

Prefeitura de Beberibe

Procuradoria Geral do Município



PARECER

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2019DIVE-PP. PROCESSO Nº 2019.04.15.01. AQUISIÇÃO DE REFEIÇÕES PRONTAS. TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA ME E EPP. ADJUDICAÇÃO COM VALORES DIFERENCIADOS. MESMO VENCEDOR. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DECRETO FEDERAL Nº 8.538/2015. INTELIGÊNCIA DAS LEIS NACIONAIS Nº 8.666/93, 10.520/02 E COMPLEMENTAR 123/2006.

Do relatório. As Secretarias de Planejamento, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente, de Desenvolvimento Rural, Aquicultura e Pesca, de Educação e Assistência Social e Cidadania, bem como o Gabinete do Prefeito Município de Beberibe, Ceará, demandaram a deflagração de processo licitatório na modalidade Pregão, na forma presencial, de nº 005/2019DIVE-PP, com o objetivo de efetuar registro de preços, do tipo menor preço por item, para aquisições futuras e eventuais de refeições prontas (café da manhã, almoço e lanches), para suprir suas necessidades.

Segundo consta no despacho da Pregoeira Oficial, em 07 de maio do corrente ano, foi realizada a sessão pública de recebimento das propostas. Nessa oportunidade, os Itens nº 01 (Almoço) - Cota de ampla participação) e 02 (Almoço - Cota reservada) foram vencidos pela mesma empresa, qual seja **Maria Ivanilda Abreu Sampaio Eireli**. Contudo, os valores para eles foram diferentes, sendo de R\$ 12,80 (doze reais e oitenta centavos) para o primeiro e R\$ 10,69 (dez reais e sessenta e nove centavos) para o segundo.

Ou seja, em virtude do tratamento favorecido a que se refere a Lei Complementar nº 123/2006, a referida empresa foi declarada vencedora para dois itens de natureza semelhante, porém com preços diferentes. A Pregoeira Oficial deste Poder Executivo sustenta não ser possível a adjudicação do Item nº 01, de maior valor, diante da viabilidade em tese de redução dessa quantia pela vencedora. Cita, inclusive, a norma do art. 8º, § 3º, do Decreto Federal nº 8.538/2015, bem como os princípios da economicidade e proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Acrescenta a informação de que a empresa nega-se a negociar o valor da proposta vencedora para o Item nº 01.

Procedendo a Pregoeira Oficial com o envio dos autos a esta Procuradoria Geral, para a emissão de parecer técnico jurídico.

Era o que havia de importante a relatar.

Passo a examinar.

Das razões. Prefacialmente, cumpre salientar que o presente parecer tomou por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nas informações a nós apresentadas. Desse modo, incumbe, a esta Assessoria Jurídica, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito das Secretarias municipais, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.



Prefeitura de
Beberibe
Procuradoria Geral do Município



Em relação ao tratamento favorecido à Empresas de Pequeno Porte (EPP), Microempresas (ME) e Microempreendedores Individuais (MEI), sua regulamentação está na Lei Complementar nº 123/2006, de aplicação nacional (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Trata-se de uma adequação do ordenamento jurídico feita pelo legislador ordinário em cumprimento ao preceito insculpido no art. 179 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF)¹.

Segundo a doutrina de Hélio Saul Mileski², eis um novo tipo de política pública a ser implementada, com a introdução de normas inovadoras. Vejamos suas palavras sobre esse tema:

Tratando-se de um novo tipo de política pública a ser implementada, com introdução de normas absolutamente inovadoras, ocorreu, a nível nacional, uma atuação conjugada entre os Tribunais de Contas brasileiros e o Sebrae, no sentido de ser possibilitado às Administrações Públicas, especialmente dos Municípios, o esclarecimento, a compreensão, a aplicação, o debate e a legislação necessária para uma adequada aplicação das normas gerais editadas. Em decorrência desse período de conscientização e maturação das regras gerais resultou, em sua busca de aplicação prática, a constatação de que era imprescindível a realização de aperfeiçoamentos em algumas normas do Estatuto Nacional das ME e da EPP. Assim, por indicação do Sebrae, que foi decisivo na elaboração do projeto e sua aprovação, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 221/2012, cujo Substitutivo PLP nº 237/2012 restou aprovado e convertido na Lei Complementar nº 147/2014, de 07 de agosto de 2014.

Dentre todas as normas dessa complexa Lei Complementar, interessa-nos, em especial, os arts. 47 e 48. O primeiro prevê expressamente que "Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte 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". Enquanto que o segundo diz para a administração pública como um todo que:

- 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);
- II) **poderá**, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; e
- III) **deverá** estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

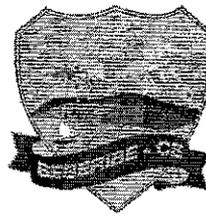
Volvendo ao caso em voga, o Item Almoço no início do certame enquadrava-se com perfeição na última hipótese, tendo em vista ser um bem acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e possuía natureza divisível. Logo, os gestores municipais agiram de forma correta ao dividi-lo em cotas de ampla participação e reservada. Sobre esse aspecto, colaciono as palavras de Sidney Bittencourt³:

O dispositivo aponta, portanto, caso seja adotado o regime de cota, para uma competição reunindo somente micro e pequenas empresas, haja vista a exclusividade concebida. Relembra-se, como já acentuamos neste trabalho, que a Lei nº 8.666/93, no §1º do art. 23, já determina que as obras, os serviços e as compras efetuadas pela Administração, quando

¹ 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.

² MILESKI, Hélio Saul. Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas - Aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014). Interesse Público, Belo Horizonte, ano 16, n. 85, p. 52, jul./ago. 2014.

³ BITTENCOURT, Sidney. As Licitações Públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 100-101.



configurarem bens divisíveis, devem ser subdivididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

A novidade do dispositivo é o estabelecimento de percentual máximo (25% do objeto) voltado exclusivamente para a contratação de micro ou pequenas.

Da mesma forma que observamos em obra específica, quando comentamos os parágrafos 1º e 7º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, este texto legal está condicionado a dois inafastáveis pressupostos:

- a) tratar-se de compra de bens de natureza divisível;
- b) não configurar-se, com tal permissão, prejuízo para o conjunto ou complexo desejado (muito embora a LC nº 123 não preconize tal determinação).

Bens divisíveis são aqueles que podem ser divididos em partes (ou porções), formando estas partes um objeto homogêneo e distinto em relação ao todo. Indivisíveis são os bens que não se podem dividir, sem que sua essência seja alterada.

Apesar da simples conceituação, na verdade a situação deve ser sopesada, uma vez que, dependendo da forma que o objeto se apresente, ele poderá caracterizar-se como divisível ou não. Exemplifica-se: gêneros alimentícios são tipicamente bens divisíveis. Uma máquina ou um veículo são exemplos clássicos de bens indivisíveis. A aquisição, no entanto, de um número xis de veículos tem o condão de torná-los bens divisíveis.

Sendo os bens pretendidos de natureza divisível, a cotação de quantidade inferior só poderá ocorrer quando essa não trouxer em seu bojo prejuízos ao conjunto do objeto licitado. Assim, razões de ordem técnica, devidamente avaliadas e justificadas pela Administração, que demonstrem um prejuízo ao conjunto pretendido, impedirão a adoção do regime de cota.

Evidencia-se que, com o estabelecimento de cota, possivelmente haverá dois vencedores, com valores absolutamente distintos.

Sobre a questão, observa Jonas Lima:

'Em uma visão geral, as regras (...) devem ser interpretadas com a concepção de que, para cada um dos lotes (cotas) os respectivos preços foram os mais vantajosos (em seus contextos), lembrando-se ainda que a economia de escala e a efetivação dos princípios constitucionais benéficos às micro e pequenas empresas justificam a diversidade de preços entre as cotas na mesma licitação.'

Acrescenta-se que não há qualquer óbice quanto à participação de micro ou pequenas empresas da competição, visando abiscoitar também a parte a elas não reservada.

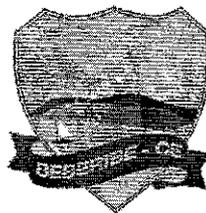
O Decreto federal nº 6.204/07, cumprindo a sua função regulamentar, dispõe que, nas licitações com reserva de cota de até 25% do objeto para contratação de micro e pequenas empresas, o instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado (§2º do art. 8º). Determina ainda o diploma regulamentar, caso a mesma empresa sagre-se vencedora das duas cotas (reservada e principal), que a contratação da reservada deverá ocorrer pelo preço da principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada (§3º do art. 8º).

Porém, a Pregoeira deparou-se com inusitada situação: a mesma empresa venceu os dois itens com valores diferenciados. O que fazer diante dessa situação? A princípio, diria que o correto seria olhar para regras que regem o certame, entretanto **o Instrumento Convocatório foi completamente omissos a esse respeito**. Surge, então, um novo questionamento: E o que fala o ordenamento jurídico do município de Beberibe? Respondo: **é igualmente omissos. Não existem leis ou decretos nesta municipalidade que abordam o tratamento diferenciado para empresas enquadradas como EPP ou ME, no que tange às compras públicas.**

Ora, diante da completa omissão tanto do Edital, quanto do ordenamento jurídico local, poderia a Pregoeira Oficial e os demais envolvidos no procedimento licitatório aplicarem regras de outro Ente Federativo? A resposta a esse quesito, por sua vez, pode ser encontrado na própria Lei Complementar nº 123/2006, mais especificamente no parágrafo único do art. 47, que dispõe textualmente:

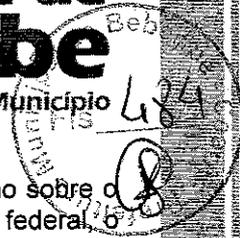
Art. 47 [...]

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.



Prefeitura de Beberibe

Procuradoria Geral do Município



Assim, na ausência de legislação municipal ou regulamento específico de cada órgão sobre o tratamento favorecido à ME e EPP nas compras públicas, aplicar-se-á obrigatoriamente a legislação federal, que inclui o Decreto Federal nº 8.538/2015 (Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal).

Conforme ventilado por Sidney Bittencourt na passagem acima transcrita, o § 3º do art. 8º desse dispositivo regulamentar diz que "Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço".

Como houve a recusa expressa da empresa Maria Ivanilda Abreu Sampaio Eireli, impõe-se a aplicação dos incs. XVI e XVII do art. 4º da Lei Nacional nº 10.520/02⁴ (Institui a modalidade de licitação denominada pregão), que determina ao pregoeiro, caso a oferta não seja aceitável - como no presente caso -, examinará as ofertas subsequentes e qualificação dos licitantes, obedecendo a ordem de classificação, e assim sucessivamente. Nessa senda, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor.

Da conclusão. Ante todo o exposto, amparado na análise percuente das informações disponibilizadas, opina-se pela impossibilidade de adjudicação do Item nº 01 (Almoço) - Cota de ampla participação) à empresa Maria Ivanilda Abreu Sampaio Eireli, diante da disparidade de valores em relação ao Item nº 02 (Almoço - Cota reservada), cabendo a Pregoeira examinar as ofertas subsequentes e negociar para que seja obtido o melhor preço.

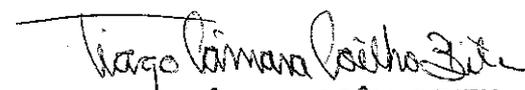
Outrossim, até que sobrevenha regulamentação específica em âmbito local sobre o tratamento favorecido à ME e EPP nas compras públicas, todos os órgãos vinculados direta ou indiretamente a este Poder Executivo municipal deverão aplicar obrigatoriamente a legislação federal, notadamente o Decreto Federal nº 8.538/2015.

Por fim, opina-se pela continuidade do processo licitatório, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, propondo o retorno à Pregoeira Oficial do Município de Beberibe, para as providências cabíveis.

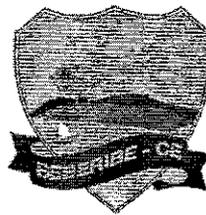
Ressalte-se, derradeiramente, que o presente arrazoado tem caráter meramente opinativo, não vinculando o administrador em sua decisão, conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 24.078, Rel. Ministro Carlos Velloso.

É o parecer que se propõe à apreciação.

Beberibe/CE, 23 de maio de 2019.


TIAGO CÂMARA COÊLHO BITU
PROCURADOR DO MUNICÍPIO
OAB/CE Nº 21.633

⁴ Art. 4º [...] XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;



**Prefeitura de
Beberibe**
Procuradoria Geral do Município



DESPACHO DO PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

APROVO o Parecer lavrado em 23 de maio de 2019, do qual se extrai a seguinte conclusão:

"Ante todo o exposto, amparado na análise percuente das informações disponibilizadas, opina-se pela impossibilidade de adjudicação do Item nº 01 (Almoço - Cota de ampla participação) à empresa Maria Ivanilda Abreu Sampaio Eireli, diante da disparidade de valores em relação ao Item nº 02 (Almoço - Cota reservada), cabendo a Pregoeira examinar as ofertas subsequentes e negociar para que seja obtido o melhor preço.

Outrossim, até que sobrevenha regulamentação específica em âmbito local sobre o tratamento favorecido à ME e EPP nas compras públicas, todos os órgãos vinculados direta ou indiretamente a este Poder Executivo municipal deverão aplicar obrigatoriamente a legislação federal, notadamente o Decreto Federal nº 8.538/2015.

Por fim, opina-se pela continuidade do processo licitatório, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, propondo o retorno à Pregoeira Oficial do Município de Beberibe, para as providências cabíveis."

Encaminhe-se cópia à Pregoeira Oficial do Município de Beberibe, para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Beberibe/CE, 23 de maio de 2019.


ANTÔNIO CARLOS MACÊDO PIRES
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO