



Parecer Jurídico nº 94/2023

Pregão Presencial nº 4/2023

Processo Licitação nº 10/2023

Autoridade Solicitante: Setor de Compras, Licitações e Contratos

Assunto: Modificação: Minuta de edital de Pregão : Retirada do item do Edital que previa exclusividade de participação de empresas ME e EPP - Legalidade

Ementa: ANÁLISE DE MINUTA DE EDITAL E ANEXOS.LICITAÇÃO NÃO MAIS EXCLUSIVA A ME e EPP. JUSTIFICATIVA FORNECIDA. INCIDÊNCIA DO ART.49 INCISOS II e III DA LC 123//06. ARTS.1, 2,4, 37, 170 e 175 DA CF

1. Formuladas as devidas justificativas é possível a realização de Licitação em valor nominal de até R\$80.000,00 (Oitenta Mil Reais) que NÃO seja exclusivamente destinada a MEs e EPPs.

2. Parecer pela aprovação das modificações propostas pelo Departamento de Compras.

I. RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório visando a aquisição de cestas básicas com o intuito de providenciar cestas básicas aos servidores desta Casa de Leis, conforme benefício previsto na Resolução nº 08/2007.

A minuta prevê a aquisição de 17 (dezesete) cestas básicas, incluindo, cargos em comissão não providos.

Após a publicação do 1º(primeiro) Edital e da ausência de empresas interessadas o Departamento de Compras entendeu que para melhor ampliar a competitividade entre os licitantes deve ser excluída a cláusula que prevê a exclusividade de participantes constituídos sob o formato de ME e EPP.

A Justificativa trazida pelo Departamento de Compras vem assim exposta;

O setor de Licitações Compras e contratos considerando a Ata de Sessão Pública nº 01, de 27/03/2023, em que foi registrado o comparecimento de apenas 01 empresa enquadrada como ME/EPP no Pregão Presencial 04/2023, e assim impossibilitando a continuidade da contratação com o Certame Exclusivo para ME e EPP, conforme Ata em anexo.

Cabe constatar que no primeiro Edital em epígrafe a licitação restrita à participação de ME/EPP, nos termos do (art. 49, III, da LC 123/06), vislumbrou atender os requisitos da lei e ainda pela impossibilidade de demonstrar outros requisitos de não vantajosidade econômica para a Administração.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Justifica-se, nesses termos, a participação ampliada a empresas no Certame com a Republicação de Edital do Pregão Presencial 04/2023, com participação ampliada, visando a competitividade, e tendo em vista a necessidade de atender o objeto em comento e a celeridade do procedimento, sem desconsiderar que as empresas enquadradas como ME e EPP terão os outros benefícios garantidos em lei.

Considerando que o índice de preços IPCA/IBGE, conforme anexo, não houve grandes variações e que a estimativa de preços é calculada pela média entre os preços cotados, e assim absorvendo as variações entre o maior e menor preço, e que não houve impugnações e ou pedidos de esclarecimentos de edital, quanto a valores referenciais, este setor dá seguimento ao procedimento com o mesmo valor referencial já pesquisado.

Nesse passo, registre-se que a tramitação deste expediente para este procurador ocorreu no dia 28/04/2023 (sexta-feira) sendo que dia 01/05/2023 (segunda-feira) foi feriado do dia do trabalhador.

Sendo este o Relatório passo a opinar.

II. ANÁLISE JURÍDICA

Inicia-se a análise jurídica expondo-se que, como regra geral, as licitações de valor que não supere o valor nominal R\$ 80.000,00 (Oitenta Mil Reais) devem ter seu âmbito circunscrito às sociedades empresárias qualificadas sob o formato empresarial ME e EPP, consoante se extrai da leitura e inteligência dos artigos 47 e 48 inciso I da LC 123/06.

Na verdade a exclusividade imposta para a participação de ME e EPP em certames licitatórios destina-se a densificar o Princípio Constitucional pelo qual se irá favorecer o empreendedorismo pátrio porque, em assim sendo, o legislador presumiu que haveria uma ampliação do mercado econômico interno por intermédio da criação de reservas de mercado consumidor destinadas apenas a disputadas licitatórias em que participassem apenas esses formatos empresariais ditos “menores”.

A razão jurídica que justifica a realização de licitações destinadas apenas a MEs e EPPs é, então, a existência de uma presunção legal (passível de comprovação em sentido contrário) de que a participação exclusiva de sociedades empresariais com essa qualificação gera um maior fomento para o mercado interno e para a economia nacional.

Para o legislador, então, os procedimentos licitatórios que NÃO ultrapassem tal valor nominal constituem-se como meios de produzir negócios jurídicos e econômicos cujo escopo financeiro não é elevado e que, assim, são razoáveis para o fim de gerar o incremento das atividades econômicas desses arranjos empresariais.

Deve-se expor, nessa caminhada, que a regra legal exposta no art.47 inciso I da LC 123/06 reflete esse desígnio constitucional e que, em última análise, dá concretude aos comandos dos artigos 170 e 175 da Carta Constitucional.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | **Site:** www.camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Acrescente-se que a Licitação foi pensada pelo Constituinte e pelo Legislador como mecanismo de ampliar a participação de formatos empresariais “menores” no conjunto maior da atividade econômica justamente porque para a CF e para o Legislador essa medida faz com que mais pessoas e sociedades empresárias forneçam bens, serviços e assim se incluam nesse todo que é a economia formal.

E sendo o Poder Público o ente que produz a maior quantidade de consumo no atual cenário econômico, tem-se que as regras licitatórias tem o condão de permitir que amplie-se a participação dos mais diversos atores econômicos nesse mercado.

Sublinhe-se, aliás, que enquanto instituto jurídico que é a Licitação constitui-se como mais um mecanismo concernente a intervenção do Poder Público na ordem econômica onde o Ente Público atua tanto como Regulador quanto como fomentador da atividade econômica e, ainda, como consumidor em sentido estrito de sorte que sua atuação nessa específica e peculiar parcela da atividade econômica precisa ser pensada, e ter seus dispositivos legais pertinentes interpretados a luz justamente das razões jurídicas e econômicas que justificaram a edição das normas legais que hoje comandam o tema.

Quer dizer então: Não se pode fazer uma interpretação jurídica míope desse tema exatamente porque, por detrás dos artigos de lei em vigor, existem valiosas razões de ordem constitucional que não podem ser ignoradas, sob pena de se tornar a Licitação (e o procedimento a ela inerentes) como um fim em si mesma valorando-se, então, mais o procedimento do que o direito material a ele inerente.

Vê-se, então, que as regras licitatórias devem ser interpretadas sob o signo do formalismo valorativo, onde o procedimento administrativo (e o conjunto de atos e fatos que o singularizam) só se justificam (e só fazem sentido) se prestigiarem os objetivos constitucionais que inspiram o conjunto de normas hoje em vigor.

Aplica-se aqui uma interpretação jurídica tanto sistemática quanto teleológica do tema o que permite, então, avançar o estudo do presente expediente administrativo.

Feitas estas ponderações deve-se dizer então que não são absolutos esses comandos legais que impõe a exclusividade para a participação de ME e EPP nas licitações porque o próprio legislador já previu hipóteses em que tais regras jurídicas poderiam ser flexibilizadas.

É que o Legislador imaginou que poderia haver situações fáticas tais quais a presente, em que exclusividade licitatória para a participação de empresas sob o formato ME e EPP não produziria a competitividade a competitividade econômica desejada.

Tal intelecção se extrai do art.49 incisos II e III da Lei Complementar Federal 123/06

Art. 49. Não se aplica o disposto nos [arts. 47 e 48 desta Lei Complementar](#) quando:

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

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

E do relatório apresentado pelo Departamento de Compras consta a justificativa para a republicação do Edital retirando a exclusividade da participação de ME e EPP no presente procedimento licitatório o que, conforme se expôs, permitiria a ampliação do número de participantes do certame licitatório.

Nessa quadra, e se o objetivo da licitação é permitir que mais pessoas e empresas produzam ampliando a participação dos mais diversos atores econômicos no processo produtivo que movimenta toda a economia pátria, aparentemente faz sentido a justificativa apresentada pelo Departamento de Compras, mormente a frustração da disputa licitatória que deveria ter ocorrido na Sessão Pública em que deveria ter havido a vitória de uma das empresas disputantes.

Portanto, havendo justificativa apresentada pelo órgão competente, não há óbice para o prosseguimento do certame.

Por tratar-se de justificativa técnica, descabe a este parecerista aferir a verossimilhança da motivação em seu aspecto técnico e econômico por fugir à análise jurídica da contratação, podendo todavia, realizar recomendações de acolhimento discricionário, conforme enunciado da Advocacia-Geral da União¹.

Nessa tessitura, e no tocante a análise das cláusulas editalícias e contratuais modificadas para atender a modificação aqui analisada, tem-se que as Cláusulas 10.9, 10.9.1., 10.9.2, 10.9.3, 10.9.4 não apresentam qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade justamente porque colocam a exclusividade de MEs e EPPs como critério de desempate licitatório o que permite que sociedades empresariais constituídas sob outros formatos possam vencer o procedimento SE apresentarem propostas mais vantajosas.

Logo, ao tempo em que tais cláusulas permitem sanar o problema que ocasionou a frustração da última Ata de Sessão Pública, igualmente prestigiam-se as MEs e EPPs que serão, seguramente, favorecidas na hipótese de apresentarem propostas com o mesmo grau de vantajosidade das sociedades empresárias que não sejam constituídas sob esse formato empresarial e contábil.

Não se enxerga, pois, qualquer óbice ao conteúdo dessas cláusulas por força do art.49 incisos II e III da Lei Complementar 123/06 e dos artigos 1, 2, 4, 37, 170 e 175 da CFRB.

Por último, deixo de apresentar a análise quanto as outras cláusulas editalícias e contratuais justamente porque o Departamento de Compras informou que não alterou as outras cláusulas já analisadas no Parecer 78/2023.

¹ “A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento” (BPC nº 7).



III.CONCLUSÃO

Ante o exposto, manifesto-me pela **APROVAÇÃO da minuta de edital e seus anexos**, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei federal nº 8.666/93 e do art.49 incisos II e III da Lei Complementar 123/06 e dos artigos 1, 2, 4, 37, 170 e 175 da CFRB.

É o parecer.

São Roque, 03 de Maio de 2023.

GABRIEL NASCIMENTO LINS DE OLIVEIRA

Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Roque

OAB/SP 333.261

Matrícula 392