
EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO – CPL – DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ALTO CAPARAÓ – MG.

Processo Licitatório nº 0273/2022

Pregão Presencial nº 0043/2022

OXIMEDI COMÉRCIO DE GASES MEDICINAIS EIRELI, CNPJ: 26.959.683/0001-00, empresa com atividade econômica principal em comércio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados anteriormente, com sede na rua Coronel José Maria Fernandes, nº 63, bairro Dário Grossi, Caratinga – MG, CEP: 35.300-007, neste ato representada por sua sócia administradora Nilza Maria de Freitas, vem respeitosamente a V. Sa., inconformada com o edital de fls., expedido em 12/12/2022, apresentar **IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA**, aduzindo as seguintes razões de fato e de direito:

I – TEMPESTIVIDADE

O prazo para interposição da impugnação administrativa é de até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, que está prevista para ocorrer no dia 04/01/2023, quarta-feira, consoante dispõe o item 2.5, constante do edital do Pregão retro citado.

Desse modo, constitui termo final o dia 30/12/2022, sexta-feira, sendo tempestiva a presente impugnação administrativa.

II – SÍNTESE DO CASO

Perlustrando o ato convocatório para a sessão pública de licitação, a Impugnante, pretendendo dela participar, identificou nulidade absoluta da cláusula de exclusividade, senão vejamos:

“5.13 - Aplica-se a este Pregão o disposto no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 147/2014 que estabelece a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas LOCAL ou REGIONALMENTE, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido, nos itens exclusivos para ME/EPP. Este benefício não impede a participação de empresas de outras localidades.

5.13.1 - Na modalidade de pregão, o limite estabelecido será de até 5% (cinco por cento) do melhor preço.

5.13.2 - Para fins de aplicação do dispositivo referido no item 5.13, considera-se:

a) REGIONALMENTE: Municípios da microrregião de Manhuaçu conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, código 61;

b) MUNICÍPIOS: Abre-Campo, Alto Jequitibá, Caparaó, Caputira, Chalé, Durandé, Lajinha, Luisburgo, Manhuaçu, Manhumirim, Martins Soares, Matipó, Pedra Bonita, Reduto, Santa Bárbara do Leste, Santa Margarida, Santana do Manhuaçu, São João do Manhuaçu, São José do Mantimento e Simonésia.

5.14 – Havendo no mínimo 3 (três) ME/EPP sediadas no Município de Alto Caparaó (LOCAL) as mesmas terão prioridade de contratação, nos termos do art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 147/2014.”

III – DAS RAZÕES PARA ALTERAÇÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO ACIMA DESCRITO, DA SUA ILEGALIDADE PARCIAL E DA NULIDADE ABSOLUTA DE CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE - VÍCIO NO PROCEDIMENTO

Conforme se verifica do cotejo do edital publicado no processo licitatório em epígrafe emanado pela Exma. Pregoeira e Presidente da CPL do Município de Alto Caparaó-MG, que há um nítido equívoco quanto à interpretação das normas legais que regulamentam o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as ME e EPP.

A Lei Complementar 123/2006 instituiu o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas (ME) e empresas de pequeno

porte (EPP), tendo o Decreto Federal nº 8.538/2015, alterado pelo Decreto Federal nº 10.273/2020, regulamentado algumas questões inerentes aos processos licitatórios.

Desse modo, o citado Decreto tornou obrigatório aos órgãos públicos que realizassem licitações exclusivas às ME e EPP, desde que o seu valor não ultrapasse o importe de R\$ 80.000,00, senão vejamos:

“Art. 6º Os órgãos e as 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). (Decreto Federal nº 8.538/2015)”

Essa é a **única** previsão legal que permite a proibição de participação de determinadas empresas em licitações públicas, quando estas não constituírem microempresas ou empresas de pequeno porte.

Por outro lado, inexistente qualquer norma que permite estabelecer critérios de seletividade entre as próprias microempresas ou empresas de pequeno porte, com o objetivo de proibir/vedar/excluir a participação nas licitações daquelas que não se encaixarem em tais critérios.

Ora, o que o Decreto Federal nº 8.538/2015 estabelece, é que poderá ser dada **prioridade** na contratação de determinadas microempresas e empresas de pequeno porte, sediadas em âmbitos locais ou regionais, desde que obedecidos os limites dos seus arts. 9º e 10º.

Ou seja, ambas autorizam o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às empresas locais e regionais pelo **direito de preferência** da proposta durante a Sessão Pública, não **de exclusividade** de participação.

A limitação geográfica não tem o condão de determinar qualquer vedação de participação nas licitações de empresas sediadas fora do âmbito local e

regional, sobretudo em função da regra contida no art. 3º, inc. I, da Lei 8.666/93 que proíbe restrições ao caráter competitivo da licitação, *in verbis*:

“Art. 3º - *caput omissis*

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, **restringam ou frustrem o seu caráter competitivo 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 específico objeto do contrato;**” (sem destaque no original)

Como bem se vê, há uma nítida confusão da Impetrada entre se estabelecer prioridade (ou preferência) x exclusividade de participação.

A regra contida no art. 9º, assim como determina o Decreto Federal nº 8.538/2015, não visa impedir a participação de ME e EPP que não estejam estabelecidas na mesma praça em que se situa o órgão licitante, mas dar preferência às propostas locais na fase de lances, nos limites legalmente impostos.

Pois bem. A fim de evitar que a Impugnante seja inabilitada do processo licitatório, pois pretende comparecer na sessão pública de 04/01/2023, às 13:00 horas, na sede administrativa (prefeitura municipal), do Município de Alto Caparaó-MG, para credenciar-se e concorrer com os demais licitantes, serve a presente para buscar a alteração do ato convocatório (edital de licitação), publicado nos autos administrativos em epígrafe, de forma a adequá-lo à Lei e aos princípios constitucionais da impessoalidade e da igualdade, diante do nítido equívoco entre prioridade x exclusividade de participação das empresas que possuem sede fora do limite geográfico estabelecido pelas cláusulas 5.13 e 5.14 do referido edital.

Com efeito, admitindo-se o contrário, ou seja, a rejeição da presente impugnação administrativa, mera argumentação, restar-se-á caracterizado

PREJUÍZO ao próprio Município, que se sujeitou à limitação da competitividade, com a participação de empresas sediadas na limitação geográfica estabelecida, já que propostas poderiam ser apresentadas por empresas outras em menor preço, com grandes chances de classificação da própria Impugnante.

Ademais, em nada satisfaz o interesse público a limitação geográfica para que empresas de outras regiões possam participar do certamente licitatório, pois, as licitações procedidas na modalidade de pregão pelo critério do menor preço têm a finalidade precípua de possibilitar a formulação de propostas (garantia da competitividade) dentre as quais será selecionada a mais vantajosa, ou seja, aquela que for satisfazer o interesse público, já que a Administração assumiu o dever de realizar a prestação menos onerosa.

É assim que dispõe o art. 45, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93:

“Art. 45. *caput omissis*

§ 1º. Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que seja vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;”

Todavia, não foi apresentado qualquer critério ou circunstância relevante capaz de justificar a proibição territorial imposta ao objeto licitado, de modo a permitir a verificação de que tal restrição se faz realmente necessária à maior eficiência da prestação de serviço gráfico, em detrimento da maior competitividade na oferta.

O art. 2º da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo, é claro ao vedar:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade,

proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;”

Frisa-se que, o objeto a ser licitado (fornecimento de oxigênio medicinal e locação de concentrador para a Secretaria Municipal de Saúde de Alto Caparaó-MG) sequer é de cunho emergencial.

Logo, não pode o Município se valer da urgência na prestação dos serviços para justificar a proibição de participação de empresas ME e EPP, já que o sistema de Registro de Preços não visa atender demandas urgentes da Administração, como também não a obriga a solicitar os itens registrados (art. 15, § 4º, da Lei 8.666/93).

Não obstante, o art. 1º, § 3º, do mencionado Decreto Federal, admite a adoção de outro critério de definição de âmbito local e regional, justificadamente, em edital, desde que previsto em regulamento específico do órgão ou entidade contratante e que atenda aos objetivos previstos no art. 1º.

Ocorre que, não há nenhum dispositivo em Lei Municipal de Alto Caparaó-MG que autorize os órgãos públicos a proibir a participação nas licitações de certas ME e EPP, o que evidencia a ilegalidade da cláusula de exclusividade do edital.

O Tribunal de Contas da União, inclusive, já assentou que, nas licitações para entidades de menor porte, não se deve sequer restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado onde estiver sediado o órgão licitador, *verbis*:

“(…) 18. Tal comando, todavia, não tem o desiderato de impedir que ocorram aos certames microempresas ou empresas de pequeno porte que não estejam estabelecidas na mesma praça em que se situa o órgão licitante, (...)

20. Assim sendo, vejo que, nos editais em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante (item 2.1 retro). (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2012a)”

Por todo o exposto, patente a nulidade das cláusulas editalícias em questão e dos atos subsequentes a serem realizados, por evidente violação às normas legais no que se refere à garantia da competitividade, da igualdade, da impessoalidade, e da obrigatoriedade de motivação, devendo, por conseguinte, ser garantida a participação das empresas que possuem suas sedes administrativas além do limite territorial imposto pelas cláusulas 5.13 e 5.14.

III.1 – Da inexistência de preclusão administrativa – compromisso da Administração Pública com a legalidade, a igualdade, a impessoalidade e a moralidade do procedimento – possibilidade de nulidade “ex officio” (PODER DE AUTOTUTELA)

Ab initio, vale tecer algumas considerações acerca da preclusão no processo administrativo, já que nas esferas judicial e administrativa, existem vários aspectos iguais ou próximos, tais como a sujeição aos princípios da legalidade, da ampla defesa, da motivação, da segurança jurídica.

No entanto, não se pode negar a existência de diferenças sensíveis entre o processo judicial e o administrativo. Se assim não fosse, bastaria aplicar aos processos administrativos as normas constantes do CPC e do CPP.

Das palavras da doutora e ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“(…)

Assim é que o formalismo, presente nas duas modalidades de processo, é muito menos rigoroso nos processos administrativos, em relação aos quais alguns falam em informalismo e outros preferem falar em formalismo moderado. No processo administrativo, a forma e a formalidade só devem ser impostas na medida necessária e suficiente para que a atuação da Administração Pública atinja os seus fins, em especial a garantia dos direitos dos administrados. Não é possível simplesmente transpor para os processos administrativos todos os formalismos previstos no CPC. (...) A ideia de coisa julgada administrativa, embora mencionada pela doutrina, não tem o mesmo sentido da coisa julgada judicial, já que, adotado o princípio da unidade de jurisdição no artigo 5º, XXXV, da Constituição, só ao Poder Judiciário assiste a competência para dizer o direito em última instância. Do mesmo modo que a coisa julgada e a prescrição, o instituto da preclusão — que ocorre quando uma das partes deixa de adotar alguma providência processual de sua alçada — foi transposto para o âmbito dos processos administrativos. No entanto, também não pode ter o mesmo rigor que no processo judicial. No direito administrativo, só existe a coisa julgada formal, na medida em que o encerramento do processo, pelo não cabimento de novos recursos na via administrativa, torna imutável a sentença naquele específico processo; mesmo assim, existe a possibilidade de revisão ex officio dos atos viciados por ilegalidade. No entanto, não é possível falar em coisa julgada material, porque a decisão pode ser revista em outro processo e não adquire imutabilidade no sentido em que esta existe no processo judicial; a decisão não faz lei entre as partes. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, acesso pelo link: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-10/interesse-publico-principios-processo-judicial-processo-administrativo>)

Por sua vez, é possível ocorrer a preclusão (perda de uma faculdade processual por não ter se exercido em tempo oportuno) nos processos administrativos, porém com maiores limitações do que no processo judicial.

Isto porque, estando a Administração Pública sujeita à observância do princípio da legalidade e ao controle judicial, sempre se reconhece a ela o poder-dever de rever os próprios atos, para anulá-los, convalidá-los ou revogá-los.

Mesmo que o interessado tenha perdido o prazo para adotar as providências que lhe cabem, como o de produzir a prova dos fatos que tenha alegado ou o de recorrer da decisão que lhe é desfavorável, a Administração pode rever a sua decisão, não só em decorrência do respeito à legalidade, como também pela aplicação dos princípios da oficialidade, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público.

Muito antes de serem promulgadas a Lei de Processo Administrativo, o princípio da oficialidade já estava consagrado pela doutrina como prerrogativa da Administração Pública para, de ofício, instaurar o processo, fazer a sua instrução, sua impulsão, sua revisão.

Hoje, a Lei Federal nº 9.784/99, contém várias normas que dão aplicação a esse princípio, que é inerente à atividade administrativa, como as contidas nos artigos 2º, XII, 5º, 29, 62, § 2º, e 65.

O princípio da oficialidade autoriza a Administração a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos e informações, bem como rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à apuração dos fatos e à correta aplicação da lei.

A oficialidade está presente:

- (i) no poder de iniciativa para instaurar o processo;
- (ii) na instrução do processo; e
- (iii) na revisão de suas decisões.

Decorrente do princípio da oficialidade, o princípio da verdade material ou da verdade real significa que a Administração tem o poder-dever de decidir

com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos interessados.

Evidentemente, tais considerações não significam que os interessados não tenham que cumprir os ônus processuais. O que se está querendo realçar é que o fato do interessado deixar de cumprir determinadas normas (como as pertinentes ao prazo para recorrer ou à produção de provas, por exemplo) não desobriga a Administração Pública do poder-dever de impulsionar o processo, seja providenciando todas as medidas necessárias à adequada instrução, seja revendo a sua decisão se reconhecer que, mesmo sendo extemporâneas, as alegações do particular são procedentes.

Das palavras da doutora e ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Disso decorrem algumas consequências: a) não existe revelia nos processos administrativos (artigo 27 da Lei 9784); b) se para o interessado a instrução é um direito inerente ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, para a Administração, constitui um ônus (artigos 3º, III, 29 e 38); c) o interessado pode, a qualquer momento, antes da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo; d) mesmo na fase recursal é possível acrescentar novas alegações e juntar novos documentos (artigo 60); e) nos processos sancionatórios, é cabível a revisão, a pedido ou “ex officio” (artigo 65); f) a inércia do interessado, em hipóteses que envolvam o interesse público ou direitos individuais indisponíveis, não poderá acarretar o arquivamento do processo, cabendo ao órgão administrativo suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão (art. 39, parágrafo único); g) a preclusão do direito de recorrer, pela perda do prazo ou por estar exaurida a instância administrativa, não é absoluta, tendo em vista que a Administração ainda pode rever o ato “ex officio”, mesmo que não conhecendo do recurso (artigo 63, § 2º)”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, acesso pelo link: <https://www.conjur.com.br/2015-dez->

10/interesse-publico-principios-processo-judicial-processo-administrativo)

Por todas essas razões, o processo administrativo não tem o caráter contencioso de que se reveste o processo judicial. E mais, havendo ilegalidade que vicie o instrumento convocatório, esta ilegalidade se estende a todos os atos que dele decorrerem e, conseqüentemente, o possível futuro contrato.

É assim que determina o art. 49, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93:

“Art. 49. *caput omissis*

§ 2º. A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.”

Desse modo, ainda que o edital do referido pregão presencial não tenha sido impugnado, o que não é o caso dos autos, diante da presente impugnação perpetrada, o ato administrativo baseado em cláusula ilegal é absolutamente inválido, viciando todo o procedimento:

“Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação” (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 63).

Vale dizer que a cláusula de exclusividade e o ato administrativo de inabilitação violam expressamente as supramencionadas normas legais, carecendo, portanto, de nulidade absoluta.

IV – DO PEDIDO

Pelo exposto, requer a V. Exa. digne-se em julgar procedente a presente impugnação administrativa, para declarar nulas e/ou anuladas as cláusulas de exclusividade “5.13” e “5.14”, pelos fundamentos jurídicos acima aduzidos.

Pede deferimento.

De Caratinga-MG para Alto Caparaó-MG, em 20 de dezembro de 2022.

OXIMEDI, CNPJ 26.959.683/0001-00

Nilza Maria de Freitas