



Processo n.º: 1.071.521 (principal) e 1.071.564 (apenso)
Natureza: Denúncia
Entidade: Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Área Mineira da Sudene – CIMAMS
Denunciante: Iguatemi Comércio Atacadista EIRELI
Denunciados: Edmárcio Moura Leal (Presidente do Consórcio) e Alisson Rafael Alves dos Santos (Pregoeiro)

À Secretaria da Primeira Câmara,

Tratam os autos de denúncia, com pedido liminar, formulada por Iguatemi Comércio Atacadista EIRELI, em face do Pregão Presencial por Registro de Preços n.º 008/2019, Processo Licitatório n.º 012/2019, do Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Área Mineira da SUDENE – CIMAMS, cujo objeto é o:

“Registro de preços para futura e eventual contratação de pessoa jurídica para o fornecimento de artefatos lúdicos, brinquedos recreativos e mobiliário escolar para atender as necessidades dos municípios integrantes do Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Área Mineira da SUDENE – CIMAMS.” (fl. 35 – Denúncia n.º 1.071.564)

A denunciante argumentou que a divisão do objeto do certame em lotes, em detrimento da licitação por itens, restringiu a competitividade, por ter impedido a participação de empresas especializadas em fornecer um determinado tipo de produto. Sustentou que houve violação ao disposto no §1º do art. 23 da Lei n.º 8.666/93 e na Súmula n.º 247 do TCU.

Adiante, relacionou itens para os quais teria sido exigido o acondicionamento em embalagens de material plástico, e alegou que só um fabricante satisfaz tal condição, ao passo que diversos fabricantes

acondicionam os referidos produtos em caixas de papelão ou de madeira. Concluiu que diversos concorrentes foram impedidos de participarem do certame devido à especificação irrelevante quanto à embalagem realizada pela Administração.

A denunciante apontou também a ausência de exigência de certificação do INMETRO para os brinquedos que se pretende adquirir, em afronta às portarias editadas no âmbito daquela agência executiva.

Considerou irregular o fato de o edital ter exigido a demonstração de capital social mínimo em percentuais distintos para cada um dos lotes de produtos que compõem o objeto do certame, sem apresentar o fundamento para tal diferenciação (item 1.11 – fl. 43 da Denúncia n.º 1.071.564). Afirmou que não há clareza quanto ao referencial a ser utilizado para aferir os percentuais indicados no edital, não se podendo concluir se será o valor da licitação ou do contrato.

Apontou também que não se sabe quais serão os dados extraídos do balanço patrimonial apresentado pela licitante para averiguação da capacidade financeira requerida no edital. Considerou obscuro o instrumento convocatório, por não indicar quais índices contábeis nortearão a aferição da qualificação econômico-financeira das licitantes.

Ainda no que se refere à qualificação econômico-financeira, a denunciante frisou que seria vedado acumular as exigências de capital social mínimo e patrimônio líquido mínimo (fl. 08 da Denúncia n.º 1.071.564). Por fim, alegou que o edital não reservou cota destinada à contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, em violação ao disposto no art. 48, III, da Lei Complementar n.º 123/06 e no Decreto Federal n.º 8.538/15, observando que o benefício de cota reservada não se aplica aos itens ou lotes cujo valor seja de até R\$ 80.000,00.

Diante do exposto, requereu a suspensão liminar do certame.

Por cautela, determinei a oitiva prévia dos responsáveis, à fl. 235 do Processo n.º 1.071.564. Na oportunidade, determinei o apensamento dos autos à Denúncia n.º 1.071.521, de minha relatoria, que versa sobre o mesmo procedimento licitatório.

Em resposta, vieram a petição de fls. 243/254, contrapondo a argumentação da denunciante, e os documentos relativos ao procedimento licitatório, fls. 255/1288 (Processo n.º 1.071.564). Os responsáveis anexaram a ata da sessão, não havendo notícias, até o momento, de celebração de contrato em decorrência do procedimento licitatório.

Cumprir destacar que a presente denúncia deu entrada em meu gabinete, pela primeira vez, em 16/7/19, às 11h36min, sendo que a sessão de habilitação e julgamento estava marcada para a data de 10/7/19, às 09h15min.

Passo a apreciar, em juízo não exauriente, o requerimento cautelar no que se refere à suposta ausência de cota reservada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, com possível afronta ao disposto no art. 48, inciso III, da Lei Complementar n.º 123/06, por ser esse o apontamento de maior gravidade contido na exordial.

Na Lei Complementar n.º 123/06, foram previstos diversos benefícios, denominados tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte, a serem observados nas contratações públicas, 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.

Referidos benefícios foram fortalecidos com a edição da Lei Complementar n.º 147/14 e devem ser observados, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade. Dentre eles, destaco: o direito de terem a comprovação da regularidade fiscal exigida somente para efeito de assinatura do contrato, com previsão de prazo para regularização (arts. 42 e 43); a preferência de contratação como critério de desempate na hipótese de empate ficto (arts. 44

e 45); a obrigatoriedade de que a licitação seja destinada exclusivamente a microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (art. 48, I); a possibilidade de se exigir a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 48, II); a imposição de que, nos certames divisíveis, seja estabelecida cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresa e empresa de pequeno porte (art. 48, III), e a possibilidade de estabelecimento de prioridade de contratação a microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite máximo de 10% (dez por cento) do melhor preço válido (art. 48, § 3º).

No caso em tela, discute-se a interpretação e aplicação dos seguintes dispositivos:

“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.”
(grifos nossos)

Tais preceitos normativos, conforme bem esclarecido no Acórdão n.º 1819/2018, do Tribunal de Contas da União – TCU, não são cumulativos, inexistindo vedação à aquisição, por ME e EPP, de bem em valor superior a R\$80.000,00, desde que tal montante não sobeje os 25% da cifra total do certame. Com efeito, em excerto do aludido julgado, o eminente relator. Sr. Walton Alencar Rodrigues fez constar em seu voto que:

“Não há, na Lei Complementar 123/2006 e no decreto que a regulamenta, determinação no sentido de que a aplicação da cota de 25% de que trata o inciso III do art. 48 da referida lei estaria limitada à importância de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa.”

Em outras palavras, é possível a reserva de itens exclusivos para contratação de ME e EPP com valores superiores a R\$80.000,00, limitados ao teto de 25% do valor total estimado para o certame.

No edital em análise, procedeu-se à divisão do objeto em sete lotes, conforme tabela abaixo:

Identificação do lote	Valor de referência
LOTE 01 – 58 itens diversos	R\$ 5.070.927,33
LOTE 02 – recursos lúdicos para os anos iniciais do ensino fundamental – 82 itens	R\$ 5.916.591,33
LOTE 03 – brinquedos recreativos para área interna destinados à educação infantil – 01 item	R\$ 10.861.666,67
LOTE 04 – brinquedos recreativos para área externa – 21 itens	R\$ 91.363.600,00
LOTE 05 – mobiliário escolar – 01 item	R\$ 15.435.000,00
LOTE 06 – jogos inclusivos em braile e libras – 20 itens	R\$ 1.636.530,00
LOTE 07 – equipamentos inclusivos e materiais auxiliares de tecnologia assistiva	R\$ 15.570.100,67

Compulsando o instrumento convocatório, verifiquei que não foi estabelecida cota exclusiva do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Às fls. 251/252 do Processo n.º 1.071.564, os responsáveis argumentaram que:

“Os 25% previstos no inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 devem ser limitados, por imperativo de proporcionalidade. Numa licitação de 100 milhões, não faria sentido, seria desproporcional, que R\$ 25 milhões fossem reservados às microempresas e empresas de pequeno porte, sem que outras empresas pudessem participar. Os

efeitos disso seriam impactantes, sobretudo pensando-se nos valores mais elevados que são praticados nas cotas reservadas. (...)

É razoável supor que licitantes cujos faturamentos não ultrapassam R\$3.600.000,00 por ano, que é o caso das empresas de pequeno porte, não teriam condições ou teriam muitas dificuldades para disputar cota reservada, conforme exemplo acima, de 25 milhões.(...)

Verifica-se que não há ilegalidade no procedimento licitatório com relação à ausência de aplicação de tratamento diferenciado, já que presente a exceção prevista no artigo 49, inciso III, da lei complementar referida.”

No artigo 49 da Lei Complementar n.º 123/06, excepciona-se a obrigatoriedade de conceder o tratamento diferenciado nas contratações públicas nas seguintes hipóteses:

“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (Revogado);

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

A redação adotada no artigo 48, com o uso do verbo “deverá”, indica que a política de favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte é imperativa, não estando a cargo do administrador a faculdade de deixar de conceder as benesses fixadas na lei, salvo em situações excepcionais, devidamente comprovadas.

Assim, concluo, em análise não exauriente, que a Administração prezou por interpretação que vai de encontro ao intento do legislador, sem

bases técnica e econômica que comprovassem a sua tese. Vale ressaltar que, ao contrário do que alegaram os responsáveis, a Lei não fixou percentual específico para a concessão do benefício, devendo ser destinados **até** 25% do objeto à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Importante frisar, ainda, que se trata da aquisição de objeto divisível, e que não restou demonstrado, na justificativa oferecida pelos gestores, potencial prejuízo à Administração ou ao complexo do objeto a ser licitado, razão pela qual não se configurou a exceção descrita no inciso III do art. 49 da referida lei.

Este Tribunal já se manifestou quanto à imperatividade das regras impostas pela Lei Complementar n.º 123/06, sancionando o gestor pela inobservância do tratamento diferenciado ali previsto, conforme se vê no excerto abaixo:

“DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAL MÉDICO-HOSPITALAR E INSTRUMENTAL. ITENS SEM EXCLUSIVIDADE PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. O edital deverá estar em sintonia com as exigências previstas na Lei Complementar n. 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar n. 147/2014, as quais asseguram tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, visando, notadamente, à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, à ampliação da eficiência das políticas públicas e, também, ao incentivo à inovação tecnológica.

(...)

4. Quando se trata de licitação para aquisição de bens de natureza divisível e o valor total superar o limite disposto no art. 48, I, da LC n. 123/06, alterada pela LC n. 147/2014, deverá ser reservada cota de até 25% do objeto para a contratação de ME e EPP.

(...)

a) multa de R\$1.000,00 (hum mil reais), pela falta da reserva de cotas de até 25% de cada um dos itens 35, 37, 67, 69, 70, 99, 100, 109, 116 e 151 do edital, para participação de microempresas ou empresas de pequeno porte na licitação, em desacordo com o disposto no art. 48, inciso III, da Lei Complementar n. 123/06, alterada pela Lei Complementar n. 147/2014". (Denúncia 951.873, Primeira Câmara, Rel. Cons. Sebastião Helvécio, sessão de 14/8/18)

Destaco, ainda, a decisão liminar proferida na Denúncia n.º 952.094, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, levada a referendo na sessão da Segunda Câmara do dia 07/07/15. Naquela oportunidade, o certame foi suspenso em razão de não haver sido prevista a participação exclusiva de MEs e EPPs em até 25% do objeto.

Sendo obrigatório o tratamento diferenciado não observado na condução do certame em análise, reputo, em juízo perfunctório, cabível o deferimento do pedido de suspensão do procedimento licitatório, com abstenção da prática de quaisquer atos de homologação ou contratação dele decorrentes, até o pronunciamento final de mérito nestes autos.

Intimem-se a denunciante e os denunciados, via D.O.C. e *e-mail*, desta decisão.

Após, remetam-se os autos ao órgão técnico para análise e, posteriormente, ao Ministério Público junto ao Tribunal.

Tribunal de Contas, em 31/7/19.

HAMILTON COELHO
Relator