



Estado do Rio Grande do Sul
PREFEITURA MUNICIPAL DE ERECHIM
Secretaria Municipal de Administração
Diretoria de Compras e Licitações
- Divisão de Licitações -

JUSTIFICATIVA

NÃO REALIZAÇÃO DE CERTAME EXCLUSIVO PARA ME/EPP

A Lei Complementar (LC) nº 147/2014 alterou a LC nº 123/2006 para, entre outros objetivos, ampliar a participação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas. Neste diapasão, o *caput* do artigo 47 passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 47. Nas contratações públicas da **administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá** 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 (grifou-se).

Esta nova redação, além de ampliar o rol de entidades que devem conceder tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, também substituiu a expressão “*poderá*”, que transmitia a impressão de faculdade, pelo vocábulo “*deverá*”, que leva o intérprete a crer, que não há maiores divagações ou questionamentos acerca da obrigatoriedade de observância do preceituado no referido artigo.

Ainda, é de bom alvitre que o artigo 47 seja interpretado em consonância com o preceituado no artigo 48, *caput* e inciso I da mesma LC nº 123/2006, veja:

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) (grifou-se).

Não resta dúvida, portanto, que a ordem jurídica pretende que se priorizem as contratações

de microempresas e empresas de pequeno porte pela Administração, objetivando que a economia tenha um maior crescimento.

Todavia, dentro da interpretação das inúmeras alterações promovidas pela LC 147/14, deve ainda ser analisado, pontualmente, o que passou a ser prescrito no artigo 49 da LC 123/06, ou seja, as limitações à prática do tratamento diferenciado e simplificado em favor das micro e pequenas empresas.

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; (grifou-se)

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, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Verifica-se, da leitura deste artigo que, quando não houver, no mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos, sediados local ou regionalmente, e que estejam devidamente enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte, poderá a administração pública não aplicar o disposto no artigo 47 da LC 123/06, interpretação esta literal, a qual não demanda maiores divagações.

Ainda nesta linha de raciocínio, há de ser salientado o disposto no inciso II, o qual refere que, para que haja a aplicação do artigo 47, deve haver vantajosidade em tal contratação, ao órgão contratante. O entendimento de Marçal Justen Filho, doutrinador de grande renome no que pertine a licitações e contratos administrativos, explica que essa norma deve ser interpretada de forma ampliativa, lecionando que:

A natureza peculiar da disposição conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição. A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte apenas poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta

competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição.

Seguindo esta linha interpretativa, afirmam Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães que: *“o inciso III cuida de tema que soa óbvio porque não havendo vantajosidade para a Administração Pública certamente não haverá de se aplicar não apenas a solução da LC n° 123/06, mas qualquer outra que seja porque o interesse público deve mesmo ser sobreposto aos das ME/EPP”*.

Para finalizar este aspecto, traz-se, novamente, a doutrina de Marçal Justen Filho sobre o tema.

Deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação.

De todo o aludido, deve-se reconhecer que o preceituado no artigo 49, inciso III, envolve duas ordens de avaliação por parte da Administração Pública. A identificação dos efeitos negativos de uma licitação diferenciada tanto deve se fazer de modo antecipado como ser promovida em razão da homologação de seu resultado.

Isso significa que, por ocasião da cogitação da adoção da licitação diferenciada, caberá à Administração Pública exercitar um juízo similar ao previsto no artigo 23, parágrafo 1º da Lei Federal 8.666/93, isto é, tratar-se-á de formular uma previsão sobre os efeitos de escala econômica, para apurar se a licitação diferenciada redundará em elevação de custos.

Nesse sentido, as limitações expostas ao tratamento diferenciado se justificam e se aplicam ao presente certame que hora se abre, visto não haver, conforme demonstrado em outras licitações abrangendo este mesmo objeto, a existência de pelo menos 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados na localidade ou região e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Ademais, como é sabido e exaustivamente reiterado na legislação, o princípio constitucional

da economicidade é a própria razão de ser do instituto da licitação, figurando com destaque no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93 e exigindo que o procedimento represente vantagem concreta da Administração na contratação do bem ou serviço, o que se consagra com uma maior competitividade. Assim, quando, por qualquer motivo, deixa de ser vantajoso para o órgão ou entidade licitadora, perde seu núcleo instrumental e se torna ineficaz.

Pelo todo exposto, não se vislumbrou, para o presente certame, a possibilidade de aplicação do artigo 47 da LC 123/2006, razão pela qual o mesmo não será exclusivo para micro e pequenas empresas.

Erechim, 08 de Setembro de 2016.

Edi Sandra Pires de Lima
Chefe da Divisão de Licitações