ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE CÓRREGO FUNDO/MG

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: nº 037/2019.
MODALIDADE: Pregão Presencial nº 009/2019.
TIPO: Menor Preço – Item.
NATUREZA: Registro de Preços

Registro de Preços para Futura e eventual aquisição de oxigênio medicinal e gás liquefeito de petróleo (GLP) para atender às necessidades das Secretarias Municipais de Córrego Fundo /MG

OXIFOR OXIGÊNIO FORMIGA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, sociedade empresária limitada, com sede na Rua Sérgio Lázaro Gonçalves, n° 20, Centro, em Formiga/MG, CEP: 35.570-000, inscrita no CNPJ sob o n° 06.155.278/0001-14, vem, na presença de V.S.ª, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO** em epígrafe, promovida por este Município, com fulcro no art. 41 § 1º, e seguintes, da Lei 8.666/93 e demais legislações pertinentes à matéria, que o faz na forma do articulado abaixo e adiante e para os fins que expõe:

I. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Preliminarmente faz-se necessário que as razões aqui formuladas sejam processadas e, se não acolhidas, sejam motivadamente respondidas, não sem antes ser submetidas à apreciação da D. Autoridade Superiora, consoante rege o Princípio Constitucional de petição (CF/88, art. 5º, inc. LV) e ao ensinamento do ilustre professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO. *In litteris*:

> "Se o edital tiver alguma irregularidade, é assegurado a qualquer cidadão impugná-lo, protocolando o pedido até cinco dias antes

da data designada para a abertura dos envelopes de habilitação. Oferecida a impugnação, cabe à Administração decidi-la no prazo de três dias (art. 41, § 1o). Tal faculdade decorre do direito de petição, inscrito no art. 5o, XXXIV, "a", da Constituição Federal, que assegura, como direito fundamental, a representação aos Poderes Públicos contra qualquer tipo de ilegalidade na função administrativa."[1]

II. TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A impugnação ora apresentada está em consonância com a legislação pertinente à matéria de licitações públicas, inclusive, estando dentro do prazo instituído no §2º da Lei 8.666/93 e conforme disposições contidas no edital, onde tem-se estabelecido como prazo até o 2º (segundo) dia útil anterior à data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação.

O procedimento sob comento está agendado para ocorrer às 12:30 horas do dia 05/04/2019.

Desta forma a presente impugnação é em sua totalidade tempestiva, devendo ser a mesma recebida e devidamente analisada pelo Sr. Pregoeiro.

III. SINOPSE DOS FATOS

Pleiteando oportunidade junto a certame licitatório nº 037/2019, promovido pela municipalidade de Córrego Fundo, Minas Gerais, fulcrado, dentro outros objetivos, na aquisição de gases medicinais (oxigênio), a Requerente analisou toda peça de edital a fim de se qualificar para o exercício do aludido mister.

Sucede que após a regular análise do competente edital, restaram controversas determinadas diretrizes no que toca ao critério de contratação e prazo para entrega, motivo suficiente a ensejar a presente impugnação.

Em síntese, o competente edital, no item "2.2 Da especificação detalhada do objeto e do teto máximo de preços" (página 2) e "ANEXO I, TERMO DE REFERÊNCIA, 1. OBJETO" (página 19), especificamente na "Descrição do Objeto", não prevê a cota obrigatoriamente destinada a Micro e Pequenas Empresas – qual seja: a

[1] Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

exclusividade nos itens cujo importe não supere R$80.000,00 - , se apresentando em sentido contrário à disposição de ordem legal (Lei Complementar 123/2006). Senão vejamos:

ITEM	PRODUTO	UNID	QUANT	V. MÉDIO	VALOR TOTAL
1	Oxigênio Medicinal / Somente a recarga de 1m³.	Unid	180	R$78,33	**R$14.099,40**
2	Oxigênio Medicinal / Somente a Recarga de 3m³.	Unid	40	R$92,00	**R$3.680,00**
3	Oxigênio Medicinal / Somente a Recarga de 10m³.	Unid	190	R$170,00	**R$32.300,00**
4	Gás GLP / Somente a Recarga de 13kg.	Unid	232	R$72,33	**R$16.780,56**
				Valor Médio Total – Teto máximo	**R$66.859,96**

Ademais, o destacado edital concede prazo de 48 horas para entrega do oxigênio (item 4.1, página 19; item 16.2, página 25; e alínea a da Cláusula V, página 33), o qual entende a Impugnante, ante a importância do objeto, pode resultar em intervalo consideravelmente alto.

Destarte, *data maxima venia*, o presente edital não merece prosperar da forma como redigido, eis que em flagrante confronto a disposição legal. Logo, em consequência, deve ser reconsiderado o seu teor, consoante será disposto no próximo tópico.

Esta é, em apertada síntese, a epítome dos fatos.

IV. DA IMPUGNAÇÃO

IV.1. DAS RAZÕES PARA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL – AUSÊNCIA DO BENEFÍCIO LEGAL DE EXCLUSIVIDADE PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE POR ITEM QUE SOME ATÉ R$80.000,00

Consoante aduzido no tópico preliminar, em que pese a qualidade e organização das informações contidas em edital, é certo que o mesmo pecou ao não prever a quota legal destinada a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Com efeito, o Edital impugnado, apesar de tratar da aquisição de bens divisíveis (quantidade / unidade), não aborda as disposições legais trazidas pela Lei Complementar 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), no que toca a previsão de cota mínima destinada a Micro e Pequenas Empresas (MEP) de forma adequada.

Assim, tem-se que a presente peça de edital se encontra impregnada em vício, se mostrando dissonante da legislação vigente, não podendo, em consequência, ser mantida.

Explica-se.

Com o advento da Lei Complementar 147/2014 determinadas diretrizes que anteriormente detinham caráter facultativo assumiram natureza obrigatória. Dentre tais inovações, destacaram-se aquelas voltadas a fomentação da competitividade das MPE's (como são conhecidas as microempresas e empresas de pequeno porte).

De plano cumpre destacar a inovação trazida pela nova redação do dispositivo de nº 47 da Lei Complementar 123/2006, que tornou obrigatório o tratamento diferenciado as MPE's, situação que anteriormente era opcional. *In litteris*:

> "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 2014)
>
> Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, **enquanto não sobrevier legislação** estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão **mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal**. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)" Grifo nosso.

Efetivamente, tornou-se obrigatória a destinação da aquisição de bens cujo importe total somasse até R$80.000,00 (oitenta mil reais) exclusivamente para microempresas e empresas de pequeno porte. Isso com advento da atual redação do art. 48, inciso I, do aludido diploma legal. *In verbis*:

"Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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 2014)" Grifo nosso.

Cabe destacar que a exclusividade ora salientada não recai sobre o valor global da licitação, mas sim de maneira individualizada, por item de contratação. Tanto o é que na esfera federal, com o Decreto Federal nº 8.538/15, ficou reforçada a obrigatoriedade de realização de licitações restritas às microempresas e empresas de pequeno porte até determinado valor, nos itens de contratação, conforme expressamente determina seu art. 6°:

"Art. 6°. Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado **exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens** ou lotes de licitação cujo valor seja de **até R$ 80.000,00** (oitenta mil reais)." Grifo nosso.

Tal situação, exclusividade para licitantes MEP's em contratações por itens cujo importe somasse até R$80.000,00, restou tão clara na legislação pátria que se tornou matéria pacificada em todo país. Senão vejamos parecer do TCU que tratou caso prático. *In litteris*:

"Apesar de o valor global exceder o limite de R$ 80.000,00 previstos no art. 48, I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 para a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais. (...)[2]

A mesma linha interpretativa foi adotada na análise de outros casos, senão vejamos:

[2] TCU. Acórdão 3771/2011. Primeira Câmara.

kccombraia

"14. A propósito, deve ser mencionado o Acórdão 3.771/2011-TCU - Primeira Câmara, o qual, apesar de não ter tocado a possibilidade de adesões indefinidas a uma ARP por parte de outros órgãos e entidades da administração pública, **reconheceu que o limite de R$ 80.000,00 aplica-se a cada item da licitação e não ao valor global da mesma**. Naquela assentada, esta Corte entendeu que **os diversos itens da licitação constituíram várias licitações distintas e independentes entre si**.

15. Por outro lado, muito embora o art. 48, § 1º, da LC nº 123/2006 refira-se expressamente a 'processo licitatório', o art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 faz menção a '(...) contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais)'. Portanto, a interpretação sistemática desses dois dispositivos, juntamente com o entendimento do Relator a quo no citado Acórdão 3.771/2011-TCU-Primeira Câmara, leva ao entendimento de que é possível realizar sucessivas contratações por meio de adesões a uma ARP, desde que respeitado o limite autorizado pela LC nº 123/2006 e pelo Decreto nº 6.204/2007 para cada contratação exclusiva de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), **isto é, um valor máximo de R$ 80.000,00 para cada item da licitação para cada órgão ou entidade que aderir à ata**.

(...)

17. Então, no que se refere à segunda e à terceira consultas, propõe-se que esta Corte de Contas responda ao consulente que as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços cujo valor estimado seja igual ou menor a R$ 80.000,00 podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo possível que o órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorize a adesão à referida ata, desde que respeitado na contratação o

limite máximo de R$ 80.000,00 em relação a cada item da licitação para cada órgão ou entidade que aderir à mesma"[3]

Diferente também não é o entendimento emanado pela Advocacia Geral da União, que oportunamente destacou:

"Orientação Normativa nº 47/AGU: 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) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais)...".

Não sendo suficiente, sob o risco de parecer maçante, mas por necessário se fazer na medida em que enriquece a análise, salientamos entendimento esposado pela ilustre MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que aduz:

"Além disso, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, criou **outras exceções** em favor das microempresas e empresas de pequeno porte (estendidas também às cooperativas pela Lei nº 11.488/07), a saber:

(...)

abertura de licitação destinada exclusivamente à participação dessas empresas, nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00;"[4] Grifo nosso.

No mesmo sentido preleciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

"O tratamento diferenciado e favorecido nos contratos deve ser implementado de três formas. Primeiramente, cumpre instaurar processo licitatório para **competição apenas entre microempresas e empresas de pequeno porte, embora limitado o valor do contrato a R$ 80.000,00**."[5] Grifo nosso.

---

[3] TCU. Acórdão 2957/2011. Plenário.
[4] Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. – 32. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
[5] Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

Suficientemente demonstrado que lei, jurisprudência e doutrina entendem que deve recair exclusividade para MPE's em certames cujo item adquirido não supere o importe de R$80.000,00, fácil verificar que o vergastado edital se encontra maculado.

Isso porque todos os itens cotados não superarão o valor global individualizado de R$80.000,00. Senão vejamos:

ITEM	PRODUTO	UNID	QUANT	V. MÉDIO	VALOR TOTAL
1	Oxigênio Medicinal / Somente a recarga de 1m³.	Unid	180	R$78,33	**R$14.099,40**
2	Oxigênio Medicinal / Somente a Recarga de 3m³.	Unid	40	R$92,00	**R$3.680,00**
3	Oxigênio Medicinal / Somente a Recarga de 10m³.	Unid	190	R$170,00	**R$32.300,00**
4	Gás GLP / Somente a Recarga de 13kg.	Unid	232	R$72,33	**R$16.780,56**
				Valor Médio Total – Teto máximo	**R$66.859,96**

Desta feita, resta claro que o discutido edital deve prever exclusividade, no que toca a licitação à Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, na medida em que, consoante dispõem de forma uníssona lei, jurisprudência e doutrina, a aplicação da benesse deve levar em consideração o valor dos itens, não do montante global do pregão.

IV.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE

Uma vez demonstrada a existência de diretiva expressa atribuindo ao ente público o dever de promover exclusividade às MEP's (itens de até R$80.000,00), passemos a destacar a necessidade de alteração do edital à luz dos preceitos constitucionais.

Temos no princípio da Legalidade um mecanismo de controle da Administração pelo Poder Judiciário. A dita orientação surgiu com Estado de Direito e constitui uma das mais comezinhas garantias de respeito aos direitos individuais.

Decerto, pelo princípio da Legalidade vemos estabelecidos os limites de atuação administrativa, restando restrito o poder discricionário da Administração Pública em benefício da coletividade. Trata-se de fundamento básico de todo o Direito Público.

A Administração Pública não se enquadra no brocardo comumente cunhado pelos doutrinadores que aduz que "tudo o que não está proibido é permitido", restando-lhe diretiva inversa, só podendo realizar procedimentos que a lei

assim autorize, de modo que para o Ente Público tudo o que não está expressamente permitido é proibido.

Em consequência, toda atividade administrativa consiste em exercício infra legal, pois somente é permitido fazer o que a lei autoriza.

Com efeito, existindo diretiva legal expressa que exija da Municipalidade o dever de dar exclusividade às MPE's nos certames cujo bojo consista na aquisição de itens (análise individualizada) de até R$80.000,00, resta como necessária alteração do guerreado edital.

A legalidade, como princípio norteador de administração (inteligência do art. 37, *caput*, da Constituição Cidadã), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos legais, bem como às exigências do bem comum, e deles não pode se desincumbir, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está umbilicalmente condicionada ao atendimento da lei. "Administrar é aplicar a Lei de Ofício". O administrador está rigidamente preso à lei. A atuação do administrador deve ser confrontada com a lei.

Logo, se existe disposição legal que obrigue o ente público a dar tratamento diferenciado a ME e EPP's pela exclusividade absoluta em itens de até R$80.000,00, é certo que não poderá restar carente o aludido edital das ditas imposições legais.

IV.3. PRAZO PARA ENTREGA DO OXIGÊNIO – NECESSIDADE DE REDUÇÃO – ITEM DE EXTREMA NECESSIDADE – VITAL

Superada de forma incontroversa a necessidade de se alterar o edital no sentido de promover a licitação exclusivamente para MPE's, não é demais destacar a necessidade de redução do prazo para entrega do oxigênio.

Como sabido o oxigênio medicinal é usado com finalidade terapêutica em diversas searas medicinais.

Apenas para ilustrar, seu uso pode ser destinado a ventilação, oxigenação e, até mesmo, no processo de anestesia do paciente.

Com efeito, trata-se de item essencial para fins medicinais, em especial para aqueles que, em razão de problemas de saúde, necessitam do seu uso para, numa análise macro, sustentar a própria sobrevivência.

É provável que, dentre os usuários de oxigênio que serão atendidos no decorrer da vigência contratual oriunda da presente licitação, existam crianças, idosos e enfermos cuja necessidade de entrega demandará envio domiciliar.

Ainda que se considere haver uma organização interna no sentido de evitar solicitações emergenciais, é certo que estas podem ocorrer, razão pela qual o prazo de 48 horas para entrega pode se mostrar excessivamente longo.

Não podemos olvidar, jamais, dos fins medicinais atribuídos ao oxigênio.

O prazo de 48 horas, ante a natureza do produto, pode representar, em situações concretas, a diferença entre uma recuperação saudável e o agravamento de um problema que pode resultar, em última instância, na morte.

Assim, contextualizando a importância do oxigênio, assim como sua destinação, é que roga a Expoente seja o prazo previsto reduzido em patamares condizentes com a função estratégica do produto, sugerindo se retorno o prazo inicialmente previsto ou, em não sendo possível, seja estabelecido 24 horas para entrega.

IV.4. CAPACIDADE DOS CILINDROS

Aproveitando o ensejo a Impugnante faz simples manifestação acerca do acerto da Municipalidade no que tange a manutenção da capacidade inicialmente prevista no que tange aos cilindros.

Isso em razão de todos os argumentos apresentados pela própria Administração Pública ao rechaçar impugnação anterior, bem como, principalmente, por se encontrar tal decisão amparada no melhor interesse público e isonomia.

IV.5. NÃO EXIGÊNCIA A APRESENTAÇÃO DE REGISTRO OU INSCRIÇÃO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO PERANTE O CRQ (CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA) – MAIS UM ACERTO DO EDITAL

A exemplo do tópico anterior, o presente não se volta a impugnar o edital mas, sim, elogiar a correta postura da Municipalidade no que concerne a

dispensa de apresentação de registro ou inscrição de responsável técnico perante o CRQ no que tange a distribuidoras/vendedoras.

Isso porque, de fato, a exigência do registro ou inscrição do responsável técnico no CRQ restringiria o caráter competitivo do certame somente à participação de empresas fabricantes, situação que feriria de morte o melhor interesse da Administração Pública, visto que impediria a participação de MPEs e restringiria a aquisição dos produtos apenas a determinado nicho de empresas.

V. CONCLUSÃO

Ex positis, requer a modificação do edital, especificamente no que toca a:

a) Inserção de previsão de exclusividade no pleito para microempresas e empresas de pequeno porte na disputa de todos os itens apresentados, vez que, individualmente falando, o valor da aquisição de cada item não chegará a R$80.000,00 (oitenta mil reais); e,
b) Alteração do prazo máximo para entrega, com a redução para 12 horas ou, alternativamente, 24 horas, visto que se trata de produto de importância vital para seus destinatários, cujo longo prazo de espera não se mostra tolerável.

Por fim, havendo qualquer manifestação da Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Córrego Fundo, em relação ao procedimento em questão requer seja informado a esta interessada por meio do endereço eletrônico oxiforoxigenioformigaltda@yahoo.com.br, ou pelos telefones (37) 3321-1955/ (37) 3321-1293.

Nestes termos, pede deferimento.

Formiga/MG, 26 de março de 2.019.

Lívia Couto Cambraia

OXIFOR OXIGÊNIO FORMIGA LTDA.

Lívia Couto Cambraia

Sócia Gerente

Recebi em 27/03/19

Aline Patrícia da Silveira Leal
Pregoeira

às 16:00h