

Processo: 1095064
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Roberta Silveira Martins
Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Divino
Responsáveis: Marcus Vinícius Guedes Valente; Gilvan Pinheiro de Faria
Processo apenso: 1095079 – Denúncia
Denunciante: Del Rey Pneus, Peças e Equipamentos Ltda.
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

SEGUNDA CÂMARA – 26/11/2020

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS, CÂMARAS E PROTETORES. IRREGULARIDADE. PREVISÃO DE EXCLUSIVIDADE PARA A PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESA (ME) E EMPRESA DE PEQUENO PORTE (EPP) PREVISTO EM LEI. IMPROCEDÊNCIA.

A concessão de tratamento diferenciado e favorecido para microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP) em licitação, quando configuradas as condicionantes previstas na Lei Complementar nº 123, de 2006, constitui a regra. Dessa forma, a Administração Pública somente, excepcionalmente, poderá deixar de conceder esse tratamento diferenciado e favorecido, se demonstrar objetiva e motivadamente, nos autos do processo administrativo, a configuração de uma das hipóteses previstas nos incisos II a IV do art. 49 desse mesmo diploma legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar improcedentes os apontamentos lançados nas denúncias, em face do Processo Licitatório n. 042/2020, Pregão Presencial n. 005/2020, promovido pela Prefeitura do Município de Divino, tendo em vista que a cláusula editalícia impugnada, que previu a participação exclusiva de ME e EPP no certame, não infringiu as regras legais sobre a matéria.
- II) determinar a intimação das denunciadas do teor desta decisão;
- III) determinar, após transitada em julgado a decisão, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 26 de novembro de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

GILBERTO DINIZ
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 26/11/2020

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos da denúncia formulada por Roberta Silveira Martins, em face do Processo Licitatório nº 042/2020, Pregão Presencial nº 005/2020, promovido pela Prefeitura do Município de Divino, para **“REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO PNEUS NOVOS, CÂMARAS E PROTETORES, DESTINADO AO ATENDIMENTO DA FROTA MUNICIPAL E CONVENIADA, CONFORME ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES DO TERMO DE REFERÊNCIA, COM EXCLUSIVIDADE DE MICROEMPRESAS-ME, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE-EPP OU MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS-MEI, DESTINADO AO ATENDIMENTO DAS NECESSIDADES DAS DIVERSAS SECRETARIAS DO MUNICÍPIO E CONVENIADOS”**.

Na exordial, a denunciante apontou como irregular a cláusula editalícia que prevê a participação no certame exclusivamente de microempresas e empresas de pequeno porte, por entender que a Administração Municipal teria se equivocado na interpretação das normas legais pertinentes.

Pontuou que a previsão constante no inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, deve ser interpretada no sentido de que “os valores de todos os itens de contratação somados não poderão superar o teto legal de R\$80.000,00 (oitenta mil reais)”.

Salientou, ainda, que, nos termos da disposição contida no art. 49 da referida lei, não se aplica o privilégio às microempresas e empresas de pequeno porte na hipótese de acarretar prejuízo à Administração Pública, o qual entendeu ser evidente, no caso em análise, por considerar que a cláusula editalícia impugnada “está cerceando a ampla competitividade, obstando a consecução da melhor proposta”.

Narrados os fatos, requereu o recebimento do feito, com a concessão da medida liminar para suspender o certame, e, no mérito, pugnou pela apuração dos fatos denunciados e pela procedência da denúncia.

Preenchidos os requisitos regimentais estabelecidos no art. 301 da Resolução nº 12, de 2008, o Presidente do Tribunal, Conselheiro Mauri Torres, em 16/9/2020 (peça nº 9 do SGAP), recebeu a documentação como denúncia, que foi a mim distribuída em 17/9/2020 (peça nº 10 do SGAP).

Intimados, os Srs. Gilvan Pinheiro de Faria, Prefeito do Município de Divino, e Marcus Vinícius Guedes Valente, Pregoeiro Municipal e subscritor do edital, encaminharam a documentação constante das peças nºs 17 a 21 do SGAP.

Em 21/9/2020, em face do mesmo processo licitatório, foi autuada a Denúncia nº 1.095.079, na qual a denunciante, Del Rey Pneus, Peças e Equipamentos Ltda., em apertada síntese, pontuou como irregular a destinação exclusiva de participação no certame a microempresas e empresas de pequeno porte, por entender que, *in casu*, deveria ter sido aplicado o inciso III do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, que determina que, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, deverá ser estabelecida cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, e não o inciso I do mesmo dispositivo.

Como os apontamentos delatados na nova denúncia eram semelhantes àqueles apresentados na denúncia formulada por Roberta Silveira Martins e, ainda, considerando que os ofícios de

intimação dos agentes públicos municipais para apresentarem esclarecimentos já haviam sido expedidos, determinei o apensamento dos autos da Denúncia nº 1.095.079 aos da Denúncia nº 1.095.064, consoante peça nº 10 do SGAP.

Instada a se manifestar, a Unidade Técnica, no relatório correspondente à peça nº 24 do SGAP), concluiu pela improcedência da denúncia.

De igual modo, o *Parquet* de Contas (peça nº 27 do SGAP) opinou pela improcedência dos fatos denunciados, por não ter sido apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial. Todavia, sugeriu recomendação aos responsáveis para que, “nos próximos processos licitatórios destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, demonstrem, na fase interna da licitação, o cumprimento dos requisitos do art. 49, incisos II e III, da LC nº 123/2006, fazendo constar, nos autos do processo licitatório: **i)** a indicação de três possíveis fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; e **ii)** análise justificada de que a licitação exclusiva às microempresas e empresas de pequeno porte é vantajosa ou não prejudicial à Administração”.

Além disso, fez considerações sobre a ausência de justificativa relacionada à inviabilidade de utilização do formato eletrônico do pregão e, nesse sentido, opinou, também, por recomendação aos gestores municipais para que “(...) promovam a realização de pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, independentemente da fonte de recursos envolvida – federal, estadual ou municipal –, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório”.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Essencialmente, ressei das peças inaugurais que os denunciantes apontaram como irregular a destinação do certame exclusivamente para a participação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), ao argumento de que a Administração Municipal teria se equivocado na interpretação das normas legais pertinentes.

Para a denunciante Roberta Silveira Martins, a leitura adequada da disposição constante no inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, é de que “os valores de todos os itens de contratação somados não poderão superar o teto legal de R\$80.000,00 (oitenta mil reais)”.

Nos esclarecimentos apresentados (peça nº 18 do SGAP), o Sr. Gilvan Pinheiro de Faria, Prefeito do Município de Divino, ressaltou que “é notório o entendimento desse egrégio Tribunal acerca deste tema, estando cristalino na supra referida lei de que o valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais) se refere aos itens de contratação e não ao total da soma de todos os itens como aduz a denunciante”.

Na manifestação encartada ao feito (peça 24 do SGAP), a Unidade Técnica considerou improcedente a denúncia, tendo consignado que:

À vista do disposto na Lei Complementar nº 123/2016, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, a Administração Pública 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). A lei é enfática, “dever” é obrigação, imposição, não é faculdade.

Portanto, a Lei Complementar n. 123/06 é de observância obrigatória no cenário nacional e os benefícios para as ME's e EPP's previstos na citada lei são autoaplicáveis e não

dependem de regulamentação ou de norma própria dos demais entes da federação para serem concedidos. Alguns benefícios podem ser deduzidos diretamente da lei, como no caso do direito de preferência nas hipóteses de empate ficto e de regularidade fiscal postergada, independentemente de previsão no edital. Todavia, a prioridade de contratação de ME ou EPP se impõe nos casos previstos nos incisos I e III da LC 123/06, salvo se previstas as hipóteses do art. 49 do referido diploma legal, como: se “não houver um mínimo de 3 (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” (inciso II); e “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” (inciso III).

O *Parquet* de Contas (peça nº 27 do SGAP) destacou que, “apesar de não ter sido demonstrado, na fase interna do processo licitatório, a vantajosidade ou a ausência de prejuízo na adoção de licitação exclusiva às MEs e EPPs, como preceitua o inciso III do art. 49 da LC nº 123/2006, verifica-se que tal irregularidade não resultou em prejuízo à Administração, visto que o preço contratado foi consideravelmente inferior ao preço estimado”.

Na sequência, opinou pela não aplicação de multa aos responsáveis, mas pela expedição de recomendação aos gestores municipais para que, nos próximos processos licitatórios destinados exclusivamente à participação de ME e EPP, demonstrem, na fase interna da licitação, o cumprimento dos requisitos dos incisos II e III do art. 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Pois bem. O art. 47 da Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe que deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPP, com vista à promoção do desenvolvimento econômico e social, à ampliação da eficiência das políticas públicas e ao incentivo à inovação tecnológica.

Acerca do tema, os incisos I e III do art. 48 do mencionado diploma legal estatuem:

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);

[...]

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.

[...]

Os transcritos dispositivos legais, a toda evidência, impõem à Administração Pública o dever de realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME e EPP, nos itens de valor estimado de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais), e para os itens licitados com vistas à aquisição de bens de natureza divisível, cujo valor estimado da contratação seja superior ao limite estabelecido no inciso I, impõe-se o dever de reservar cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de ME e EPP, de modo que essas exigências não podem ser afastadas por mero arbítrio do Poder Público.

A meu sentir, a concessão de tratamento diferenciado e favorecido para ME e EPP em licitação, quando configuradas as condicionantes previstas na Lei Complementar nº 123, de 2006, constitui a regra. Dessa forma, a Administração Pública somente, excepcionalmente, poderá deixar de conceder esse tratamento diferenciado e favorecido, devendo demonstrar objetiva e

motivadamente, nos autos do processo administrativo, a configuração de uma das hipóteses previstas nos incisos II a IV do art. 49 desse mesmo diploma legal.

Com efeito, o capítulo V do edital Pregão Presencial nº 005/2020, ao estabelecer as condições de participação, dispôs:

5.1- Poderão participar do certame todas as Microempresas (ME), Empresas de Pequeno Porte (EPP) e Microempreendedor Individual (MEI) do ramo de atividade pertinente ao objeto da presente contratação que preencherem as condições de credenciamento constantes deste edital.

5.2 - Em conformidade com a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, em seu art. 48, inciso I, alterado pela Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014, esta licitação terá todos os itens com valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo portanto todos os itens /cotas para participação exclusiva de Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte - EPP e Microempreendedor Individual -MEI.

5.3 – Não havendo Microempresas (ME), Empresas de Pequeno Porte (EPP) e Microempreendedor Individual (MEI) vencedoras, será aberto nova fase de lances as demais empresas, visando evitar que haja prejuízo para a administração pública.

Sobressai do Anexo I – Termo de Referência orçamento consolidado, conforme valores encaminhados com a requisição de fls. 039 a 041 do procedimento licitatório (peça nº 19 do SGAP), evidenciando que todos os itens licitados apresentaram valor estimado inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), razão pela qual foram destinados, exclusivamente, à participação de ME e EPP, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006. Além disso, tais valores foram obtidos por meio de cotações com fornecedores, conforme orçamentos juntados às fls. 2 a 6 do procedimento licitatório e constantes do mesmo arquivo do SGAP.

Quanto à existência de fornecedores enquadrados como ME e EPP na região, ao examinar a cópia do procedimento licitatório, verifiquei que a Administração fez cotação com três sociedades empresárias, a saber: Del Rey Pneus Peças e Equipamentos Ltda., localizada em Rio Pomba; Pneus Turbo Peças e Acessórios Ltda., situada em Manhuaçu; e Comércio de Pneus Pinheiro & Freitas Ltda. – EPP, com sede em Carangola, o que não permite evidenciar, *a priori*, a existência de, no mínimo, 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP na região, em atendimento ao disposto no inciso II do art. 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Todavia, da Ata de Abertura dos Envelopes de Proposta e Habilitação, acostada às fls. 427 e 428, do procedimento licitatório (peça nº 21 do SGAP), ressei que participaram do certame ME e EPP com sede na região, a saber: a) Larissa Torres Machado – EPP (LM Distribuidora, fl. 82), com sede em João Monlevade; b) Comércio de Pneus Pinheiro & Freitas Ltda. – EPP (Neto Pneus, fl. 104), localizada em Carangola; c) Augusto Pneus Eireli – EPP (fl. 120); FJ Pneus Ltda. – EPP (fl. 120) situada em Belo Horizonte; d) FJ Pneus Ltda. – EPP (fl. 136), com sede em Barra do Pirai, no Estado do Rio de Janeiro; e) DMR Comércio de Pneus Ltda. – ME (fl. 162), localizada em Rio Pomba; e f) Pneus Líder Peças e Serviços Eireli – EPP (fl. 175), com sede em Manhuaçu.

Ademais, o enquadramento das licitantes que participaram da disputa ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006, pôde ser confirmado nas respectivas Certidões Simplificadas da Junta Comercial, juntadas ao procedimento licitatório (peça nº 19 do SGAP).

Nessas circunstâncias, entendo que a cláusula editalícia de destinação exclusiva à participação de ME e EPP, no caso *sub examine*, foi amparada na Lei Complementar nº 123, de 2006. Para mais, percebo que não ficou evidenciado, nos autos, que o tratamento diferenciado para as ME

e EPP foi desvantajoso para a Administração Pública, tampouco restritivo à participação de potenciais licitantes assim qualificadas no certame.

Posto isso, não vislumbro como irregular o fato narrado pelos denunciantes.

Por remate, a propósito do apontamento formulado pelo Ministério Público junto ao Tribunal (peça nº 27 do SGAP) sobre a ausência de justificativa quanto à inviabilidade de utilização do formato eletrônico do pregão, verifico que o *Parquet* de Contas consignou, entre outros aspectos, o seguinte:

26. Analisando os autos do processo licitatório em comento, verifica-se que foi adotada a forma presencial do pregão sem que contasse justificativa para essa escolha ou demonstração da inviabilidade da utilização do formato eletrônico do pregão.

27. Apesar de o Decreto nº 10.024/2019 (antes Decreto nº 5.450/2005), que obriga a utilização da forma eletrônica do pregão, salvo comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, vincular somente a União, deve-se destacar que a utilização da forma eletrônica é preferível e vantajosa também ao município, por possibilitar maior participação de licitantes, sendo decorrente do princípio constitucional da eficiência e também do princípio da competitividade. (...)

Colacionou julgados de maneira a destacar a evolução jurisprudencial sobre o tema e, ainda, assentou que “(...) diversos órgãos controladores têm recomendado aos seus jurisdicionados a utilização do pregão eletrônico ao invés do presencial, deixando a este somente os casos de comprovada inviabilidade de utilização da forma eletrônica”. E, ao final, concluiu:

38. Diante do exposto, apesar de entender pela impossibilidade de aplicação de multa aos agentes públicos responsáveis, por inexistir violação expressa de norma legal, o Ministério Público de Contas OPINA pela emissão de recomendação ao atual Prefeito Municipal e ao atual pregoeiro do Município de Divino para que, por respeito aos princípios da eficiência, da competitividade e da economicidade, promovam a realização de pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, independentemente da fonte de recursos envolvida – federal, estadual ou municipal –, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório.

Com efeito, no caso analisado nos autos, não vislumbro qualquer violação à norma legal, nesse particular, considerando que o § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 2002, estabelece que “poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”, e que o Decreto nº 10.024, de 2019, regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, apenas no âmbito da Administração Pública federal, sendo que a licitação denunciada não se destinou à aquisição de produtos com recursos provenientes da União.

Relativamente à sugestão de recomendação aos responsáveis, nos termos referenciados pelo *Parquet* de Contas, creio ser suficiente salientar aos gestores públicos municipais que sempre envidem esforços para a adoção do formato licitatório que melhor assegure a ampla competitividade, consideradas, obviamente, as condições materiais e financeiras, bem como as particularidades do órgão licitante.

III – DECISÃO

Diante do exposto, julgo improcedentes os apontamentos lançados nas denúncias, em face do Processo Licitatório nº 042/2020, Pregão Presencial nº 005/2020, promovido pela Prefeitura do Município de Divino, por entender que a cláusula editalícia impugnada, que previu a participação exclusiva de ME e EPP no certame, não infringiu as regras legais sobre a matéria.

Intinem-se também as denunciantes da decisão.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos.

* * * * *

ahw/rb

