



GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAGOMINAS
SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS



PARECER JURÍDICO Nº 498/2021-SEJUR/PMP

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 9/2021.00002 - SRP

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE - SEMS.

SOLICITANTE: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

ASSUNTO: ANÁLISE DE RECURSO.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PREGÃO ELETRÔNICO - SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSUMO TAIS COMO MATERIAL FARMACOLÓGICO, OBJETIVANDO ATENDER A SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE E SEUS PROGRAMAS, HOSPITAL MUNICIPAL DE PARAGOMINAS E A UNIDADE DE PRONTO ATENDIMENTO – UPA. APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 44 E 45 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 E DO ARTIGO 3º DA LEI N. 8.666/93. RECURSO. PROVIMENTO.

1. – RELATÓRIO

Trata-se de solicitação formulada pelo Ilustríssimo Senhor Pregoeiro para análise e manifestação jurídica para análise e manifestação jurídica acerca dos termos das RAZÕES DE RECURSO interposto por A J COMERCIO ATACADISTA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES e CONTRARRAZÕES apresentadas por CIENTÍFICA MÉDICA HOSPITALAR LTDA., tendo como objeto a aplicação da CLÁUSULA IX – DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, subitem 9.4, e da CLÁUSULA XIV – DA HABILITAÇÃO, subitem 14.4 do Edital e consequentemente dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006.

Em síntese, a Recorrente AJ COMERCIO ATACADISTA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES argumenta que quando do julgamento das propostas relativas ao item n. 141, não obstante a diferença entre a sua proposta e a da licitante declarada vencedora não tenha superado o montante de 5% (cinco por cento), não foi considerado o empate ficto e aplicado os critérios previstos nas CLÁUSULAS IX e XIV do edital de nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006.

Em contrarrazões, a Recorrida CIENTÍFICA MÉDICA HOSPITALAR LTDA. sustenta a inaplicabilidade dos incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006, que versam especificamente sobre a licitação exclusiva e a cota de 25% (vinte e cinco por cento) para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, ao caso concreto e que o acolhimento da pretensão do recorrente representa prejuízo ao conjunto do objeto licitado nos termos do art. 49, III, do mesmo diploma legal.



GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAGOMINAS
SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS



A licitante recorrida, em sua argumentação, que esclarece que para o item n. 141 a proposta da empresa Capelari e Faria Ltda. apresentou menor preço, R\$99.050,00 (noventa e nove mil e cinquenta reais), e teve sua proposta desclassificada tendo sido a própria recorrida declarada vencedora com o segundo menor valor de proposta, R\$ 99.676,20 (noventa e nove mil seiscentos e setenta e seis reais e vinte centavos), enquanto a Recorrente havia apresentado proposta no valor de R\$ 100.287,00 (cem mil duzentos e oitenta e sete reais), o que não atrairia a incidência do inciso I, do art 48 da Lei Complementar n. 123/2007.

É o relatório.

2. – DA ANÁLISE JURÍDICA.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação limitar-se-á à dúvida estritamente jurídica “*in abstracto*”, ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto a outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração.

A emissão deste parecer não significa endosso ao mérito administrativo, tendo em vista que é relativo à área jurídica, não adentrando à competência técnica da Administração, em atendimento à recomendação da Consultoria-Geral da União, por meio das Boas Práticas Consultivas – BCP nº 07, qual seja:

“O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.”

Portanto, passa-se à análise dos aspectos relacionados às orientações jurídicas ora perquiridas.

3. - DA FUNDAMENTAÇÃO.

3.1. – DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 E SUAS DISPOSIÇÕES SOBRE A GARANTIA DE ACESSO AO MERCADO POR MEIO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO À MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS.

A Administração Pública deve observância aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, competindo-lhe para a contratação para realização de as obras, serviços, aquisições e alienações por meio de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal.



GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAGOMINAS
SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS



Por outro lado, a Carta Magna, em seu art. 170, IX, prevê que a ordem econômica, pautada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade precípua a garantia de existência digna a todos conforme preceitos de justiça social a partir da observância, dentre outros princípios, o do “*tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração do no País*”.

É nesse contexto em que a Lei Complementar n. 123/1993, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, em seu CAPÍTULO V – DO ACESSO AOS MERCADOS, especificamente do art. 42 ao 49, quando trata das aquisições públicas, garante tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte.

O tratamento diferenciado previsto na legislação compreende, dentre outros, a partir do reconhecimento de requisitos específicos, a realização de licitação exclusiva, estabelecimento de cota mínima de 25% do objeto da licitação e critérios de desempate de propostas em favor das empresas enquadradas na definição de microempresa e empresa de pequeno porte a partir da definição do art. 3º da Lei Complementar n. 123/2006.

A realização de licitação exclusiva e de estabelecimento de cota mínima de 25% (vinte e cinco por cento) para participação exclusiva por microempresas e empresas de pequeno porte, prevista no artigo 48, I e III, da Lei Complementar 123/2006, distingue-se da previsão de caracterização de empate ficto e fixação de critério de desempate e preferência de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações ou disputas de itens divisíveis, previsto nos artigos 44 e 45 da referida lei.

O objeto específico do recurso interposto relaciona-se a aplicação e reconhecimento do empate ficto tal como previsto no art. 44, §2º, e 45, I da Lei Complementar n. 123/2006 que apresentam a seguinte redação:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de **pregão**, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

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;

(...)

(omissis, grifos e destaques apostos)



GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAGOMINAS
SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS



O professor Ronny Charles¹ ao comentar os artigos 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006, trata do empate ficto e leciona que:

Os artigos 44 e 45 caracterizam como empate (ficto) as situações nas quais as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta melhor classificada, quando esta for apresentada por sociedade não caracterizada como ME ou EPP. Na modalidade pregão, esse intervalo é reduzido para 5%.

Em virtude desse empate (ficto), a Lei Complementar admite o desempate ficto, estabelecendo que a microempresa ou empresa de pequeno porte, melhor classificada dentre as empatadas, “poderá” apresentar proposta de preço inferior àquela até então considerada vencedora do certame (a Lei não permite nova proposta pela outrora vencedora), o que a tornaria a licitante de melhor proposta.

De acordo com o dispositivo, não sendo possível a realização do procedimento com a ME ou EPP melhor classificada no intervalo de empate ficto, serão convocadas, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito.

Outrossim, na hipótese em que, por recurso administrativo ou pela inabilitação da declarada vencedora da licitação (no pregão), outra empresa, posteriormente classificada e não caracterizada como ME ou EPP, for declarada vencedora, os valores desta proposta vencedora devem servir de referência para a nova identificação de eventual empate (ficto), com reabertura do procedimento de desempate ficto, se for o caso.

(grifos e destaques apostos)

Entende-se, pois, desde já, que o objeto do recurso interposto é restrito à aplicabilidade, ou não, do tratamento diferenciado relacionado à caracterização de empate ficto e aplicação do critério de desempate à luz dos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n. 123/2006 e da CLÁUSULA XIV – DA HABILITAÇÃO prevista no edital do certame, restando superada, desde já, a argumentação trazida em contrarrazões pela licitante recorrida, uma vez que foi permitida a participação de empresas enquadradas e não enquadradas na definição de microempresa e empresa de pequeno porte para disputa do item.

4. – CONCLUSÃO.

Diante do exposto, ressaltadas as atribuições próprias desta alçada jurídica, que não incluem a verificação e julgamento das condições de habilitação, recebimento e decisão de recursos e a própria indicação de vencedor, caso verificado o enquadramento da Recorrente e o não enquadramento da Recorrida na definição de microempresa ou empresa de pequeno porte, art. 3º da Lei Complementar

¹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9ª ed. Salvador. Ed. JusPodvm, 2018. Pág. 1.049.



GOVERNO DO ESTADO DO PARÁ
PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAGOMINAS
SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS

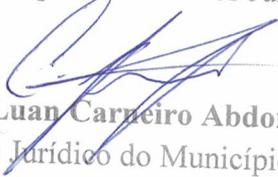


n. 123/2006, e a caracterização do empate ficto entre a proposta da Recorrente e a da Recorrida, nos termos do §2º do art. 44 da Lei Complementar n. 123/2006, manifesta-se pelo **PROVIMENTO** do recurso interposto, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto na parte final do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, e ao art. 45, I, da Lei Complementar n. 123/2006.

Ressalvado o caráter opinativo desta alçada jurídica e com inarredável respeito a entendimentos diversos, considerando a fundamentação supra, é o **parecer**, salvo melhor juízo.

Paragominas (PA), 09 de junho de 2021.


Amauri de Macêdo Cativo
Secretário Municipal de Assuntos Jurídicos


Cláudio Luan Carneiro Abdon
Assistente Jurídico do Município