

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO DO MUNICÍPIO DE GUATAMBU / SC

PROCESSO ADMINISTRATIVO 26/2023

PREGÃO PRESENCIAL Nº 12/2023

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

EXCLUSIVIDADE LC 123/2006

FM PNEUS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 81.374.845/0001-49, com sede na Avenida Maravilha nº 833, no município de Maravilha/SC, na condição de licitante, por seu Representante para o ato, vem apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, o que faz na forma que segue:

A presente impugnação ao edital de licitação tem por objeto o saneamento de omissões, as quais se referem aos requisitos indispensáveis a habilitação de proponentes interessados, eis que se tratam de disposições legais aplicáveis aos serviços pretendidos pela licitante, em especial em licitações destinadas exclusivamente para micros e pequenas empresas.

É de posição doutrinária e jurisprudencial que a Administração Pública, através dos certames licitatórios, busca adquirir produtos e serviços mediante a melhor oferta, ao mesmo tempo, não se pode descuidar de exigir as empresas fornecedoras atendam aos requisitos exigidos na legislação.

Assim tais exigências visam evitar que se contratem participantes que formalmente atendem os requisitos de ordem administrativa e jurídica, mas que na prática não atuam em conformidade com as exigências técnicas e operacionais, o que acaba por gerar graves prejuízos ao órgão licitante.

Nesse sentido, é indispensável que licitante comprove a sua capacidade e qualificação técnica no momento do certame licitatório, mediante a apresentação dos respectivos atestados e certificados, expedidos por órgãos públicos e entidades privadas, o que se diga de passagem, não se reveste de nenhuma ilegalidade e tampouco ofende aos princípios da licitação, como o da isonomia entre os licitantes.



Dessa forma, para as empresas licitantes (recapagem de pneus) é necessário que apresentem licença ambiental emitida pelo órgão competente, a qual, por evidente, deve estar em vigor na data de abertura dos documentos.

A jurisprudência majoritária também considera que atendidos os ditames legais e as determinações do edital de licitação, a exigência de licenciamento ambiental não ofende a igualdade de condições entre os concorrentes da licitação, devendo conferir segurança e eficácia à política ambiental e atender ao interesse público.

É que: *“No exercício de sua competência regulamentar, o Poder Executivo poderá exigir a apresentação de licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação para aquisição de bens móveis, já que se afigura exigência de qualificação técnica que não implica discriminação injustificada entre os concorrentes, assegura a igualdade de condições entre eles e retrata o cumprimento do dever constitucional de preservação do meio ambiente”.*

Nesse sentido:

REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – LICENÇA AMBIENTAL ¹

1 No exercício de sua competência regulamentar, o Poder Executivo pode exigir a apresentação de licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação.

(...)

Finalmente, entendemos que o questionamento apresentado pelo representante de que a exigência relativa à apresentação de certificado de regularidade ambiental para fins de qualificação técnica em habilitação configura verdadeira restrição ao caráter competitivo, encerra-se mediante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Trata-se de agravo de instrumento contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão assim do: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. DECISÃO DE INABILITAÇÃO EM PREGÃO. EXIGÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. DECRETO Nº 44.122/05. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. No exercício de sua competência regulamentar, o Poder Executivo poderá exigir a apresentação de licenciamento ambiental para habilitação de empresa em licitação para aquisição de bens móveis e contratação de serviços, já que se afigura exigência de qualificação técnica que não implica discriminação injustificada entre os concorrentes,

¹ TC/ES - Processo: 02098/2021-2 - Acórdão 00198/2022-4 – Plenário – 24/02/2022.

assegura a igualdade de condições entre eles e retrata o cumprimento do dever constitucional de preservação do meio ambiente. A Administração Pública, além de observar a igualdade de condições a todos os concorrentes, também atenderá aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art. 3º, Lei nº 8.666/93). (...)"(STF; AI 837832 MG; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 15/02/2011; Publicação: DJe- 037 DIVULG 23/02/2011 PUBLIC 24/02/2011) (destaque em negrito nosso)"

Por todo o exposto acima, entendemos que se faz necessária a manutenção da exigência de licença ambiental por parte da administração.

E, o objeto de impugnação se refere também às condições e requisitos legais quando da destinação exclusiva de licitação para micros e pequenas empresas, sendo que na análise dos requisitos legais, a Lei Complementar 147/14 promoveu significativas modificações na Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte - MPE) e na Lei nº 8.666/1993, a qual estabeleceu em seu art. 47 como obrigatoriedade a licitação com exclusividade em valor de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Necessário que se reconheça que a alteração objetivou tornar imperativa e efetiva a política de favorecimento, de modo que não mais repousa nas mãos da Administração Pública a faculdade de se conferir as benesses da lei. Trata-se de mandamento que implica verdadeira mudança de comportamento nas contratações públicas.

Mas essa conclusão não é irrestrita e impõe inúmeras balizas, já que a aplicação deste preceito será obrigatória tão somente se presentes as específicas circunstâncias previstas nos dispositivos seguintes, artigos 48 e 49, que se examinará a seguir.

Tais condições foram abordadas na decisão emanada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no bojo dos autos TC 18508/026/1341, voto de lavra do eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, onde se consignou a possibilidade de se estabelecer limites geográficos quando se objetive fomentar MPEs sediadas local ou regionalmente, restando estabelecida a necessidade de comprovação de determinadas condições, que podem ser assim resumidas:

- a) O município deve editar legislação específica do ente promotor do certame delimitando a área: qual a delimitação geográfica local ou regional;**
- b) Deve haver justificativa para a eleição do critério geográfico;**



c) Deve ser demonstrada a correlação entre o objeto licitado, a área geográfica delimitada, o tratamento diferenciado e simplificado às MEs e EPPs;

d) Deve ser demonstrada a existência de pelo menos três MEs e EPPs no âmbito regional ou local aptas a atender o objeto predefinido.

Em relação à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional prevista na legislação, certamente demanda regulamentação para que se especifique a delimitação geográfica.

Sobre consulta a respeito da aplicação do art. 49, inciso II, ao TCE/MG, em resposta, o Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão do TCE/MG, na sessão plenária de 03/07/2013, entendeu que "o Estatuto das Microempresas não trouxe um conceito preciso para a expressão 'regionalmente'. Por esse motivo, entendo que o próprio gestor deverá delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o sentido e o alcance da citada expressão". Assim:

- i) o alcance e o conceito da expressão "regionalmente" irão variar de acordo com as peculiaridades de cada licitação;
- ii) deverão ser levadas em conta as especificidades do objeto licitado, o princípio da razoabilidade e os três objetivos do tratamento diferenciado, quais sejam: a) a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; b) a ampliação da eficiência das políticas públicas; c) o incentivo à inovação tecnológica.

No mesmo sentido, colaciona-se a seguinte orientação da AGU:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA CJU-MG Nº 60, DE 22 DE JANEIRO DE 2010

4.1.3) A expressão "local" pode ser interpretada como a correspondente ao Município ao qual se encontra sediado o órgão assessorado;

4.1.4) O significado da expressão "regional" deve ser buscado na situação concreta, podendo englobar os Municípios próximos ao Município em que se encontra o órgão assessorado, independentemente de fazer parte do mesmo Estado.

A delimitação da região deverá constar no edital e os motivos ensejadores da referida definição deverão estar expressos nos autos.

O Edital da licitação padece da apresentação ou indicação do requisito elencado – delimitação regional, o que o torna carente de reformulação, sob pena de promover ofensa aos princípios administrativos inerentes ao procedimento da licitação, visto que a legislação promove incentivo aos locais.

Outra questão relevante, embora prevista no edital, merece observação do agente que promove a licitação, é a existência mínima de 3 (três) fornecedores

competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do edital.

Se de um lado a lei materializou o espírito constitucional favorável às MPEs, de outro, ao ponderar outros princípios de semelhante grandeza, não deixou de impor balizas; tais limites foram previstos na Lei nº 123/2006, de modo que nenhuma benesse poderá ser concedida sem estas condições.

Como requisito para a concessão dos benefícios a lei exige a comprovação da existência de no mínimo 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como MPEs, e, ainda, que sejam sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do edital. A primeira celeuma diz respeito ao momento de comprovação deste requisito, da qual duas vertentes de raciocínio sobrevêm.

A primeira vertente no sentido de que caberá a Administração Pública examinar se existem estes 03 fornecedores - competitivos enquadrados como MPEs, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório - na fase interna da licitação. A segunda no sentido de que este requisito deve ser avaliado não só na fase interna, mas, também, no decorrer da disputa propriamente dita, como requisito de participação mínima no certame.

Seguindo a primeira vertente, entende-se que o requisito poderá ser demonstrado através das pesquisas de preços realizadas na fase interna do certame, as quais deverão incluir, no mínimo, 03 (três) MPEs sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências do edital, as quais deverão compor o processo administrativo.

Neste caso os órgãos poderão, por exemplo, manter cadastro de fornecedores atualizado para conferência no momento que antecede ao certame.

Na segunda vertente esta comprovação deve ser realizada no decorrer da disputa, examinando-se a efetiva participação de MPEs no certame, e não somente na fase interna da licitação, o que entendo ser a melhor linha de raciocínio, pois garante uma mínima participação no certame, em prol da competitividade, princípio essencial que rege a licitação.

Seguindo este pensamento, só será possível conferir os benefícios às MPEs se no momento da disputa estiverem presentes 03 (três) licitantes MPEs sediadas localmente e capazes de cumprir as exigências do edital.

Cabe ainda observar, que a expressão "capazes de cumprir as exigências do edital", não se verifica apenas formalmente com a descrição da atividade social no contrato social compatível com os itens licitados, a empresa beneficiária da exclusividade deve demonstrar sua capacidade de realizar o produto ou serviço licitado, sem que tenha que recorrer a terceirização dos mesmos, o que a toda

evidencia ofende aos princípios da lei que visa promover o fomento e desenvolvimento da micros e pequenas empresas, no âmbito regional.

Por relevante, a concessão de favorecimento veda a terceirização pelos beneficiários, bem como, de se tratar a empresa beneficiária de interposta pessoa jurídica, em evidente afronta ao normativo legal.

Em citação por analogia:

Preconiza o art. 167 do Código Civil, que o negócio jurídico simulado é nulo, pois é produto de conluio entre os contratantes visando obter efeito diverso do que aparenta conferir e com o propósito de enganar terceiros ou fraudar a lei. O negócio celebrado (constituição de uma sociedade) é típico de simulação com a utilização de interposta pessoa, conhecida como "laranja" ou testa de ferro" para figurar como sócio somente como aparência perante terceiros. Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.²

Assim, considerando se tratar de menor preço por item, a exigência desse requisito deve estar presente em cada item licitado, isto é, no item ou itens em que não se verificar a presença e com as propostas de no mínimo três ME ou EPP, será aberta a participação para todas as empresas presentes.

Sobre o tema: TCE/MT - PROCESSO Nº 19.396-8/2015, PARECER Nº 53/2015, RELATORA: CONSELHEIRA SUBSTITUTA JAQUELINE JACOBSEN MARQUES.

Conforme apresentado alhures, para licitações parceladas em itens ou lotes/grupos deverá ser adotada a participação exclusiva de MPE em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não ocorram quaisquer das situações previstas nos incisos do artigo 49 da LC 123/2006.

Portanto, se na fase de planejamento e preparação da licitação for constatada a ocorrência da possibilidade de parcelamento do objeto licitado, nos moldes acima apresentados, e for aferida a existência de no mínimo 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como MPE sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, a Administração Pública deverá prever no edital da licitação a

² TJ-MS - APL: 08120225920148120001 MS 0812022-59.2014.8.12.0001, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 24/04/2019, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 26/04/2019

participação exclusiva de MPE para os itens ou lotes cujos valores estimados situam-se no intervalo monetário de até R\$ 80.000,00.

E por fim, na apuração do objeto social para auferir se compatível com o objeto licitado não se deve restringir ao consignado no contrato societário, as proponentes devem demonstrar que estão aptas a promoverem a recapagem dos produtos que pretendem ofertar propostas, ou seja, que detém o setor industrial para as suas atividades, vedando a terceirização.

Dessa forma o edital merece os necessários reparos.

D O S P E D I D O S

Diante do exposto, com o recebimento da presente impugnação requer seja dado provimento para fins de retificar o edital, para fins de constar as seguintes exigências para aos participantes:

1.- O edital deve estabelecer as regras e requisitos para a participação das ME e EPP, com exclusividade, nos seguintes termos:

i) a indicação dos limites geográficos para tratamento diferenciado e exclusivo para as ME e EPP, delimitando o campo de abrangência;

ii) a beneficiária deve demonstrar a correlação entre o objeto licitado e o objeto de sua atividade, cabendo a licitante demonstrar que detém a capacidade de produção própria (recapagem) dos itens que lançar proposta;

iii) inserir entre as vedações, a terceirização de qualquer dos itens de recapagem de pneus em que se tornar vencedora a ME ou EPP, bem como, para empresa do grupo econômico.

2.- As empresas participantes deverão apresentar licença ambiental emitida pelo órgão competente. A licença deve estar em vigor na data de abertura dos documentos. Ou então, se entender que essa comprovação deva ocorrer na ocasião da contratação do objeto licitado, que seja exigida somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentar em momento oportuno.

Termos em que, pedem deferimento.

Maravilha/SC, 27 de abril de 2023.

FM PNEUS LTDA

Documento produzido pelo Departamento Jurídico
João Paulo Tesseroli Siqueira – OAB/SC 14.565 B