

AO SENHOR PREGOEIRO DO PREGÃO ELETRÔNICO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, DO MUNICÍPIO DE RECIFE, ESTADO DE PERNAMBUCO.

Ref.: **PREGÃO ELETRÔNICO N°07/2016-TRF5 (PROCESSO N°00586/2016)**

DENTAL CREMER PRODUTOS ODONTOLÓGICOS S.A., sociedade anônima de capital fechado, com sede na Rua Iguaçu, n° 444, Itoupava Seca, Município de Blumenau, Estado de Santa Catarina, CEP 89030-030, inscrita no CNPJ/MF sob o n° 14.190.675/0001-55, neste ato representada nos termos de seu estatuto social, vem, respeitosamente, à presença de V.Sa., nos termos do item 23.1 do Edital para Pregão Eletrônico N° 07/2016 – TRF5 – Licitação com participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte objeto do Processo n°00586/2016 (o “Edital”), do art. 9° da Lei Federal n° 10.520/02 (“Lei do Pregão”) e do art. 41, § 2°, da Lei Federal n° 8.666/93 (“Lei de Licitações”), tempestivamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao

mencionado instrumento convocatório de licitação, requerendo que V.Sa. se digne a receber, processar e deliberar sobre a presente, prolatando, tempestivamente, com a motivação adequada e suficiente, a r. decisão neste feito a respeito do alegado detalhadamente neste arrazoado.

I – DOS FATOS

Trata-se, a Impugnante, de empresa que tem como principal atividade econômica o comércio atacadista de produtos odontológicos, sendo empresa estabelecida no mercado nacional desde 2011.

O Edital, ora impugnado, tem como objetivo a seleção de propostas, visando o registro de preços para futura e eventual aquisição de material odontológico, destinados a atender a demanda existente nos consultórios odontológicos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em Recife, Estado de Pernambuco (“TRF5”), conforme especificações e quantidades estimadas no Termo de Referência constante o referido Edital.

Neste sentido, teoricamente, a empresa impugnante preenche todos os requisitos para participação da licitação, na medida em que comercializa exatamente os materiais, cujas especificações mínimas encontram-se descritas no Anexo I do Edital.

Ocorre que o item 3.1 do referido Edital limita a participação no certame às Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte (as “ME’s e EPP’s”), utilizando como fundamento para tanto a Lei

Complementar n° 147/2014 que promoveu alterações na Lei Complementar n° 123/2006 e instituiu que nas contratações públicas, quando for vantajoso para a Administração Pública, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as ME's e EPP's, desde que tal condição seja previamente informada no ato do envio da proposta, 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.

Com base na legislação acima indicada, e desde que vantajoso para Administração Pública ou não haja um prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado ou ainda havendo um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME's e EPP's sediados local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório ou não sendo o objeto caso de dispensa ou inexigibilidade, nos termos dos incisos I, II e III do artigo 49 da referida lei, tornou-se obrigatória a exclusividade na participação de ME's e EPP's nas contratações para concorrências públicas cujo valor total, ainda que por item, seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), conforme inciso I do artigo 48 da referida lei.

O presente Edital faz uso do inciso I do artigo 48 e limita a participação no certame exclusivamente para ME's e EPP's, sem se ater a Administração Pública ao que preconiza os incisos II e III do art. 49, que admitem situações em que a exclusividade prevista no inciso I do artigo 48 não deverá ser observada, notadamente quando essa obrigatoriedade possa, de alguma maneira, causar prejuízo à Administração Pública, situação que, como se verá abaixo, é exatamente o caso do Edital ora impugnado.

II – DO DIREITO

A Lei Complementar nº 123/2006, em atitude louvável, instituiu o chamado estatuto nacional da micro e pequena empresa, basicamente alterou um conjunto de normas de caráter tributário e administrativo, entre outros, para incentivar o empreendedorismo de micro e pequeno porte na população.

Todavia, em agosto de 2014 entrou em vigor a Lei Complementar nº 147/2014, que promoveu diversas alterações na mencionada Lei Complementar nº 123/2006, dentre as quais, ampliou, de maneira desarrazoada, o leque da proteção às ME's e EPP's no Brasil.

Pela nova legislação, a Administração Pública, em determinadas situações, deverá limitar seu universo de potenciais fornecedores junto a esta classe de empresas, quando entender que não há desvantagens que poderiam afastar a aplicação de tal limitação, nos termos do inciso III, do artigo 49 da referida lei. Percebe-se, portanto, que o uso de tal condição de exclusividade para MP's e EPP's sem considerar as excludentes previstas nos incisos do artigo 49 da referida lei representa a criação de uma barreira de mercado imposta artificialmente pelo ente contratante em questão por meio das regras editalícias (barreira legal) à entrada de outros fornecedores de produtos e serviços para a Administração Pública, o que prejudica a livre concorrência, a captação dos benefícios financeiros de economias de escala e premia, ainda, a concentração e ineficiências de mercado, deixando à Administração Pública completamente exposta a preços que não condizem com a prática de

mercado do objeto em questão, mas que na realidade condizem com aqueles preços que forem apresentadas por um reduzido grupo de empresas que se qualificam como ME's e EPP's para o fornecimento pretendido, portanto, desconsiderando outras propostas de fornecedores com estruturas de custos diversas, inclusive voltada ao atacado, e, portanto, mais vantajosas à Administração Pública. A utilização indiscriminada desta cláusula de exclusividade, sem levar em conta características do mercado do objeto específico da contratação, conforme inclusive prevê o inciso III, do artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06, conforme alterada pela Lei Complementar nº 147/14, tem um evidente potencial lesivo ao Erário, transferindo a este os custos relativos a uma maior concentração de mercado no fornecimento para o ente contratante, decorrente da menor concorrência resultante desta limitação editalícia.

A Administração Pública, para exercer as atividades empresariais, depende, em geral, de um procedimento seletivo prévio, que é a licitação. Conforme ensinamentos do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles¹, licitação é:

“o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios jurídicos.”

A licitação pode ocorrer entre seis das modalidades estabelecidas em lei, sendo que todas devem seguir os

¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e Contrato Administrativo*, 14ª edição, Malheiros: São Paulo 2007.

preceitos genéricos da licitação, porém cada uma das modalidades possui características próprias e se destina a determinados tipos de contratação.

No presente caso, trata-se de licitação por pregão eletrônico, que, conforme previsto no artigo 1º, da Lei do Pregão, acontece com a finalidade de aquisição de bens e serviços comuns.

Conforme acima demonstrado, o inciso I, do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 147/2014 determinou que **um** dos requisitos obrigatórios que deve ser observado para que a Administração Pública realize processo licitatório exclusivamente para ME's e EPP's é que o valor de tal contratação seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Os demais **três** requisitos obrigatórios que devem ser observados pela Administração Pública para que realize processo licitatório exclusivamente para ME's e EPP's vêm tratados nos incisos II, III e IV, do artigo 49 da mesma Lei Complementar nº 123/2006, com a alteração dada pela Lei Complementar 147/2014:

“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I – (Revogado)

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.”

No caso concreto, o Edital simplesmente limitou o certame somente para a participação exclusiva de ME's e EPP's, baseando-se na disposição do inciso I, do artigo 48, sem levar em consideração o requisito previsto no inciso III, do artigo 49 acima indicado. Na presente data, existem outras empresas capazes de apresentar propostas economicamente mais vantajosas para o TRF5, tais como a própria Impugnante: excluir do certame a participação de empresas como a Impugnante aos demais itens da licitação em questão e, portanto, a possibilidade de conhecer suas propostas de preço competitivas no âmbito de um processo licitatório representa a desvantagem para a Administração Pública justamente prevista no inciso III, do artigo 49 acima transcrito.

Nos termos acima explicados, o inciso III, do art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006, com a alteração dada pela Lei Complementar nº 147/2014, contém outra regra de exceção à obrigatoriedade de contratação com ME's e EPP's aplicável ao presente caso. Trata-se de regra com a mesma *ratio* da insculpida no inciso II, do mesmo artigo, ou seja, tem por objetivo primordial evitar que a Administração Pública seja lesada na aquisição dos materiais listados no edital de convocação da licitação.

Vale dizer, as ME's e EPP's reconhecidamente possuem uma menor capacidade de comercialização em volume, pois adquirem produtos em menor quantidade e têm de agregar a eles, como qualquer empresa, seus custos diversos (*e.g.* tributos, logística, despesas e lucros), durante toda a cadeia comercial até a finalização da venda. A estrutura de custos de ME's e EPP's, portanto, reflete estas ineficiências decorrentes de sua menor capacidade de comercialização em volume, e o preço final a qualquer consumidor seu é superior por item, se comparado com os preços praticados pelas empresas de grande porte, as quais, por trabalharem com uma grande quantidade de produtos, em economias de escala que refletem sua maior capacidade de comercialização em volume, podem oferecer preços mais vantajosos a quaisquer de seus clientes, inclusive para a Administração Pública, quando esta adquire por meio de licitação estes mesmos produtos neste mesmo mercado competitivo.

O que se observa é que a Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, visou ampliar a participação das ME's e EPP's nas compras públicas até o limite em que a Administração Pública não seja lesada ao comprar destas ME's e EPP's, e não simplesmente transferir para a Administração Pública as ineficiências econômicas da estrutura de custos destas empresas. Caso contrário, estaria a referida lei elevando interesses de particulares acima do interesse público que é objeto primordial a ser perseguido pela Administração Pública. Dessa forma, é importante sopesar princípios pertinentes ao presente certame como o da competitividade, da economicidade e da eficiência, buscando-se a *“proposta mais vantajosa para a administração”* conforme é vislumbrado no artigo 3º, da Lei de Licitações.

No mesmo sentido, o próprio TRF5 prevê os itens 16.2.3 e 16.2.4 do Edital a proteção aos interesses no âmbito de Administração Pública:

“16.2.3 Anular este Pregão por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado; 16.2.4 Revogar este Pregão, se for considerado inoportuno ou inconveniente ao interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado.”

Com efeito, se a Administração Pública insistir na limitação da presente licitação, mantendo a exclusividade para contratação de ME's e EPP's, com base na Ata de Registro de Preços resultado da licitação em questão, correrá o risco de ver frustrado seu objetivo, pois certamente não conseguirá comprar durante tal período os produtos de qualidade pelo preço estimado de referência ou, em cenário muito pior, comprará os produtos por preço muito superior ao que poderia desembolsar se o certame fosse aberto a todos os interessados para todos os itens, lesando o contribuinte, cujos recursos deve administrar em consonância com os princípios defensores do interesse público sobre os de quaisquer particulares.

Neste sentido também, deve-se ressaltar que o objeto da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, é a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, e por isso a preocupação da lei em prever situações e requisitos que devem ser levados em consideração **em conjunto**, para afastar práticas nas contratações por entes da Administração Pública que resultem em concentração de mercado e barreiras regulatórias à entrada de competidores. Um exemplo de uma prática que permite a

concentração de mercado e impõe uma barreira a um competidor é justamente a inclusão de uma cláusula de exclusividade somente para MP's e EPP's em licitações para a compra de um produto que já vinha sendo fornecido no mercado por uma gama de empresas dos mais diversos tamanhos, premiando um pequeno universo de fornecedores com uma barreira legal que afasta a concorrência com empresas que buscam a todo o momento crescer, gerar empregos e fornecer para os mais diversos setores da economia de forma eficiente. Em um mercado competitivo, tais MP's e EPP's, sem uma estrutura de ganhos de escala, não fornecem à Administração Pública o melhor preço e, como consequência, ao comprar exclusivamente delas a Administração Pública despende recursos de forma ineficiente, prejudicando não somente a economia local na medida em que compra menos produtos do que poderia comprar, direta ou indiretamente, gerando menos serviços indiretos, mas também a economia nacional, na medida em que se muitos entes da Administração Pública não observarem **todos** os requisitos previstos na legislação em questão, bolsas de concentração de mercado artificial criados por regras de editais serão espalhadas pelos entes contratantes da Administração Pública, premiando fornecedores ineficientes com a garantia de contratação ainda que seu preço não reflita a melhor forma de se obter tal bem ou serviço o que, ao final representa uma desvantagem tanto para a Administração Pública local, que paga mais caro e compra menos, quanto para a Administração Pública como um todo, que acaba por estimular concentração de mercado e maiores gastos, quando poderia estimular o uso eficiente de recursos.

Assim, conforme já exposto, a limitação indiscriminada de licitações exclusivamente para a participação em ME's e EPP's, sem ater-se a todos os requisitos previstos na lei, tem feito com que os entes públicos em geral adquiram produtos em valores superiores ao

praticados no mercado, gerando um aumento excessivo e desnecessário nos gastos públicos que, a rigor, devem buscar a melhor proposta para o ente da Administração Pública em questão.

Tendo em vista que a Impugnante, na presente data, é sociedade participante de parte do mesmo setor econômico do qual as ME's e EPP's participam e que possui preços mais vantajosos na medida em que sua estrutura de custos é toda baseada no ganho de escala e assim pratica preços finais que captam estas economias de escala e transferem para o consumidor final tais ganhos, já na presente data é possível identificar que a exclusividade na contratação de MP's e EPP's é lesiva à Administração Pública e afasta propostas mais vantajosas, o que resulta na aplicação exata do previsto no inciso III, do Artigo 49 da Lei Complementar nº123/2006, com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº147/2014, que implica o afastamento da possibilidade de contratação exclusiva do inciso I, do artigo 48 da mesma lei.

Assim, ao não permitir expressamente a participação da Impugnante no presente certame para os itens objeto da contratação, fica a Administração Pública em questão, notadamente o TRF5, sem poder verificar com base em critérios objetivos e no âmbito de um procedimento licitatório efetuado nos termos condizentes com os princípios norteadores das contratações públicas, completamente à mercê da estrutura de custos e preços finais aplicadas por poucas ME's e EPP's da região, o que impede, desta forma, a real constatação sobre se estas propostas são as mais vantajosas ou não para o TRF5.

Mais eficiente, mais transparente, e em consonância com os princípios norteadores das compras públicas e, ainda,

menos custoso para a Administração Pública, portanto, é rever, na presente data, as condições do Edital em questão, para permitir que quaisquer fornecedores dos bens a serem adquiridos no âmbito deste Edital possam apresentar suas propostas a todos e quaisquer itens objetos do Edital ao TRF5, independentemente de serem ou não ME's e EPP's. Veja que isto não impede nem mesmo o tratamento preferencial que pode ser concedido às ME's e EPP's, no âmbito de um empate, conforme previsto no artigo 44 da Lei Complementar nº 123/2006 com a nova redação trazida pela Lei Complementar nº 147/2014, mas neste segundo caso, a Administração Pública teria, ao menos, a confirmação dos preços praticados por todo e qualquer agente de mercado, estando a sua decisão na contratação de ME's e EPP's devidamente respaldada pelos critérios objetivos ali constantes e os quais foram os escolhidos pelo legislador.

Desta forma resta nítida a inviabilidade da manutenção da condição de exclusividade trazida pelo item 3.1 do Edital para a participação exclusiva de ME's e EPP's, já que, diante da possibilidade de outras empresas com melhores estruturas de custo apresentarem propostas mais vantajosas do que ME's e EPP's, o que se externa inclusive por meio do interesse demonstrado pela própria Impugnante neste pedido, a aquisição de produtos pelo TRF5 em tela não corresponde àquela prevista no inciso I, do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, pois não cumpre com o requisito previsto no inciso III, do art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, tendo em vista que a exclusividade representa uma desvantagem à Administração Pública sendo desta forma, necessária a retirada das disposições restritivas constantes no item 3.1 do Edital, que dispõe acerca da exclusividade de participação apenas para ME's e EPP's, permitindo uma maior concorrência para a criação da Ata de Registro de Preços desejada e

eventual fornecimento posterior, com a participação de todas e quaisquer empresas interessadas no certame.


III – DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer se digne V.Sa. a receber, processar e deliberar sobre a presente **IMPUGNAÇÃO** para que seja acolhida com a conseqüente determinação de abertura da participação de todas as empresas interessadas em participar da licitação prevista no Edital para Pregão Eletrônico Nº 07/2016 –TRF5, com a conseqüente exclusão das condições restritivas representadas pelo item 3.1 do referido Edital, em relação a todos e quaisquer itens objeto do Termo de Referência do Edital, independentemente do seu valor, de forma a destinar a cota de apenas 25% (vinte e cinco) por cento do objeto para a contratação de ME's e EPPs.

Termos em que,
Pede deferimento.

Blumenau, Santa Catarina, 14 de junho de 2016.

DENTAL CREMER PRODUTOS ODONTOLÓGICOS S.A.



André Luiz Niehues Balam
Representante Legal
RG 8.808.961-8
CPF 010.821.809-04