



FUNDAÇÃO BENEFICENTE DE PEDREIRA – FUNBEPE

PEDREIRA-ESTADO DE SÃO PAULO

Ao Departamento de Licitações

Processo nº 16/2023

Pregão Presencial nº 04/2023

PARECER JURÍDICO

Trata-se de consulta encaminhada pelo Departamento de Licitações acerca de representação feita por TERRÃO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA – OFERTA DE COMPRA Nº 851901801002023OC00006.

Em apertada síntese, requer o licitante que a cota restrita reservada às ME's e EPP's seja transferida para o vencedor da cota principal, a qual se sagrou vencedora, alegando prejuízo ao órgão licitante e aos Cofres Públicos.

Informou o Departamento de licitações, que a oferta para o item 4 foi aceita, pois se tratava de cota restrita, com participação de 05 (cinco) empresas e de marcas diversas, bem como a reserva de cota era de apenas 10% (dez por cento) do total do item, não havendo prejuízo à Fundação.

Pois bem.

É cediço que a LC 123/2006 e a Lei 8.666/1993 preveem tratamento diferenciados as ME E EPP incentivando a participação destas em licitações, bem como a Constituição Federal, que adotou em seus artigos 170, IX e 179, o princípio geral da ordem econômica, senão vejamos:



FUNDAÇÃO BENEFICENTE DE PEDREIRA – FUNBEPE

PEDREIRA-ESTADO DE SÃO PAULO

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Vejamos ainda os dizeres dos artigos 3º § 14 e 5º-A da lei 8.666/1993 *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

...



FUNDAÇÃO BENEFICENTE DE PEDREIRA – FUNBEPE

PEDREIRA-ESTADO DE SÃO PAULO

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Art. 50-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Patente é a diferenciação de tratamento para as empresas em comento, diante inviabilidade em concorrerem com grandes empresas e conglomerados, vislumbrando-se, assim, a possibilidade de existirem preços distintos para cada cota, vez que, a aplicação do inciso III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, importa na realização de uma mesma licitação em que há disputa independente para cada cota, e o desenvolvimento e o resultado de cada uma dependem de atos privados dos licitantes.

Ainda, em relação ao alegado pelo licitante de que seria discricionário do poder público não prestigiar do tratamento diferenciado pelo regime jurídico, não basta a mera vontade sem motivação, sendo necessária a demonstração cabal da ausência de vantajosidade para a administração pública a superação de tal tratamento.

Senão vejamos parecer do TCESP em Consulta no TC-025129.989.20-8 acerca do tema:

Pergunta nº 09: Sobre o artigo 49, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06, como atestar que o tratamento diferenciado e simplificado à microempresa e à empresa de pequeno porte não é vantajoso para a Administração Pública ou representa prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado? Deve ser feita uma justificativa para cada procedimento licitatório ou pode ser



875

FUNDAÇÃO BENEFICENTE DE PEDREIRA – FUNBEPE

PEDREIRA-ESTADO DE SÃO PAULO

elaborado um ato administrativo geral, a exemplo de um decreto? O que deve ser considerado para atestar tal desvantagem?

Resposta: A forma da justificativa, se específica ou geral, não é relevante. A Administração deve demonstrar a higidez dos motivos para excluir a participação de microempresas e empresas de pequeno porte do certame, uma vez que o sentido da lei é o oposto, ou seja, o de incentivar essa participação.

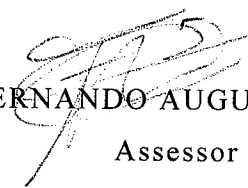
Por fim, quanto ao alegado na representação em relação à diferença de valores entre as costas (restrita e principal) se limitar à 5% (tratando-se de pregão), totalmente descabida tal alegação, vez que o artigo 48, § 3º da LC 123/2006 leciona que tal percentual é para fins de prioridade na contratação, bem como o artigo 5º, § 2º do decreto 8.538/2015 trata do empate ficto e preferência de contratação, aplicados para as empresas beneficiárias do regime jurídico diferenciado.

Diante do exposto, ainda que se tratando de mesmo objeto, estando o preço da cota restrita dentro do aceitável pela administração pública (valor de referência), este Departamento de Assessoria Jurídica entende por não haver ilegalidade quanto a contratação/registro de preços de valores diversos para cada uma das cotas (restrita e principal).

Este parecer emitido é meramente opinativo e a validade do mesmo está condicionada à inexistência de rasuras em suas 04 (quatro) páginas, bem como à presença da rubrica em todas as páginas.

Esse é o nosso parecer, s.m.j.

Pedreira - SP, 06 de julho de 2023.


FERNANDO AUGUSTO POLICARPO
Assessor Jurídico