

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

21ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, realizada no dia 06/07/2016

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

RETORNO DE VISTA

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta do então Prefeito do Município de Mariana, Sr. Celso Cota Neto, assim sintetizada pelo Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão:

A dúvida, por parte do gestor, é, em caso de cumprir o § 3º do artigo 48, inserido pela LC 147/2014, em ambos os casos hipoteticamente apresentados, poderia o Município despendar 10% do preço final, a mais do que, em tese, seria considerado o menor preço, apenas para favorecimento de uma microempresa local ou regional?

Em ambas as hipóteses, se positiva a resposta, tal disposição deverá obrigatoriamente, ser inserida no instrumento convocatório ou basta a aplicação generalizada da lei por parte da Comissão de Licitação ou Pregoeiro?

É possível, no próprio instrumento convocatório, definir o que entende a Administração por “regional” para fins de aplicação do dispositivo?

Na Sessão de 1º/6/2016, havendo o Conselheiro Wanderley Ávila declarado sua suspeição, o Colegiado admitiu a consulta, por unanimidade.

Na sequência, o Relator apresentou seu parecer, com as seguintes conclusões:

1. A Administração poderá pagar até 10% a mais do melhor preço válido na licitação para contratar licitantes enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente (art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06).
2. A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que conste na fase interna e no ato convocatório, de forma expressa, o percentual de preferência, a justificativa e as regras para a sua concessão.
3. No âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública estadual, o sentido da expressão “regionalmente”, prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.
4. Para os jurisdicionados municipais que não possuam norma específica, aplicam-se as disposições da Consulta nº 887734 quanto ao alcance da expressão “regionalmente”.

Naquela ocasião, após terem acompanhado o entendimento do Relator os Conselheiros Hamilton Coelho, Mauri Torres e José Alves Viana, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, devo aderir ao elogio que, na Sessão de 1º/6/2016, fez o Conselheiro em Substituição Hamilton Coelho ao voto do Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

É que aquele voto, além de sintetizar habilmente as perguntas do consulente, contém subsídios valiosos para a solução do intrincado labirinto que é o vigente Estatuto Nacional da

Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.792, de 2013, pela Lei Complementar nº 147, de 2014, e pela Lei Complementar nº 154, de 2016).

Permito-me, porém, sugerir acréscimos para o que será o parecer do Tribunal sobre a – nos termos do § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006 –, “prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente”.

Meu ponto de partida é o seguinte trecho do voto do Relator:

... caso o edital da licitação preveja a aplicação do benefício contido no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06 e tendo uma ME apresentado proposta de preço até 10% superior ao menor preço válido até o momento, deve a Administração adjudicar o objeto em favor da microempresa, ou deve convocá-la para, se for do seu interesse, cobrir a menor proposta apresentada entre os licitantes?

No âmbito federal, o art. 9º do Decreto nº 8538/15 solucionou a questão estabelecendo que, ao aplicar o art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve o gestor realizar procedimentos análogos ao do empate ficto previsto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06. Ou seja, se uma ME ou EPP oferecer proposta de preço até 10% superior ao menor preço válido, deve ela ser convocada para, querendo, apresentar nova proposta inferior àquela considerada vencedora da licitação.

Este segundo parágrafo despertou minha atenção para a circunstância de que, se o Poder Executivo Federal, ao regulamentar o § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, adotou o critério do empate ficto, podem muito bem tê-lo feito – ou virem a fazê-lo – os entes federados subnacionais.

A propósito, não se pode perder de vista que a Lei Complementar nº 123, de 2006, é veiculadora de “normas gerais”; e que ela explicitamente exige normatização por atos de escalão inferior, como ressei de diversos dispositivos seus, por exemplo:

Art. 77. Promulgada esta Lei Complementar, o Comitê Gestor expedirá, em 30 (trinta) meses, as instruções que se fizerem necessárias à sua execução.

§ 1º O Ministério do Trabalho e Emprego, a Secretaria da Receita Federal, a Secretaria da Receita Previdenciária, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão editar, em 1 (um) ano, as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte.

§ 2º A administração direta e indireta federal, estadual e municipal e as entidades paraestatais acordarão, no prazo previsto no § 1º deste artigo, as providências necessárias à adaptação dos respectivos atos normativos ao disposto nesta Lei Complementar.

...

Note-se que os entes federados – incluídos os Estados e os Municípios – estão obrigados a normatizar, no âmbito de suas competências, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Daí que – perdoem-me a insistência – se o Poder Executivo Federal, ao regulamentar o § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, adotou o critério do empate ficto, podem muito bem tê-lo feito – ou virem a fazê-lo – os entes federados subnacionais.

Por isso, minha primeira proposta é de que se inclua ressalva no item 1 da conclusão do Relator, assim:

1. Salvo se de outro modo disposto nas normas locais, a Administração poderá pagar até 10% a mais do melhor preço válido na licitação para contratar licitantes enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente (art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06).

Volto, agora, minha atenção para o item 2 da conclusão do Relator: “A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que conste na fase interna e no ato convocatório, de forma expressa, o percentual de preferência, a justificativa e as regras para a sua concessão.”

Com a devida vênia, afigura-se-me excessiva a exigência de que conste expressamente no ato convocatório a justificativa para a concessão da preferência às microempresas e às empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente.

Recordo as lições – aqui aplicáveis, *mutatis mutandis* – de MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª ed., São Paulo, Dialética, 2002), para quem “O edital deverá prever as regras procedimentais que disciplinarão o procedimento licitatório” (p. 372); e “o edital deve conter apenas os requisitos necessários e úteis” (p. 373).

Atento a esses ensinamentos, e forte na minha convicção de que até por questões práticas os atos convocatórios não devem estender-se desnecessariamente, proponho que se dê ao item 2 da conclusão a seguinte redação:

2. A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que, de forma expressa, constem, no ato convocatório, o percentual de preferência e as regras para a sua concessão, e, na documentação da fase interna, além desses elementos, também a justificativa.

Percebo, ainda, a conveniência de aperfeiçoar-se o texto do item 3 da conclusão do Relator: “No âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública estadual, o sentido da expressão ‘regionalmente’, prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.”

Como sabido, os decretos baixados pelo Governador do Estado – e o Decreto Estadual nº 44.630, de 2007, é um deles – são, pela própria natureza, obrigatórios no âmbito do Poder Executivo estadual.

Especificamente, as normas e os procedimentos do Decreto Estadual nº 44.630, de 2007, conforme consta no § 1º do seu art. 1º, “aplicam-se à administração pública direta, autárquica e fundacional.”

Assim, ou bem se abandona o item 3 (porque não foi objeto da consulta procedente do Município de Mariana), ou bem se adotam os termos seguintes:

3. No âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual, o sentido da expressão “regionalmente”, prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.

Finalmente, aquiescendo à redação proposta pelo Relator para o item 4 da conclusão, registro que o Município de Mariana, de onde procede a consulta, conta com normatização própria – Lei Complementar Municipal nº 71, de 2010, art. 29, art. 31, inciso II, e art. 32 – à luz da qual é possível afirmar que, lá, no contexto de que se trata, a expressão “regionalmente” deve ser entendida como o conjunto dos “municípios circunvizinhos”.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto no voto do Relator e da contribuição que estou oferecendo, proponho que a consulta seja respondida nos seguintes termos:

1. Salvo se de outro modo disposto nas normas locais, a Administração poderá pagar até 10% a mais do melhor preço válido na licitação para contratar licitantes enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente (art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06).
2. A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que, de forma expressa, constem, no ato convocatório, o percentual de preferência e as regras para a sua concessão, e, na fase interna, além desses elementos, também a justificativa.
3. No âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual, o sentido da expressão “regionalmente”, prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.
4. Para os jurisdicionados municipais que não possuam norma específica, aplicam-se as disposições da Consulta nº 887734 quanto ao alcance da expressão “regionalmente”.

Em síntese, Senhores Conselheiros, estou acompanhando a essência do que foi proposto pelo Relator e apenas proponho alguns aperfeiçoamentos num ou noutro ponto da conclusão do voto.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, declaro a minha suspeição.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, a redação trazida pelo Conselheiro Gilberto Diniz é mais propícia a esclarecer adequadamente a resposta ao consulente. A estruturação sintática que ele traz, realmente, parece-me que ficou bem melhor do que a que eu trouxe para responder à consulta.

Por essa razão, vou aderir à divergência na redação trazida para a resposta, já que não há divergência quanto às fundamentações.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

Nós, deste Tribunal, já havíamos respondido a uma consulta, se não me engano de autoria do Conselheiro Cláudio Terrão, votada por unanimidade, em que definimos o critério para entendimento da expressão “regional”, passando esta condição a quem fizer a licitação, de poder determinar, naquele caso, o conceito de “regional”.

Não sei se seria interessante não nos limitarmos ao decreto estadual e deixarmos este conceito do “regionalmente”...

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Mas o decreto se limita à Administração Direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

Sim, Vossa Excelência faz o recorte para o âmbito estadual, não é? Mas, mesmo assim, imagino que numa compra descentralizada..., entendo que, também, o governo estadual deva estimular essas compras regionais.

É uma consideração que faço: se nós poderíamos deixar de incluir na resposta essa obrigatoriedade de obedecer ao decreto, mesmo porque o que se pretende é modernizá-lo de acordo com esse conceito de região.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, penso que o decreto, uma vez vigente, deve ser observado no âmbito da Administração Direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual.

Mas também, como deixei consignado na fundamentação do meu voto, considerando que a questão relacionada ao decreto estadual não foi objeto da consulta, se for retirada da resposta não fará nenhuma diferença.

Então, deixo à consideração do Relator a propositura de V.Exa., porque foi ele quem trouxe esta questão e eu só ofereci aperfeiçoamento na redação da resposta apresentada pelo Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, estou sendo muito franco. Penso que a proposta de Vossa Excelência destrói a ideia da regulamentação trazida pela norma. O item que fala deste tópico é o item 3, que diz o seguinte:”

“No âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo estadual, o sentido da expressão “regionalmente” prevista no Art.48, §3º, da Lei Complementar 123/06 deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.”

Nós temos que obedecer ao decreto estadual, mas é claro que no âmbito estadual. A meu ver, ficou muito claro que cada unidade federada deverá dar, para uma maior segurança interpretativa, o conceito de “regionalmente” que ela entender.

Pode ser geográfico, pode ser econômico, enfim, a questão do “regionalmente”, trazido e respondido naquela oportunidade, parece-me que foi exatamente na lacuna da norma. Não havendo a norma, “regionalmente” se entende com bom senso, em face das peculiaridades trazidas na motivação para aquelas contratações especificadas.

E aí, o bom senso pode trazer, como já disse aqui, ou o critério regional, ou o geopolítico ou o econômico. Isso já foi respondido.

Mas agora, nós estamos diante de uma normatização do Estado. Em face do Estado, penso que deve ser cumprida a norma. Não há espaço para outro caminho que não seja o de se cumprir a norma. Evidentemente, os municípios, tendo a condição de autonomia e de legislação específicas, podem definir cada qual os seus critérios específicos.

Vou pedir vênha para não aderir à ideia de Vossa Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

Vou então manifestar o meu entendimento no sentido de votar com o Relator, com as considerações e acréscimos feitos pelo Conselheiro Gilberto Diniz, mas votando contra o conceito de se obedecer ao que está hoje no decreto estadual, mesmo porque, se há uma alteração no decreto, esta consulta perderia o seu sentido didático de sinalizar o que é “regionalmente” e não traria nenhuma contribuição a essa ideia de descentralizar as aquisições do poder público, quer seja municipal, quer seja no âmbito estadual.

APROVADO O VOTO DO RELATOR, COM OS ACRÉSCIMOS COLOCADOS PELO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ E QUE FORAM POR ELE ADMITIDOS, VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO, NO CONCERNENTE AO CONCEITO DE “REGIONAL” PARA O GOVERNO ESTADUAL. DECLARADA A SUSPEIÇÃO DO CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA. O Conselheiro Mauri Torres quer fazer alguma manifestação?

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Continuo de acordo com o voto do Relator, uma vez que Sua Excelência acolheu as sugestões do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Pela mesma forma, Senhor Presidente, mantenho o meu voto de acordo com o Relator, que encampou as considerações do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

A Conselheira Adriene Andrade foi substituída pelo Conselheiro Hamilton Coelho e o Conselheiro Wanderley Ávila declarou suspeição.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG SCHMIDT DE ANDRADE DUARTE.)