



## **RESPOSTA À IMPUNGAÇÃO**

**PROCESSO Nº 2024/0017959**

**INTERESSADO:** Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

**ASSUNTO:** Confeção de kits de carteiras funcionais e porta-documentos – Impugnação e Resposta à Impugnação.

### **RESPOSTA À IMPUNGAÇÃO**

No dia 06 de novembro de 2024, foi recebida tempestivamente Impugnação de um potencial interessado em participar do certame. Não obstante tenham sido apresentados 04 argumentos interdependentes (indicados abaixo em resumo), na essência, a questão se resume à exclusividade de participação de licitantes com enquadramento como microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) para o Item 1, a saber, as carteiras de identidade funcional. No entendimento do interessado, tal limitação é indevida e precisa ser revista para permitir a ampla participação.

De acordo com o subscritor da Impugnação:

- 1) A execução do objeto é complexa de tal forma que possivelmente ME e EPP não possuam capacidade técnica para tal empreitada;
- 2) Conseqüentemente, há risco de não execução do objeto e de “terceirização” (sic), o que pode elevar os custos para a Administração Pública;
- 3) Mantida a exclusividade de participação, haverá um número reduzido de participantes;
- 4) Em suma, o impacto será negativo para a satisfação do interesse público.

Passamos a nos manifestar.

Na verdade, o foro da discussão levantada é o tratamento benéfico e diferenciado dispensado às ME e EPP pela Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com as alterações posteriores (para simplificar, “LCF 123/2006”). Embora não se trate de um diploma específico sobre licitações, seu Capítulo V disciplina uma série de regras voltadas ao estímulo governamental para que tais empresas possam ter o acesso facilitado ao mercado, quer interno, mais especificamente, a Administração Pública (Seção I), quer externo (Seção II). Ao abordar o tema, é inevitável que a Lei traga conseqüências aos procedimentos licitatórios ou, de modo mais amplo, às contratações públicas.

Isso é de conhecimento do Impugnante, conforme demonstrado no trecho parcialmente reproduzido a seguir: “*Ainda que a Lei Complementar nº 123/2006 permita a reserva para ME e EPP em licitações com valor estimado abaixo de R\$ 80.000,00...*”. Contudo, há um pequeno equívoco que compromete toda a argumentação e precisa ser esclarecido.

A referência da Impugnação é feita ao artigo 48, inciso I, da Lei Complementar em foco, o qual prevê a participação exclusiva de ME e EPP em certames cujo valor estimado seja inferior ao montante de R\$ 80.000,00. Todavia, diferente do que argui o Impugnante, não se trata de uma possibilidade conferida à Administração, e sim uma obrigação. O texto do inciso não deixa dúvidas quanto a isso:

**Art. 48.** *Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:*

*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);*

Desnecessário se socorrer aos mais diversos métodos de interpretação de normas jurídicas para demonstrar que o afirmado pelo Impugnante não encontra respaldo no comando legal. A própria literalidade basta para comprovar que inexistente qualquer faculdade no sentido de determinar ou não a exclusividade de participação no certame para ME e EPP. De forma mais simples, uma vez constatada a condição prescrita o inciso I do art. 48, não há margem para discricionariedade do administrador público: a licitação deverá ser exclusiva para quem possua tais enquadramentos disciplinados na LCF nº 123/2006.

A distinção entre permissão e obrigatoriedade fica ainda mais nítida ao se confrontar o texto do inciso I com os demais do mesmo artigo. O inciso II concede a permissão para que licitações de obras e serviços prevejam a subcontratação de ME e EPP (“II – poderá, em relação aos processos licitatórios...”), ao passo que o inciso III se vale do mesmo verbo dever do inciso I (“III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível...”). Isso significa que a lei estabelece de forma clara quando se confere a possibilidade de escolha ao administrador (no caso, a hipótese prevista no inciso II) e quando há uma determinação expressa (incisos I e III). Definitivamente, “poder” e “dever” não podem ser tomados como sinônimos.

Conforme informação contida no item 3.1.1 do Edital, o valor total estimado para as carteiras funcionais é de R\$ 45.090,00, montante bem abaixo do limite imposto pelo inciso I do art. 48. Sendo assim, não coube escolha a esta Instituição outra que prever a exclusividade de participação ora impugnada. Não se tratou de determinação com o intento de prejudicar agentes de mercado desprovidos do enquadramento ou de seguir ou que desconsidere a complexidade do objeto.

A bem da verdade, apesar de não ter mencionado expressamente, talvez o Impugnante queira fazer um apelo ao inciso III, do art. 49 da LCF comentada:

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

*(...)*

**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;**

Mesmo diante desta hipótese, o possível argumento parecer ser infundado. Isso porque, sem muitas dificuldades, podem ser encontradas licitações realizadas recentemente com êxito por outras Defensorias Públicas, cujos editais também previram a exclusividade:

Defensoria Pública do Estado do Ceará – Pregão Eletrônico nº 20230007

Defensoria Pública do Distrito Federal – Pregão Eletrônico nº 003/2019

Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais – Planejamento nº 073/2023

Defensoria Pública do Estado de Sergipe – Pregão Eletrônico nº 003/2023

Sem fazer juízo prévio das eventuais empresas que venham a participar de nosso certame, esta Administração encontra severas dificuldades em justificar tecnicamente a não aplicação da exclusividade prevista em Lei quando em outros Estados e no Distrito Federal, os certames foram bem-sucedidos em contratar empresas com tal enquadramento, principalmente por nossa Instituição estar sediada no Estado mais rico da Federação e de maior atividade empresarial. Logo, é muito mais provável que haja um número ainda maior de potenciais interessados. Além disso, a plataforma ComprasGov dá um caráter nacional às contratações públicas e não há impedimento que as mesmas participantes destes outros certames citados venham também a participar deste ora impugnado.

Por fim, quanto à provável “terceirização”, entendemos que, em verdade, quis se dizer subcontratação,

o que é totalmente vedado pelo Edital (Cláusula Décima Quarta da Minuta de Contrato, item 1.5 do Termo de Referência). Todos os participantes desta licitação estão cientes previamente ao envio de proposta que subcontratar o objeto, quer totalmente, quer parcialmente, ensejará na aplicação das sanções cabíveis.

Diante do exposto, não vemos razões de ordem técnica capazes de justificar a reforma do Edital do Pregão Eletrônico nº 90029/2024 e por isto ele deve ser mantido.

Rua Líbero Badaró, 616 5.º andar - Bairro Centro - CEP 01008-000 - São Paulo - SP - [www.defensoria.sp.def.br](http://www.defensoria.sp.def.br)

---

2024/0017959

DAOS DLI - 1107904v2