

As licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regra e exceções



Jessé Torres Pereira Junior
é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro



Marinês Restelatto Dotti
é Advogada da União

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

O art. 48, I, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, dispõe que:

Art. 48 - Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública **poderá** realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

O art. 6º, *caput*, do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado em favor dessas empresas, nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal, estabeleceu que:



Art. 6º - Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo quando ocorrerem as situações previstas no art. 9º, devidamente justificadas.

Entre a faculdade, a que alude a Lei Complementar nº 123/06, e o dever, na dicção do decreto federal que a regulamenta na administração federal, interpõe-se o primeiro fundamento que alimenta a polêmica que o tema desperta desde o seu nascimento, no direito positivo brasileiro: decreto (ato administrativo privativo de chefe do poder executivo) é norma de hierarquia inferior à lei, por isto que aquele não pode impor um dever ao agente público quando esta lhe defere apenas uma faculdade, nem o agente poderia interpretá-la restritivamente - **“Obviamente, aquilo que o legislador não limitou ou proibiu explicitamente, o agente público tampouco pode limitar ou proibir**

pela via da interpretação” (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2012a).

O presente texto examina as questões decorrentes da aparente oposição entre lei e decreto, dada a sua relevância para bem apreender-se a natureza e a extensão do tratamento diferenciado que a Constituição da República manda assegurar a essas empresas.

2. EXCLUSIVIDADE: REGRA E EXCEÇÃO

Adotada a premissa de que o decreto não pode ir além da lei, e que, portanto, cabe à Administração decidir, em cada caso, se a licitação será, ou não, exclusivamente reservada à participação daquelas empresas, segue-se a consequência de que tal opção há de ancorar-se em fundadas razões, ou seja, deverá a Administração explicitar os respectivos motivos determinantes, se entender de afastar a exclusividade.

É que, sendo o tratamento diferenciado, como é, resultante de expressa política pública constitucional (CR/88, art. 170, IX), deve a Administração esclarecer os motivos pe-

los quais decidiu que determinada licitação, cujo objeto se contenha no limite legal fixado (R\$ 80.000,00), não será exclusiva para pequenas e microempresas. Entrevê-se que o legislador complementar entendeu ser possível valer-se do poder de compra do estado para fomentar o desenvolvimento dos pequenos empreendedores, admitida a discricção administrativa em face de circunstâncias que lhe cumpre esclarecer no caso concreto.

Em outras palavras, a regra é a exclusividade, quando se cuidar de licitação de valor estimado em até R\$ 80.000,00 - assim se interpreta o “dever” posto no decreto -, mas há exceções, desde que fundadas em motivos relevantes, que cumpre à Administração evidenciar em cada caso.

Pondere-se que a licitação tem como princípio assegurar a igualdade de condições a todos os que desejarem contratar com a Administração Pública, consoante preceitua o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Portanto, o tratamento diferenciado, deferido a uma determinada categoria de empresas em matéria licitatória, somente terá respaldo constitucional se tal medida se harmonizar com outro valor também tutelado pela Constituição.

Nesse sentido o entendimento do Tribunal de Contas da União no acórdão nº 2957/2012, Plenário, no que tange à faculdade conferida pelo art. 48, I, da LC nº 123/06, *verbis*:

[...] o poder regulamentar não teria o condão de extrapolar os limites legais, de modo que o art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, ao criar o dever de a Administração realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), teria ido além do previsto no art. 48, inciso I, da Lei nº 123, de 2006.

31. Com essas considerações, alinho-me à proposta da 3ª Secex (item 18, peça 2) e pugno, no tocante aos itens 2.2. e 2.3. retro, que seja esclarecido ao órgão consulente que as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2012a).

O disposto no art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06, sublinhe-se, tem aplicação somente nas contratações mediante licitação. A exclusiva participação de entidades de menor porte não se aplica às contratações diretas, ao que se colhe do art. 49, IV, da LC – “Não se aplica o disposto nos artigos 47 e 48 desta Lei Complementar quando: [...] IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

3. EXCLUSIVIDADE PROIBIDA

O art. 49 da Lei Complementar nº 123/06 proíbe a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48 quando o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

A regra conhece precedente. A Súmula 247, do Tribunal de Contas da União, afasta a obrigatoriedade do parcelamento, prevista no art. 23 da Lei nº 8.666/93 – fator que se traduz na ampliação do número de competidores –, em hipóteses que representem prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto.

A Lei Complementar nº 123/06 tem por incompatível com o interesse público a exclusi-

vidade de participação de entidades de menor porte, em licitação cujo valor estimado não supere R\$ 80.000,00, sempre que a Administração verifique o risco de prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Compreende-se a ressalva. As pequenas e microempresas não contam, em equivalência às empresas de grande e médio porte, com estruturas e capacidade técnica para atender a determinadas demandas. Assim, mesmo que o valor estimado da licitação seja inferior a R\$ 80.000,00, a Administração deve ampliar a participação para entidades de grande e médio porte, se a exclusiva participação de micro e pequenas empresas contiver risco de prejuízo à satisfatória execução do conjunto ou complexo do objeto.

Basta a previsibilidade do prejuízo, não se exigindo certeza sobre a sua real dimensão, até porque esta somente seria passível de apuração ao final da execução do contrato, ou seja, quando o dano já estivesse consumado e pudesse ser avaliado em toda a sua extensão, o que, evidentemente, não teria sentido nenhum em termos de proteção ao erário e ao interesse público. Mas é fundamental que a Administração demonstre, objetivamente, quais os riscos que configuram essa potencial lesão à satisfatória execução do objeto do contrato.

4. EXCLUSIVIDADE DESVANTAJOSA

A Lei Complementar nº 123/06 também afasta a exclusividade para o efeito de subcontratação e de reserva de cota de até vinte e cinco por cento do objeto, quando o tratamento privilegiado mostrar-se desvantajoso para a Administração.

De acordo com o art. 9º, II, do Decreto federal nº 6.204/07, considera-se desvantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

A incongruência do dispositivo (art. 9º, II) está em que a decisão do agente público, no sentido de afastar a exclusividade, deve anteceder a abertura da licitação, ou seja, a Administração deve definir se a licitação será exclusiva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte ainda na fase interna do procedimento licitatório, enquanto a desvantagem preconizada pelo art. 9º, II, só seria passível de aferição após iniciada a fase externa da licitação, ou seja, durante o procedimento licitatório, mais precisamente na fase de julgamento das propostas.

Em síntese, a observar-se o texto do art. 9º, II, não há como se constatar a desvantagem de conceder-se a exclusiva participação de entidades de menor porte, em razão dos valores das propostas dos licitantes apresentarem-se superiores ao valor estimado da contratação, sem o anterior conhecimento dessas propostas, o que só será possível mediante a abertura dos respectivos envelopes, no curso do procedimento competitivo, e, não, antes deste.

A Administração que realiza licitação exclusiva para entidades de menor porte e consulta proposta vencedora de preço superior ao estimado, nas licitações subsequentes para o mesmo objeto, pode afastar a regra da exclusividade e ampliar a licitação a entidades de médio e grande porte. Essa decisão exige motivação, sobretudo quanto à perspectiva de que a ampliação do universo de competidores produzirá a obtenção de propostas mais vantajosas. Nesta outra licitação, de valor estimado de até R\$80.000,00, ampliada a entidades empresariais de maior porte, deve ser concedido o tratamento favorecido (direito ao desempate e prazo especial para a regularização fiscal) às entidades de menor porte, caso essas apresentem propostas iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada e apresentada por entidade de médio ou grande porte, nas modalidades convencionais da Lei nº 8.666/93

(concorrência, tomada de preços e convite), ou de até 5% superiores ao melhor preço, na modalidade pregão, presencial ou eletrônico.

5. A EXCLUSIVIDADE EM LICITAÇÃO POR ITENS (OU LOTES/GRUPOS)

Seria legítimo conferir-se exclusividade de participação a empresas de pequeno porte em licitação por itens cujo somatório supere o valor de R\$80.000,00, em relação aos itens cujos valores estimados individualmente não ultrapassem essa cifra?

Ilustre-se a hipótese. O edital discrimina a compra dos seguintes objetos: item 1 (x cadeiras – valor total estimado de R\$60.000,00); item 2 (x sofás de dois lugares – valor total estimado de R\$100.000,00); item 3 (x mesas – valor total estimado de R\$150.000,00); item 4 (x tapetes - valor total estimado de R\$40.000,00); item 5 (x suportes para livros - valor total estimado de R\$5.000,00). total estimado da licitação: R\$355.000,00. Em relação aos itens 1, 4 e 5, seria legítima a exclusiva participação de microempresas e empresas de pequeno porte, e para os demais itens (2 e 3) ampliar-se a participação, conferindo-se, em relação a esses itens (2 e 3), o tratamento privilegiado previsto no art. 44 da Lei Complementar nº 123/06?

O art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06 estabelece que, para o cumprimento do disposto no art. 47 (“Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente”), a Administração pode realizar processo licitatório destinado exclusivamente à

participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas **contratações** cujo valor seja de até R\$ 80.000,00.

O art. 6º do Decreto nº 6.204/06 autoriza o processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas **contratações** cujo valor seja de até R\$80.000,00.

Nenhum dos dois dispositivos acima reproduzidos estabelece que a exclusividade deva ocorrer nas licitações cujo valor seja de até R\$80.000,00. A aferição levará em conta as contratações até esse valor.

Em licitações divididas em itens, lotes ou grupos, cada item representa uma licitação separada das demais, com julgamentos e adjudicações independentes.

A divisão da licitação em itens atende à regra de parcelamento inscrita no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a que alude a Súmula nº47, do Tribunal de Contas da União, além de ensejar economia de tempo e de recursos financeiros, uma vez que é realizada uma única licitação para objetos específicos.

Dessas licitações podem resultar, portanto, várias contratações distintas, derivadas de um único instrumento convocatório, em razão da possibilidade de serem adjudicados os itens a licitantes distintos que ofertaram propostas para um ou mais itens, selecionados por meio de uma única licitação. Pode um único licitante consagrar-se vencedor de todos os itens, de que resultarão contratações totais superiores a R\$80.000,00. Tal possibilidade não infringe o disposto no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº123/06, bem como o art. 6º do Decreto nº 6.204/07, em decorrência da autonomia da adjudicação de cada item. Ou seja, mesmo na hipótese em que há um único vencedor para todos os itens, os julgamentos e as adjudicações operam de forma independente.

Se fossem realizadas licitações apartadas, ou seja, fossem publicados vários instrumentos

convocatórios independentes, e em cada um deles houvesse um único objeto (item), com valor estimado igual ou inferior a R\$80.000,00, não haveria dúvida acerca da exclusiva participação de entidades de menor porte.

Existindo itens (ou lotes/grupos) num mesmo instrumento convocatório, com valores iguais ou inferiores a R\$80.000,00, para cada um deles o edital poderá regulamentar a exclusiva participação de entidades de menor porte, conforme preceitua o art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06. Para os demais itens, com valores individuais superiores a R\$80.000,00, o mesmo instrumento convocatório estenderá a participação às demais categorias empresárias do ramo do objeto em licitação (grande e médio porte), concedendo o tratamento privilegiado às entidades de menor porte na hipótese de ocorrer o “empate ficto” (art. 44 da Lei Complementar nº 123/06).

A jurisprudência da Corte de Contas federal fixou-se no sentido de ser legítimo conferir-se a exclusiva participação de entidades de menor porte em itens da licitação cujos valores não ultrapassem o valor de R\$80.000,00, nada obstante o somatório total superar essa cifra. Assim:

Apesar de o valor global exceder o limite de R\$ 80.000,00, previsto no art. 48, I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007, para a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais.

[LC nº 123/2006] Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

[Decreto n 6.204/2007] Art. 6º Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Dessa forma, ao ser definido o ‘menor preço por item’ como o tipo de licitação, foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si, o que é confirmado, por exemplo, pela seguinte disposição editalícia (fl. 23, peça 2):

‘38.3. É facultado ao licitante cotar todos, alguns ou somente um dos itens definidos no Anexo I deste Edital’.

Adequado, portanto, aos ditames da LC nº 123/2006 o procedimento adotado pelo PAMA-LS no pregão eletrônico nº 10/2001.

No sentido da legalidade da conduta administrativa que, em licitação na modalidade pregão eletrônico, contempla a participação exclusiva de microempresas na competição por itens, desde que observado o teto legal, o seguinte julgado:

‘ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO TIPO MENOR PREÇO POR ITEM. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXA DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE

PEQUENO PORTE E SOCIEDADES CO-OPERATIVAS. VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Agravo de instrumento desafiado contra decisão que determinou a participação da parte agravada na licitação atinente ao Processo Administrativo nº 63064.000019/2009-89 - Edital de Licitação nº 04/2009, modalidade Pregão Eletrônico - salvo se por outro motivo deva ser excluída ou desqualificada.

2. Licitação do tipo 'MENOR PREÇO POR ITEM' na qual - embora seu valor global (R\$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R\$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas - observa-se que foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais.

3. Existência de várias licitações distintas e independentes entre si, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06, o que é corroborado, para exemplificar, pelo disposto no item 20.1, segundo o qual "cada contrato firmado com a fornecedora terá vigência pelo prazo de 15 (quinze) dias, a partir da retirada da Nota de Empenho, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.666/93".

4. Inobstante na hipótese em apreço exista uma limitação à livre concorrência, prestigia-se o preceito constitucional insculpido no art. 170, IX, que assegura

'tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País', as quais, sem essa garantia, não teriam oportunidade de contratar com a Administração Pública.

5. Agravo de instrumento provido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região), 2010c).

Sob esse aspecto, a contratação se mostra adequada à hipótese de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte prevista no art. 48, I, da LC nº 123/2006 c/c o art. 6º do Decreto nº 6.204/2007.

O tratamento privilegiado previsto nesses dispositivos seria excepcionado apenas diante da ocorrência das hipóteses descritas no art. 49 da LC nº 123/2006 e no art. 9ª do Decreto nº 6.204/2007, o que não logrou o representante demonstrar.

[LC nº 123/2006] Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

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;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

[Decreto n 6.204/2007] Art. 9º Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando:

I - não houver um mínimo de 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;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV - a soma dos valores licitados nos termos do disposto nos arts. 6º a 8º ultrapassar vinte e cinco por cento do orçamento disponível para contratações em cada ano civil; e

V - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os objetivos previstos no art. 1º, justificadamente.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II, considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

Consulta feita aos registros do sistema Comprasnet indica que, para cada item, houve a participação de, pelo menos, três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências do edital, sem que tenha sido evidenciado que daí decorresse aquisição não vantajosa para a Administração Pública.

Diante do exposto, considerando a representação improcedente, manifesto-me no sentido de que seja aprovado o acórdão que ora submeto a este Colegiado.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2012b).



6. CLASSIFICAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NA DEFINIÇÃO DO VALOR DO LOTE/GRUPO

A licitação dividida em itens, além de atender à regra do parcelamento e, por conseguinte, ampliar a competição entre os licitantes, enseja várias contratações por meio da realização de procedimento licitatório único, traduzindo-se no atendimento dos princípios da economicidade e da eficiência.

A divisão da licitação em lotes/grupos, como se itens fossem, também é ampliadora da competição, mas deve ser vista com cautela pela Administração, uma vez que pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados no lote/grupo.

Verificado pela Administração a probabilidade de que isso possa ocorrer, a alternativa é dividir a licitação em itens distintos.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, em princípio, a divisão da licitação em lotes/grupos só se justifica quando puderem ser constituídos de vários itens para um mesmo local e executados por um mesmo fornecedor. Ilustra com a aquisição de móveis, em que todos os itens constantes do lote/grupo destinem-se a um determinado ambiente, podendo ser adquiridos de uma só empresa, de forma a manter idêntico estilo, modelo, design etc. (BRASIL, 2010, p. 239).

A Corte de Contas federal proferiu decisão na qual entende que a classificação orçamentária das rubricas não justifica, por si só, o fracionamento de despesas, nem a adoção da modalidade de licitação cabível ou a definição da contratação direta por dispensa de licitação (art. 24, I e II).

Confira-se o julgado nesse sentido:

8.10. Análise: entende o responsável que a distinção na natureza das despesas impossibilitaria realizar um certame

único envolvendo as três dispensas de licitação (em um caso, era despesa de investimento e nos outros dois, despesa de custeio).

8.11. Esse argumento não é suficiente para justificar a dispensa da licitação. Não há óbice em realizar um único certame envolvendo objetos de despesa de custeio e investimento. Apesar da licitação única, cada item licitado seria pago obedecendo à sua classificação orçamentária (custeio ou investimento), sem qualquer afronta às normas de direito financeiro.

8.12. A classificação da despesa pública segue critérios definidos com o objetivo de atender às necessidades gerenciais de informação acerca da execução do processo orçamentário. Não serve como justificativa para o fracionamento de despesas e nem como pretexto de fuga à obrigatoriedade de licitar, como no caso concreto, em que não se quis admitir a realização de licitação única devido a uma suposta incompatibilidade entre os itens de despesa.

8.13. Além disso, a classificação orçamentária não produz qualquer efeito jurídico para fins de aplicação da modalidade cabível de licitação ou sua dispensa, conforme magistério de Marçal Justen Filho, (2008, p. 266):

A irrelevância da classificação orçamentária

Por outro lado, não é possível utilizar a classificação orçamentária, produzida para outros fins e sem nenhuma relevância legal para essa hipótese. Os critérios utilizados para fins orçamentários podem ser diversos e, mesmo, abranger diferen-

tes objetos. Aplicar a regra poderia produzir resultados despropositados, tais como constringer a realização de concorrência para serviços autônomos de engenharia, apenas porque a rubrica orçamentária seria a mesma. Ou seja, quando se englobam certas despesas em um mesmo elemento de despesa orçamentária, o fundamento reside na necessidade de sistematização. Não há previsão acerca da necessidade de contratação única, nem se pode imaginar que o legislador financeiro estava considerando o total de desembolsos como sujeito a tratamento unitário.

Mais ainda, não há no texto legal qualquer indicação da relevância da classificação orçamentária do objeto para fins de conjugação de valores e determinação da modalidade cabível de licitação. Trata-se de inovação em face da Lei - inclusive no tocante às próprias normas de Direito Financeiro, **as quais não determinam que as rubricas orçamentárias produzem algum efeito jurídico para fins da fixação da modalidade cabível de licitação.** (grifo nosso).

8.14. Portanto, entendemos que a natureza das despesas sob o ponto de vista orçamentário não representou óbice à realização de licitação conjunta. Rejeitamos as razões de justificativa do responsável. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2010b).

Por simetria de raciocínio, o critério de classificação orçamentária não é requisito essencial para a formação do lote ou grupo, ou seja, num mesmo lote ou grupo podem ser agrupados itens a que correspondam despesas de diferente natureza. A correta classificação orçamentária será importante para

a execução do processo orçamentário (pagamento). É fundamental, no entanto, que todos os itens agrupados possam ser fornecidos ou executados por uma única empresa, do contrário a divisão da licitação em itens distintos deve prevalecer.

7. ADESÕES A REGISTRO DE PREÇOS DE VALOR ESTIMADO INFERIOR A R\$ 80.000,00

A negativa de participação exclusiva de entidades de menor porte em licitação para a formação do registro de preços, em item cujo valor estimado não ultrapasse R\$ 80.000,00, não limita o número de adesões até esse montante. Mesmo que, ao final, consagre-se vencedora uma microempresa ou empresa de pequeno porte, em razão do tratamento privilegiado a que tem direito, não poderá o órgão gerenciador limitar o número de adesões em razão da ampla participação conferida na licitação.

Por outro lado, tendo o edital estipulado a exclusiva participação de entidades de menor porte, ao órgão gerenciador da ata de registro de preços, em cumprimento ao estabelecido pelo inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, competirá limitar o número de adesões ao item até o máximo de R\$ 80.000,00, computando-se as contratações realizadas pelos órgãos participantes, se existentes, e pelo próprio órgão gerenciador. Sucessivas adesões, sem que se observe o teto de R\$ 80.000,00, ensejam o desvirtuamento da finalidade e do limite estabelecidos pela LC nº 123/06.

Assim julgou o Tribunal de Contas da União em resposta à consulta:

(...) 2. O consulente especificou três dúvidas encaminhadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (TRT-17), as quais gostaria que fossem dirimidas, a saber:

2.2. As licitações processadas mediante o Sistema de Registro de Preços (SRP), cujo valor estimado seja igual ou menor a R\$ 80.000,00, devem ser destinadas à contratação exclusiva de ME e EPP?

2.3. No caso de resposta afirmativa à questão anterior, nas licitações processadas por meio do SRP, que forem destinadas à contratação exclusiva de ME e EPP, podem-se definir regras para os órgãos interessados na adesão, segundo as quais a quantidade de itens/valores a ser adquirida deverá ser somada às quantidades das contratações já efetivadas, de forma que a soma não supere R\$ 80.000,00?

[...]



21... nota-se que o consulente cinge-se à utilização do Sistema de Registro de Preços, o qual, como já informado no item 6, foi regulamentado pelo Decreto nº 3.931, de 2001, podendo ser conceituado como ‘o conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras’ (cf. art. 1º, inciso I, do Decreto nº 3.931/2001).

22. Trata-se, pois, de cadastro de produtos e fornecedores selecionados mediante prévio processo licitatório, na modalidade de concorrência ou pregão, e, em regra, do tipo menor preço (v. art. 3º do Decreto nº 3.931/2001), para eventual e futura contratação de bens e serviços, obrigando-se o licitante a manter, durante o prazo de validade do registro, os preços e a disponibilidade dos produtos nos quantitativos máximos licitados.

23. Assim, os preços e condições de contratação passam a constar da Ata de Registro de Preços (v. art. 1º, inciso II, do Decreto nº 3.931/2001), ficando disponíveis para qualquer órgão ou entidade da Administração, ainda que não tenha participado do certame licitatório, mediante consulta prévia ao órgão gerenciador da referida ata, desde que devidamente comprovada a vantagem (cf. art. 8º do Decreto nº 3.931/2001), e contanto que as aquisições ou contratações adicionais não excedam, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, nos termos do § 3º desse artigo 8º.

24. Nesse sentido, o inciso IV do artigo 2º do multicitado Decreto nº 3.931, de 2001, o qual prevê a possibilidade de

se adotar o sistema de registro de preços quando não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração, 'não pode ser entendido como uma autorização para que a Administração não defina, ainda que de forma estimativa, as quantidades que poderão vir a ser adquiridas durante a validade da ata de registro de preços' (v. Acórdão 1.100/2007-TCU-Plenário).

25. Importa consignar também que, no âmbito do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário, cujo Voto condutor foi proferido pelo nobre Ministro Valmir Campelo, ficou assente, no subitem 9.2.2., a necessidade de que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão adotasse providências *'com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando a preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática'*.

26. E, conforme consubstanciado no Acórdão 3.771/2012-TCU-1ª Câmara, prolatado nos autos do TC 010.601/2012-2, em que foi apreciada representação intentada em face de pregão eletrônico instaurado para registro de preços, ficou assentado que: 'apesar de o valor global exceder o limite de R\$ 80.000,00, previsto no art. 48, inciso I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 para a re-

alização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais'.

27. Dessa forma, ao ter sido definido no edital o "menor preço por item", esta Corte de Contas entendeu que foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si, já que era facultado ao licitante cotar todos, alguns ou somente um dos itens definidos no Anexo I do instrumento convocatório (cf. evidenciado no item II do voto condutor do Acórdão 3.771/2012-TCU-1ª Câmara).



28. Assim, com supedâneo nos precedentes deste Tribunal, sustenta a unidade técnica que: '(...) é possível realizar sucessivas contratações por meio de adesões a uma ARP, desde que respeitado o limite autorizado pela LC nº 123/2006 e pelo Decreto nº 6.204/2007 para cada contratação exclusiva de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), isto é, um valor máximo de R\$ 80.000,00 para cada item da licitação, para cada órgão ou entidade que aderir à ata' (item 15, peça 2).

29. Com efeito, depreende-se que tal situação seria equivalente à hipótese em que cada órgão ou entidade promovesse seu próprio processo licitatório, com a nítida vantagem de que, em se tratando de adesões a uma ARP vigente, a administração, além de evitar o fracionamento de despesas, conta com a celeridade do procedimento e com a redução de custos, pois a escolha da proposta mais vantajosa já foi precedida de licitação na modalidade de concorrência ou pregão, mesmo porque, nessa faixa de valor, a unidade de origem poderia se valer de convite, de modo que eventuais adesões à ARP não teriam o condão de resultar em desrespeito às boas práticas na área de licitações públicas.

30. Enfim, ressalto que o poder regulamentar não teria o condão de extrapolar os limites legais, de modo que o art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, ao criar o dever de a Administração realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), teria ido além do previsto no art. 48, inciso I, da Lei nº 123, de 2006.

31. Com essas considerações, alinhame à proposta da 3ª Secex (item 18, peça 2) e pugno, no tocante aos itens 2.2. e 2.3. retro, que seja esclarecido ao órgão consulente que as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

32. Demais disso, deve-se esclarecer que compete ao órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos participantes da ata, quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação, seguindo a sugestão apresentada pelo nobre Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti na Sessão Plenária Ordinária de 28/9/2012, a qual acolho na íntegra. [...]



9.2 responder ao consulente que:

[...]

9.2.2. as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, competindo ao órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2012a).

8. LICITAÇÃO EXCLUSIVA NA QUAL A MELHOR PROPOSTA ULTRAPASSA R\$80.000,00

No caso de o valor estimado do objeto da licitação não ultrapassar R\$80.000,00, por isso que o instrumento convocatório adotou a exclusiva participação de entidades de menor porte, mas se a melhor proposta obtida, vencedora da licitação, superar esse valor, a licitação é passível de nulidade?

Mercê de ampla pesquisa de preços no mercado, na fase interna do procedimento licitatório, ao objeto deste é atribuído um valor estimado, cuja divulgação no instrumento convocatório atende aos princípios da publicidade, da probidade e da transparência.

Não ultrapassando tal valor estimado o teto legal de R\$ 80.000,00, a Administração adota a exclusiva participação de entidades de menor porte na licitação. Todavia, apre-

sentadas as propostas, depara-se a Administração com a melhor proposta em valor superior a essa cifra.

Dependendo das peculiaridades do objeto da licitação, pode a Administração adotar como critério de aceitabilidade da melhor proposta o da compatibilidade do valor ofertado com aquele estimado no instrumento convocatório, ou o baseado no preço máximo fixado.

O art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente a modalidade pregão, permite que a licitação seja processada e julgada mediante a verificação da exata correspondência de cada proposta aos requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou, ainda, com os constantes de sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente lançados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis. Significa que, proposta superior ao valor estimado poderá ser classificada, exigindo-se, neste caso, por parte da comissão de licitação ou do pregoeiro, a explicitação dos respectivos motivos.

O critério de aceitabilidade baseado no preço máximo, previsto no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, impõe à comissão de licitação ou ao pregoeiro a desclassificação das propostas que sejam superiores ao limite de preço fixado no instrumento convocatório. Tal critério de aceitabilidade de proposta encontra previsão no Decreto Federal nº 3.931/01, que regulamenta a licitação para a formação do registro de preços no âmbito da Administração Pública Federal.

Adotado, no edital, o critério de aceitabilidade de proposta baseado na compatibilidade com o preço estimado, sendo este inferior a R\$80.000,00 e sendo a melhor proposta apresentada em valor superior a ele, é lícito à co-

missão de licitação ou ao pregoeiro aceitá-la, desde que demonstre, objetivamente, os pressupostos de fato e de direito que a sustentam. Não há parâmetro legal traçado para a margem de aceitação de proposta com valor acima do estimado pela Administração, em vista da infinidade de circunstâncias a serem consideradas. Mas a inexistência de parâmetro não pode servir de porta aberta para que a comissão de licitação ou o pregoeiro aceitem valores distanciados daqueles praticados pelo mercado. Há de prevalecer o princípio da razoabilidade.

O critério de aceitabilidade baseado no preço máximo exige que a comissão de licitação ou o pregoeiro desclassifique as propostas cujo valor supere R\$80.000,00, ou seja, as propostas superiores a essa cifra serão inapelavelmente desclassificadas.

Quando o critério de aceitabilidade baseia-se na compatibilidade da melhor proposta com aquele estimado no edital (art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93), admite-se a adjudicação do objeto ao licitante que tenha apresentado

proposta de preço superior a R\$80.000,00. Não se configura vício capaz de ensejar a nulidade do procedimento licitatório realizado, quando o ato convocatório tenha estipulado a exclusiva participação de entidades de menor porte.

O limite de R\$80.000,00 será observado pela Administração para o efeito de conceder-se a exclusiva participação de entidades de menor porte na licitação. Por ocasião do julgamento da proposta classificada em primeiro lugar, admite-se a aceitação de proposta em valor superior a R\$80.000,00 desde que o critério de aceitabilidade tenha sido o da compatibilidade com o estimado no instrumento convocatório.

Para legitimar a aceitação, no entanto, deverá a comissão de licitação ou o pregoeiro justificar que: (a) realizou ampla pesquisa de preços no mercado; (b) a melhor proposta, nada obstante tenha superado a cifra de R\$80.000,00, ainda assim é de mercado; (c) a realização de nova licitação, estendida a entidades de maior porte, tenderia a reproduzir o mesmo resultado da licitação realizada.



9. O AFASTAMENTO DA REGRA DE EXCLUSIVIDADE POR INEXISTÊNCIA DO MÍNIMO DE TRÊS FORNECEDORES COMPETITIVOS

O art. 49 da Lei Complementar nº 123/06 afasta a aplicação do disposto nos seus artigos 47 e 48 quando não houver um mínimo de três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Em resposta a consulta, o Tribunal de Contas da União assentou que, nas licitações exclusivas para entidades de menor porte, não se deve restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado onde estiver sediado o órgão licitador, *verbis*:

(...) 2. O consulente especificou três dúvidas encaminhadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (TRT-17), as quais gostaria que fossem dirimidas, a saber:

2.1. Nos editais de licitações em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do art. 48 da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007, deve-se restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado do Espírito Santo, sob pena de cumprir-se apenas parcialmente a legislação aplicável à matéria?

[...]

17. Com efeito, consoante preconizado no art. 2º, inciso I, do Decreto nº 6.204, de 2007, os órgãos ou entidades licitantes devem identificar, sempre que possível, as ME e EPP sediadas regionalmente,

constituindo, para tanto, cadastro próprio, de acesso livre, ou adequando os eventuais cadastros existentes, de modo a ampliar a participação dessas empresas nos processos licitatórios conduzidos pela Administração.

18. Tal comando, todavia, não tem o desiderato de impedir que ocorram aos certames microempresas ou empresas de pequeno porte que não estejam estabelecidas na mesma praça em que se situa o órgão licitante, ressaltando-se tão-somente, de acordo com o inciso IV desse artigo 2º, que, na definição do objeto da contratação, não devem ser utilizadas especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das ME e EPP sediadas regionalmente.

19. De qualquer modo, conforme aduzido pelo auditor informante: “o próprio conceito de ‘âmbito regional’ constante da LC nº 123/2006 e do Decreto nº 6.204/2007 não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado” (item 10 da peça 2).

20. Assim sendo, vejo que, nos editais em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante (item 2.1 retro).

[...]

9.2. responder ao consulente que:

9.2.1. nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2012a).

De ressaltar-se que a adoção da modalidade licitatória do pregão, mormente em seu formato eletrônico, amplia o universo de entidades empresariais interessadas em participar do certame, inclusive as enquadradas nas categorias microempresa e empresa de pequeno porte, de sorte a viabilizar que qualquer uma delas, sediada em qualquer ponto do território nacional, dele participe, ampliando-se a competitividade e, por conseguinte, estimulando a oferta de propostas mais vantajosas para a Administração.

10. CONCLUSÃO

O tema do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas suscita, como todo aquele inovador da ordem jurídica, hesitações que a aplicação se incumbe de sanear progressivamente. Com a vantagem, no caso, de contarem os intérpretes e aplicadores com a regra de ouro do direito público contemporâneo, qual seja a da supremacia da Constituição, inclusive quando se trate de questão posta no patamar do direito administrativo, tanto ser hoje indubitosa a existência de um direito administrativo constitucional, tantas são as figuras e os institutos de administração pública dependentes das diretrizes traçadas no Texto Magno, fonte primária de sua força normativa.

Tendo, como tem, sede constitucional, tal tratamento haverá sempre de buscar nes-

sa sede máxima a inspiração que identifique e recomende as práticas que superiormente atenderão aos motivos que terão conduzido o legislador constituinte a inscrevê-lo entre os princípios da ordem econômica nacional.

Pode-se dizer que os tribunais de contas, chamados a interpretar divergências quanto à aplicação das normas da Lei Complementar nº 123/06 e seus regulamentos, vêm estabelecendo que o privilégio é a regra, somente afastável nas situações de exceção legalmente previstas, e que, como toda exceção, não de ser juridicamente interpretadas de modo estrito.

Dentre exceções à regra, o presente estudo destacou as situações em que a participação exclusiva dessas pequenas empresas em licitações possa acarretar desvantagem para a Administração, objetivamente demonstrada; se oponham óbices relevantes à exclusividade nas licitações por itens, lotes ou grupos, em face do limite do valor estimado de R\$ 80.000,00 e independentemente da classificação orçamentária da despesa; se viabilizem adesões a atas de registro de preço; apresentem-se propostas que superem aquele limite de valor estimado, mesmo se tratando de licitação exclusiva para aquelas empresas; inexista o mínimo de três fornecedores competitivos de pequeno porte.

Qualquer que seja a situação, o primeiro e mais essencial cuidado será o de verificar-se se a objeção seria antes formal do que substancial. Sendo, não poderá prevalecer em relação ao comando constitucional de conceder tratamento privilegiado às pequenas empresas, que, por evidente, não podem competir em igualdade de condições com as empresas de maior porte, mas podem, por outro lado e a despeito disto, oferecer propostas aceitáveis e vantajosas para a Administração e o interesse público de que é curadora, cumprindo-lhe distinguir entre a proposta que a este efetivamente favorece e a que apenas disfarça o atendimento a interesses a ele opostos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1.

_____. Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 set. 2007.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 dez. 2006.

_____. Tribunal de Contas da União (TCU). *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. Brasília, DF: TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010a.

_____. _____. *Acórdão nº 1.620/2010, Plenário*. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Processo nº 023.093/2008-6. Ata 24/2010 – Plenário. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14/07/2010b.

_____. _____. *Acórdão nº 2.957/2012, Plenário*. Relator: Ministro Andre Luis de Carvalho. Processo nº 017.752/2012-6. Ata 49/2012 – Plenário. Brasília, Sessão 09/11/2012a.

_____. _____. *Acórdão nº 3.771/2012, Primeira Câmara*. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Processo TC 010.601/2012-2. Ata 19/2012 - Primeira Câmara. Brasília, Sessão 07/06/2012b.

_____. Tribunal Regional Federal (5. Região). Agravo nº 104017. Relator: Des. Federal Francisco Wildo. *Diário da Justiça Eletrônico*, Recife, 13/5/2010c.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.