

PARECER JURÍDICO

A pedido do Setor de Licitações do Município, analisa-se impugnação ao edital de licitação referente ao processo licitatório nº 012/2016, na modalidade pregão presencial nº 006/2016.

Segundo a empresa impugnante (SANDRO ANTONIO ZARZECKI-EPP, CNPJ Nº 97.305.866/0001-42), o edital em questão não possibilita a participação exclusiva de empresas de pequeno porte – EPP ou Microempresas.

Tal fato, prejudicaria a participação da impugnante e de demais empresas enquadradas como ME e EPP.

Sabe-se que um dos fundamentos da licitação é a necessidade de se proporcionar igualdade de oportunidades aqueles que desejam contratar com a Administração Pública, conferindo ampla participação a todos os interessados que preencham os requisitos legais a oportunidade de apresentarem propostas e de serem escolhidos para o fornecimento de bens, prestação de serviços ou execução de obras.

Contudo, a Lei Complementar nº 123/2006 alterou esse cenário, consagrando tratamento diferenciado, previsto na Constituição Federal, para microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), tendo sido regulamentada no âmbito federal pelo Decreto nº 6.204/2007.

A vedação a cláusulas discriminatórias constitui regra expressamente prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;”

No entanto, o dispositivo legal admite, ainda que de forma implícita, a adoção de cláusulas discriminatórias desde que tenha relevância e pertinência para seleção da proposta mais vantajosa.

Isso significa que será inválida a cláusula discriminatória quando não tiver pertinência ou relevância. Mais ainda, também será inválida quando deixar de consagrar a menor restrição possível. Se as características do objeto licitado exigirem a adoção de tratamento discriminatório, isso não significará a autonomia da Administração para consagrar discriminação excessiva. Somente será admitida a mínima discriminação necessária para assegurar a obtenção da contratação mais vantajosa.

O tratamento diferenciado em favor de microempresa e empresa de pequeno porte constitui previsão expressa da Constituição Federal, art. 170, inc. IX e 179:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

LX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

“Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

Sobre o tema, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro Relator Guilherme Palmeira, Acórdão nº 1231/2008, Plenário, TCU:

“Nada obstante a existência do preceito constitucional da realização de licitação para as contratações públicas com o objetivo de melhor atendimento ao interesse público, assegurado o tratamento isonômico entre os participantes, não há que se olvidar que é também princípio constitucional o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (CF/88, art. 170, IX e 179), com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais. Creio que esses princípios não se antagonizam, ao contrário. Formam um todo harmônico em busca, justamente, da almejada isonomia, da igualdade.



Penso, ainda, não ter sido outro o espírito com que o legislador ordinário promulgou a LC 123/2006, estabelecendo as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e o Executivo baixou o Decreto 6.204/2007, regulamentando o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a ser aplicado aos entes em questão nas contratações públicas no âmbito da Administração Federal.

Além do mais, como bem assentou o representante do parquet, o atendimento ao interesse público visado pelo instituto da licitação, lato sensu, compreende não só a melhor proposta financeira, mas também fomentar a ampliação da oferta de bens e serviços, inibindo a formação de estruturas anômalas de mercado.

Dessa forma não vejo como prosperar a tese de inconstitucionalidade aventada”.

Assim, com vistas a regulamentar o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte foi aprovada a Lei Complementar nº 123/2006, que em seus artigos 47 e 48 previu a possibilidade de a União, Estados, Municípios e Distrito Federal editarem regulamentos que poderão compreender, dentre outras coisas, a realização de licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (art. 48, I).

A divisão da licitação em itens está prevista no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e tem como fundamento “a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência.”(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 276.)

Ou seja, são licitações que poderiam ser realizadas de forma apartada, mas por questões de economia, ou seja, para economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública e agilizar o processo licitatório, a Administração realiza um único certame, por meio de um único ato convocatório, que estabelece as condições para realização de certames, que se processarão conjuntamente, mas de forma autônoma.

Nos dizeres de Marçal Justen Filho, “a licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único



procedimento, documentado nos mesmos autos.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª edição. São Paulo: Dialética, 2009, p. 278.)

Ou seja, se fossem realizadas separadamente, com único objeto, cujo valor fosse igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), não haveria dúvidas acerca da exclusividade de participação das microempresas e empresas de pequeno porte. Reunidos em um mesmo instrumento convocatório, com itens com valores iguais ou inferiores aquele estabelecido na Lei Complementar nº 123/2006 e art. 6º do Decreto nº 6.204/2007, a conclusão não pode ser diferente.

Desse modo, na licitação composta de itens cujos valores sejam iguais ou inferiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), o edital poderá regulamentar, para cada um desses itens, a exclusividade de participação das microempresas e empresas de pequeno porte, conforme dispõe o art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/2006.

Nesse sentido, foi elaborado o Parecer/MP/CONJUR/DF/nº 1126-4.2/2008, com o seguinte destaque:

“Desse modo, o valor de até R\$ 80.000,00 nas contratações, definido pelo art. 48, inciso I, da LC nº 123/06 e art. 6º, caput do Decreto nº 6.204/07 (questão 11.1 – fl. 43), deve ser observado na licitação de cada item, já que a concorrência ocorrerá por item, e não pelo valor geral (soma dos itens) das contratações, ainda que proporcionadas por um único pregão (ou outra modalidade). A realização de várias competições num mesmo procedimento licitatório tem objetivo meramente econômico, o que não representa sua acumulação em uma única contratação.”

A Consultoria Geral da União também debateu o tema – Parecer nº 01/2013/GT/Portaria nº 11, de 10 de agosto de 2012, concluindo que *“o valor de até R\$ 80.000,00 nas contratações, definido pelo art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006 e art. 6º, caput, do Decreto nº 6.204/07, deve ser observado na licitação de cada item, pois a competição realiza-se por item e não pelo valor geral (soma dos itens) das contratações, ainda que proporcionadas por um único edital de licitação.”*

O TCU firmou entendimento no mesmo sentido, de conferir exclusividade de participação às microempresas e empresas de pequeno porte em itens de licitação cujos valores não superem R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Confira-se:

Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações: 2 - As licitações processadas por meio do sistema de registro de preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, competindo ao órgão que gerencia a ata de registro de preços autorizar a adesão à referida ata, desde que

cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação

Na mesma consulta formulada pelo Presidente TST, o Tribunal foi chamado a responder as seguintes indagações: “2.2. As licitações processadas mediante o Sistema de Registro de Preços (SRP), cujo valor estimado seja igual ou menor a R\$ 80.000,00, devem ser destinadas à contratação exclusiva de ME e EPP? 2.3. No caso de resposta afirmativa à questão anterior, nas licitações processadas por meio do SRP, que forem destinadas à contratação exclusiva de ME e EPP, podem-se definir regras para os órgãos interessados na adesão, segundo as quais a quantidade de itens/valores a ser adquirida deverá ser somada às quantidades das contratações já efetivadas, de forma que a soma não supere a R\$ 80.000,00?”. O relator, ao enfrentar tais questões, observou que a utilização do Sistema de Registro de Preços foi regulamentada pelo Decreto nº 3.931, de 2001. Acrescentou que “os preços e condições de contratação passam a constar da Ata de Registro de Preços (v. art. 1º, inciso II, do Decreto nº 3.931/2001), ficando disponíveis para qualquer órgão ou entidade da Administração, ainda que não tenha participado do certame licitatório, mediante consulta prévia ao órgão gerenciador da referida ata, desde que devidamente comprovada a vantagem (cf. art. 8º do Decreto nº 3.931/2001), e contanto que as aquisições ou contratações adicionais não excedam, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, nos termos do § 3º desse artigo 8º”. Anotou, entretanto, que o Tribunal, por meio do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário, cujo Voto condutor foi proferido pelo Valmir Campelo, sinalizou, no subitem 9.2.2., a necessidade de que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão adotasse providências “com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando a preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática”. **Acrescentou, ainda, que o limite máximo de R\$ 80.000,00 a que se refere o art. 48, inciso I, da Lei nº 8.443/1993 deve ser aferido para cada item que passará a ter seu preço registrado. Tudo se passa como se fossem realizadas “várias**

licitações distintas e independentes” para cada um dos itens. Destacou o relator, ainda, que o art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, ao impor à administração o dever de realizar procedimento licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), “teria ido além do previsto no art. 48, inciso I, da Lei nº 123, de 2006”. Concluiu, por isso, que essas licitações não necessariamente devem, mas sim “podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte”. Em face dessas conclusões, ao acatar proposta do relator, o Plenário decidiu aprovar, em resposta aos quesitos acima formulados, a seguinte resposta: “9.2.2. as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, competindo ao órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação;”. Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, TC-017.752/2011-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 9.11.2011.[5] (sem grifo no original)

Cabe acrescentar, por fim, a ressalva feita por Ronny Charles:

“Importante perceber que a obrigatoriedade do certame exclusivo sempre deve ser temperada pela observância dos princípios que conformam a atividade administrativa (como a eficiência) e pelas restrições legais dispostas pelo artigo 49 da LC 123/2006.” (TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 5ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 806.)

Assim, como destaca o referido autor, não será possível a adoção da licitação exclusiva quando, por exemplo, não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (art. 49, inc. II).

Da mesma forma, não se aplicará o disposto no art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 quando o tratamento diferenciado e simplificado não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto do objeto a ser contratado (art. 49, inc. III).

No caso em específico, optou a Administração Municipal de São Bernardino/SC em realizar o certame de forma a propiciar a participação do maior número possível de licitantes, visando dar cumprimento integral ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666.

Outrossim, a aquisição de lubrificantes, pneus novos, câmaras, protetor de aro, fluido de freio, tip top, contratação de serviços de desmontagem, conserto e montagem de pneus e contratação de serviços mecânicos e serviços de solda elétrica, metal, oxigênio e mig, visa o atendimento das mais variadas Secretarias Municipais.

Entendo que a opção da Administração foi realizada de maneira correta, pois não é vantajoso para a Administração Pública Municipal limitar a participação no certame, posto que no pregão presencial os lances serão dados verbalmente e com a participação de todos os interessados há possibilidade de contratação dos produtos e serviços por preço vantajoso, estimulando a concorrência.

Ademais, não há notícias de um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Salienta-se que a empresa impugnante é sediada no município de Novo Machado/RS, distante mais de 300Km do Município licitante, o que impossibilita a verificação dos requisitos insculpidos no art. 49 da LC 123/2006.

Não havendo certeza da participação de mais de três empresas enquadradas como ME ou EPP não há como limitar a participação das demais interessadas, seja qual for o regime de tributação ou enquadramento empresarial.

Assim, entendo correta a publicação do edital possibilitando a participação de qualquer interessado.

É o parecer. SMJ.

São Bernardino/SC, 05 de fevereiro de 2016.


Luiz Henrique M. Zanovello
OAB/SC 33.076