, ainda, que o art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, ao impor à**

---

<sup>5</sup> 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;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos [arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 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 art. 48.

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 5ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 806.

administração o dever de realizar procedimento licitatório 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), “*teria ido além do previsto no art. 48, inciso I, da Lei nº 123, de 2006*”. Concluiu, por isso, que essas licitações não necessariamente devem, mas sim “*podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte*”. Em face dessas conclusões, ao acatar proposta do relator, o Plenário decidiu aprovar, em resposta aos quesitos acima formulados, a seguinte resposta: “*9.2.2. 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, competindo ao órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços 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 tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação;*”. Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, TC-017.752/2011-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 9.11.2011.

Por isso, a Administração deve comparar as cotações das grandes empresas versus a estimativa de valores das empresas protegidas pela referida lei, antes de afastar a ampla participação. Então, a interpretação conjunta das fontes do direito leva as pessoas jurídicas responsáveis a adotar com parcimônia a aplicação do art. 48, I da questionada legislação, observando as exceções.

Isto posto, sedimentada a flexibilidade do art. 48, I da LC 123/06, a primeira exceção é **percebida quando não há 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. Aqui, a preocupação é com a finalidade da licitação que pressupõe a melhor proposta com o maior número de participantes, e quando não há essa competitividade acirrada acaba

por incidir indiretamente nos preços, prejudicando a vantajosidade e economicidade, razão pela qual se afasta a regra do artigo supracitado.

Esse é o entendimento de Marçal Justen Filho em sua obra intitulada O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas, página 122-123:

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 **apenas 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**. Esse dispositivo apresentará especial relevância quando a licitação diferenciada envolver a restrição geográfica à participação de licitantes. Nos casos em que o certame for reservado para ME ou EPP sediadas em determinada Região ou Município, a verificação do requisito será essencial, para assegurar o atingimento da finalidade da sistemática instituída.

Em vista disso, o órgão deve justificar no processo licitatório as razões que levam a crer a possibilidade de competição vantajosa entre microempresas e empresas de pequeno porte considerando o mercado da região em relação ao objeto pretendido.

**Nota-se que no instrumento convocatório e no processo licitatório não há nenhuma justificativa que possibilite auferir a competição saudável entre as ME/EPP, tampouco a constatação de 3 (três) empresas cotando e apresentando interesse no certame**. Sendo assim, o caso em apreço não deve restringir a ampla participação já que não há prova nem indícios da efetiva participação de 3 (três) empresas ME/EPP no certame, razão pela qual se deve aplicar a exceção prevista no art. 49, II da LC 123/06.

Outrossim, a eficiência também pode restar comprometida (segunda parte do inciso II do art. 49) quando não houverem empresas capazes de cumprir com a

necessidade da coletividade, seja pela natureza ou pela complexidade do objeto. Insta registrar que o certame trata de cilindros de gases especiais, e o fornecimento destes gases, bem como que o processo e controle necessários, para a fabricação e fornecimento dos mesmos, são realizados por empresas de grande porte.

Logo, quando o objeto for complexo, o ideal é que o certame seja com ampla participação, para que possa prevalecer a Supremacia do Interesse Público em detrimento do interesse privado das microempresas e empresas de pequeno porte.

Ainda, o inciso III do art. 49 da LC 123/06 dispõe que quando não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado não se deve aplicar o art. 48 da LC 123/06. Nesse ponto, o dispositivo reforça a análise cuidadosa do art. 48, pois dificilmente um certame com participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte vai ser mais benéfico do que uma licitação com ampla participação, seja pelo ponto financeiro ou pelo lado técnico.

**Portanto, com fulcro no inciso III do art. 49 da LC 123/06 as cotações realizadas pela equipe de licitação devem indicar que haverá vantajosidade de ordem econômica para a Administração na condução do certame. Todavia, a Impugnante demonstra que a própria empresa possui cotação abaixo do preço estimado (cotação em anexo), o que configura a incidência do inciso III do art. 49 da LC 123/06, pois não há vantagem para a Administração restringir o certame se há propostas mais benéficas. Logo, deve haver mudança no Edital permitindo a ampla participação.**

Nesta senta, Jair Eduardo SANTANA e Edgar GUIMARÃES (Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa – Reflexos práticos da LC nº 123/06, p. 107):

“O inciso III cuida de tema que soa óbvio porque não havendo vantajosidade para a Administração Pública certamente não haverá de se aplicar não apenas a solução da LC nº 123/06, mas qualquer outra que seja porque o interesse público deve mesmo ser sobreposto aos das ME/EPP”.

Sobre o tema, convém reproduzir as lições de Marçal JUSTEN FILHO no livro O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas, página 124-125:

Deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. **Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação.**

Enfim, considerando conjuntamente os arts. 48 e 49 da supracitada lei, é de convir que normalmente haverá conflitos de interesses com coalizão de princípios e normas, devendo a Administração com base no Princípio da Harmonização ou Concordância Prática<sup>8</sup> aplicar o que for melhor para o interesse público, aplicando a regra do tratamento favorável as ME/EPP ou prestigiando as exceções desde que de modo fundamentado e principalmente quando o objeto for ligado diretamente a vida ou a saúde da população.

Por fim, o TCM-CE informa que devem ser observadas as exceções contidas no art. 49 da Lei 123/06 (consulta em anexo).

Diante do exposto, é de convir que a exclusividade da licitação não é revestida de caráter absoluto já que o texto legal contempla ponderações a serem observadas (art. 49 da LC 123/06), razão pela qual a Impugnante sugere a aplicação das exceções previstas no art. 49 da Lei Complementar nº123/06, permitindo a ampla participação e justificando tudo no Termo de Referência bem como nos autos do Processo Licitatório.

## **CONCLUSÃO**

Neste passo, consoante demonstrado e definidas os vícios, deve a Impugnação ser acolhida e aplicado o efeito suspensivo ao procedimento licitatório para que se decida a respeito e se promovam as correções registradas, estas, objeto de discórdia da Impugnante.

O mesmo entendimento encontra força nos ensinamentos do Prof. Helly Lopes Meireles, citado por Jessé Torres que afirma:

“O edital deverá ser revisto e republicado, o que implicará no adiamento da sessão inaugural do certame. Com efeito,

---

<sup>8</sup>Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado - 19ª Ed. 2015.

sendo o edital o documento base da licitação, repositório das regras e preceitos a que estarão submetidos todos os atos do procedimento, como conceber dar início à sua tramitação sob pauta de edital pendente de questionamento quanto a sua legalidade.

**Então, é claro que, impugnado o edital pelo licitante, não poderá prosseguir o procedimento licitatório como se nada houvesse acontecido, sob pena de grave tumulto posterior dos trabalhos.** Como não aceitamos que uma impugnação dessa ordem possa ser tida como uma mera “comunicação”, a título de colaboração, seguimos o pensamento de todos os autores que sustentam como fazia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que “enquanto não se decide aquela impugnação, o procedimento licitatório deve ter suspenso o seu curso, imediatamente, para que se decida a respeito (...)..

Como adverte Lucia Valle Figueiredo em sua obra: Curso de Direito Administrativo:

**Impende a extinção do ato administrativo em virtude da existência de vício**, quer por **ausência de procedimento obrigatório** (formalidade descumprida), ou por outro qualquer vício”.

“No exercício da função administrativa, a Administração Pública **tem o dever de invalidar seus atos desconformes do Direito**” (Lucia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, 3ª ed, São Paulo, Malheiros, pp. 197/198).

Derradeiramente, convém registrar que pelo princípio da segurança jurídica, os vícios ou atos praticados em desobediência à legalidade, devem ser repelidos com intensidade.

Diante de todo o exposto, a Impugnante requer, tendo em vista os vícios e omissões constantes no edital, que seja decretado efeito suspensivo a partir do recebimento da presente peça e que julgado **PROCEDENTE** a presente impugnação para que, na forma da lei, seja realizado corretamente o certame.



Teresina, 10 de agosto de 2017.

N. Termos,  
P. Deferimento.

**WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.**