

ASSESSORIA JURÍDICA COPAM

PARECER JURÍDICO Nº 338/2019

Assunto: Lei Complementar 123/2006.

DOS FATOS

A Secretaria Municipal de Educação – SMED, enviou ao Departamento de Compras solicitação para aquisição de gêneros alimentícios perecíveis através de registro de preço pelo período de seis meses.

Realizada a pesquisa de preço na oportunidade em 03 (três) empresas, estas enquadradas como LTDA, Cooperativa e EPP, verificou-se que não há necessidade de exclusividade nos moldes do que dita a Lei Complementar 123/2006; nem tampouco a reserva de cotas conforme determina o Art. 48, inciso III, até porque os preços praticados dos licitantes interessados (ME, EPP,...) devem ficar no mesmo patamar ou abaixo da cotação estimada pelo Município, haja vista que os preços demonstrados na tabela anexo, não tendem gerar benefícios quanto ao erário público do Município de Ijuí.

DO MÉRITO

A Lei complementar de 14 de dezembro de 2006, institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, também conhecido como a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa.

Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, dispõe que:

Art. 48 - Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - 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);

Ainda, o art. 6º, *caput*, do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado em favor dessas empresas, nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal, estabeleceu que:

Art. 6º - Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo 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).

Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo quando ocorrerem as situações previstas no art. 9º, devidamente justificadas.

Adotada a premissa de que **o decreto não pode ir além da lei**, e que portanto, **cabe à Administração decidir, em cada caso, se a licitação será, ou não, exclusivamente reservada à participação daquelas empresas**, segue-se a consequência de que tal opção há de ancorar-se em fundadas razões, ou seja, deverá a Administração explicitar os respectivos motivos determinantes, se entender de afastar a exclusividade.

É que, sendo o tratamento diferenciado, como é, resultante de expressa política pública constitucional (CF/88, art. 170, IX), deve a Administração esclarecer os motivos pelos quais decidiu que determinada licitação, cujo objeto se contenha no limite legal fixado (R\$ 80.000,00), não será exclusiva para pequenas e microempresas.

Em outras palavras, a regra é a exclusividade, quando se cuidar de licitação de valor estimado em até R\$ 80.000,00 - assim se interpreta o "dever" posto no decreto -, **mas há exceções**, desde que fundadas em motivos relevantes, que cumpre à Administração evidenciar em cada caso.

Pondere-se que a licitação tem como princípio assegurar a igualdade de condições a todos os que desejarem contratar com a Administração Pública, consoante preceitua o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Portanto, o tratamento diferenciado, deferido a uma determinada categoria de empresas em matéria licitatória, somente terá respaldo constitucional se tal medida se harmonizar com outro valor também tutelado pela Constituição.

Nesse sentido o entendimento do Tribunal de Contas da União no acórdão nº 2957/2012, Plenário, no que tange à faculdade conferida pelo art. 48, I, da LC nº 123/06, *verbis*:

[...] o poder regulamentar não teria o condão de extrapolar os limites legais, de modo que o art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, ao criar o dever de a Administração realizar processo 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.

Salienta-se então que, o disposto no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06, sublinhe-se, tem aplicação somente nas contratações mediante licitação.

O art. 49 da Lei Complementar nº 123/06 proíbe a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48 quando o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte **não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.**

A regra conhece precedente. A Súmula 247, do Tribunal de Contas da União, afasta a obrigatoriedade do parcelamento, prevista no art. 23 da Lei nº 8.666/93 – fator que se traduz na ampliação do número de competidores –, **em hipóteses que representem prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto.**

A Lei Complementar nº 123/06 tem por incompatível com o interesse público a exclusividade de participação de entidades de menor porte, em licitação cujo valor estimado não supere R\$ 80.000,00, sempre que a Administração verifique o risco de prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Compreende-se a ressalva. As pequenas e microempresas não contam, em equivalência às empresas de grande e médio porte, com estruturas e capacidade técnica para atender a determinadas demandas. Assim, mesmo que o valor estimado da licitação seja inferior a R\$ 80.000,00, a Administração deve ampliar a participação para entidades de grande e médio porte, se a exclusiva participação de micro e pequenas empresas contiver risco de prejuízo à satisfatória execução do conjunto ou complexo do objeto.

Basta a previsibilidade do prejuízo, não se exigindo certeza sobre a sua real dimensão, até porque esta somente seria passível de apuração ao final da execução do contrato, ou seja, quando o dano já estivesse consumado e pudesse ser avaliado em toda a sua extensão, o que, evidentemente, não teria sentido nenhum em termos de proteção ao erário e ao interesse público.

Observa-se ainda que, a Lei Complementar nº 123/06 também afasta a exclusividade para o efeito de subcontratação e de **reserva de cota de até vinte e cinco por cento do objeto, quando o tratamento privilegiado mostrar-se desvantajoso para a Administração.**

De acordo com o art. 9º, inciso II do Decreto federal nº 6.204/07, **considera-se desvantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.**

Em suma, observar-se o texto do art. 9º, inciso II, não há como se constatar a desvantagem de conceder-se a exclusiva participação de entidades de menor porte, em razão dos valores das propostas dos licitantes apresentarem-se superiores ao valor estimado da contratação, sem o anterior conhecimento dessas propostas, o que só será possível mediante a abertura dos respectivos envelopes, no curso do procedimento competitivo, e, não, antes deste. Porém, mesmo que a licitação não seja exclusiva, o edital oferece tratamento diferenciado, bastando o licitante demonstrar através de competente documento o privilégio que a Lei complementar oferece.

Uma mera observação é de ser ainda exposta nesta oportunidade. Em licitações processadas por lotes compostos por diversos itens, mas cuja adjudicação se dará ao licitante que ofertar o menor preço global para o lote, a avaliação do valor de R\$ 80.000,00 para a realização de licitação exclusiva para a

participação de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme determina do art. 48, inc. I da Lei Complementar nº 123/06, deverá ser feita em relação **ao valor estimado do lote como um todo e não em relação ao valor estimado dos itens que o compõem.**

A Administração que realiza licitação exclusiva para entidades de menor porte e consulta proposta vencedora de preço superior ao estimado, nas licitações subsequentes para o mesmo objeto, **pode afastar a regra da exclusividade** e ampliar a licitação a entidades de médio e grande porte. Essa decisão exige motivação, sobretudo quanto à perspectiva de que a ampliação do universo de competidores produzirá a obtenção de propostas mais vantajosas.

Ainda, podemos observar o artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06 afasta a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48 **quando não houver um mínimo de três fornecedores competitivos**, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Ressaltar-se que a adoção da modalidade licitatória do pregão, seja em formato eletrônico ou até mesmo presencial, amplia o universo de entidades empresariais interessadas em participar do certame, inclusive as enquadradas nas categorias microempresa e empresa de pequeno porte, de sorte a viabilizar que qualquer uma delas, sediada em qualquer ponto do território nacional, dele participe, ampliando-se a competitividade e, **por conseguinte, estimulando a oferta de propostas mais vantajosas para a Administração.**

Em suma, pode-se dizer que os tribunais de contas, chamados a interpretar divergências quanto à aplicação das normas da Lei Complementar nº 123/06 e seus regulamentos, vêm estabelecendo que o privilégio é a regra, somente afastável nas situações de exceção legalmente previstas, e que, como toda exceção, hão de ser juridicamente interpretadas de modo estrito.

Dentre exceções à regra, o presente Parecer destaca as situações em que a participação exclusiva dessas pequenas empresas em licitações possa acarretar desvantagem para a Administração; se oponham óbices relevantes à exclusividade nas licitações por itens, lotes ou grupos, em face do limite do valor estimado de R\$ 80.000,00 e independentemente da classificação orçamentária da despesa; se viabilizem adesões a atas de registro de preço; apresentem-se propostas que superem aquele limite de valor estimado, mesmo se tratando de licitação exclusiva para aquelas empresas; inexistir o mínimo de três fornecedores competitivos de pequeno porte.

Por mais que o artigo 65 da Lei Complementar dita que a União, Estado, Distrito Federal e Municípios devem manter programas específicos para as microempresas e empresas de pequeno porte, ainda cabe a Administração decidir se é favorável ou não a licitação exclusiva e, conforme demonstra na pesquisa de preço realizada e anexo ao edital, não se tem vantagem, neste caso, de ser exclusiva.

Salienta-se ainda que, em pesquisa em nossos processos licitatórios de 2017, por exemplo, no pregão 23 – alimentos perecíveis, somente empresa ME foi vencedora; pregão 62 – alimentos não perecíveis, empresas LTDA, ME e EPP venceram e; pregão 67 – alimentos perecíveis, empresas ME venceram; Já no ano de 2018, dos três pregões, o PP 79 – alimentos perecíveis, ME e EPP foram classificadas; PP 156 – alimentos perecíveis, empresas ME, LTDA e Cooperativa venceram e último, PP 157 – alimentos não perecíveis, ME, LTDA e EPP foram classificadas.

Claro e evidente que os pregões de alimentos perecíveis e não perecíveis publicados por este Ente, estão em pleno acordo da Lei das Licitações e previamente demonstrado do porquê da não exclusividade pelos preços orçados.

Desta forma, esta Assessoria Jurídica opina pela publicação do edital nos termos da Lei das Licitações.

Ijuí/RS, 25 de outubro de 2019.

Marco Antônio Sagave
OAB/RS 91.178
Assessor Jurídico