

ACÓRDÃO Nº 2957/2011 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.752/2011-6.
2. Grupo I – Classe III – Assunto: Consulta.
3. Interessados: Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES e Tribunal Superior do Trabalho.
4. Órgão: Tribunal Superior do Trabalho.
5. Relator: Ministro-Substituto André Luís de Carvalho.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade: 3ª Secretaria de Controle Externo.
8. Advogado constituído nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Consulta formulada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas, nos termos previstos no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade insculpidos no art. 264, inciso V, §§ 1º e 2º, e no art. 265 do Regimento Interno do TCU;

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;

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;

9.3. enviar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, ao nobre Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, bem como ao Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região; e

9.4. determinar o arquivamento do presente processo, com amparo no art. 169, inciso IV, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 49/2011 – Plenário.

11. Data da Sessão: 9/11/2011 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2957-49/11-P.



13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho (Relator) e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO NARDES
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral

GRUPO I – CLASSE III – Plenário

TC 017.752/2011-6

Natureza: Consulta

Órgão: Tribunal Superior do Trabalho.

Interessados: Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES e Tribunal Superior do Trabalho.

Advogado constituído nos autos: não há.

SUMÁRIO: CONSULTA. TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, NOS TERMOS DO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E DO ART. 6º DO DECRETO Nº 6.204/2007. CONHECIMENTO. RESPOSTA. ARQUIVAMENTO.

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.

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.

3. O órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços pode 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 as realizadas pelos patrocinadores da ata e pelos aderentes (caronas), o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação.

RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo nobre presidente do Tribunal Superior do Trabalho, com amparo no art. 264, inciso V, do Regimento Interno do TCU, sobre o tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas (ME) e às empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas, como previsto no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007 (peça 1).

2. O exame das dúvidas suscitadas pelo consulente consta da instrução do auditor federal à fls. 1/5 (peça 2), cuja proposta de encaminhamento contou com a anuência dos dirigentes da 3ª Secex (peças 3 e 4), nos seguintes termos:

“(...) 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?

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 a R\$ 80.000,00?

3. O consulente indicou, ainda, que, como as indagações referem-se a temas controversos e, conseqüentemente, há a possibilidade de adoção de soluções conflitantes ou inadequadas pelos gestores, afigura-se necessário o pronunciamento desta Corte de Contas. O consulente, então, anexa o Ofício que lhe foi encaminhado pelo TRT-17 e os vários documentos que o acompanham como base para a presente consulta.

4. No que se refere às peças que compõem esta consulta, em cumprimento ao disposto no § 1º do art. 264 do RITCU, o consulente juntou pareceres técnicos emitidos pelas assessorias jurídicas e outras áreas competentes para opinar acerca da matéria no âmbito do TRT-17. Alguns desses pareceres são divergentes, como será visto a seguir.

5. Primeiramente, no que se refere à consulta plasmada no subitem 2.1 da presente instrução, devem ser mencionados os seguintes pareceres:

5.1 Mediante parecer de fls. 7/9, o Diretor do SEMAP posicionou-se no sentido de que, nos editais de licitações em que for concedido 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 também restringir o universo de licitantes às ME e EPP sediadas no estado do Espírito Santo, mediante proibição editalícia explícita, sob pena de cumprir-se apenas parcialmente a legislação aplicável à matéria.

5.2 Por seu turno, a Assessoria Jurídica da Presidência manifestou-se, às fls. 11/14, pela não adoção da proposta de participação restrita de ME e EPP sediadas no Espírito Santo nas licitações realizadas pelo TRT-17, por entender que isso violaria o princípio da economicidade. A razão é que tal solução levaria o órgão a não alcançar a proposta mais vantajosa para a administração, conforme preconiza o art. 3º da Lei de Licitações, caso seja restringido o universo de competidores a ofertar bens e serviços àquele Tribunal.

5.3 Já o Núcleo de Controle Interno opinou em forma idêntica à Assessoria Jurídica da Presidência do TRT-17 (fls. 16/23), no sentido de que as licitações realizadas pelo órgão nos termos do art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 não devem ser restritas à participação somente de ME e EPP sediadas no Estado do Espírito Santo. Argumenta também que não há, no Decreto nº 6.204/2007, determinação clara, explícita, inequívoca e objetiva no sentido de restringir a licitação destinada a ME e EPP àquelas ME e EPP sediadas na região do órgão licitante.

6. No que tange às consultas constantes dos subitens 2.2 e 2.3 da presente instrução, devem ser mencionados os seguintes pareceres:

6.1 A comissão de licitação apresentou, às fls. 26/30, parecer jurídico emitido pela empresa Zênite, mediante o qual se sugere a realização de contratação dirigida a ME e EPP usando o Sistema de Registro de Preços (SRP), mas com limitação à adesão pelo valor total a ser contratado com o beneficiário da Ata de Registro de Preços (ARP), não podendo as adesões ultrapassar o montante de R\$ 80.000,00. Tal entendimento se baseia no fato de que as sucessivas adesões poderiam desvirtuar a finalidade e os limites estabelecidos pela LC nº 123/2006 e que é possível ao órgão gerenciador da ARP delimitar o quantitativo que será disponibilizado para as adesões, de tal forma que o total das aquisições não ultrapasse o limite de R\$ 80.000,00 fixado pela aludida Lei Complementar.

6.2 Em seguida, o Diretor do SEMAP (fls. 32/34), o Diretor-Geral de Secretaria (fls. 36/39), o Assessor Jurídico da Presidência (fls. 41/47) e o Diretor do Núcleo de Controle Interno (fls. 49/51) dissentiram do parecer apresentado pela comissão de licitação e se manifestaram todos no

sentido de que não se pode aplicar as regras de exclusividade previstas na LC nº 123/2006 às licitações processadas usando o SRP, com base no disposto no art. 49 daquela lei, especialmente no que se refere ao valor de R\$ 80.000,00 estabelecido como limite superior para as contratações dirigidas às ME e EPP (art. 48, inciso I, da LC nº 123/2006). Baseiam as suas manifestações no fato de que o próprio TCU determinou, por meio do subitem 9.2.2 do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário, que o Poder Executivo 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 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, tal como a hipótese mencionada no Relatório e Voto que fundamentam este Acórdão'.

6.3 Nesse diapasão, os aludidos pareceristas entenderam que o Decreto nº 3.931/2001 (regulamentação atual que rege o SRP) não é compatível com o limite superior de R\$ 80.000,00 estabelecido pelo art. 48, inciso I, da LC nº 123/2006, em virtude de o mencionado Decreto, de fato, permitir a adesão ilimitada de outros órgãos às Atas de Registro de Preços (ARP) em vigor.

6.4 Como alternativa, o Diretor-Geral de Secretaria (fl. 39), o Assessor Jurídico da Presidência (fl. 46) e o Diretor do Núcleo de Controle Interno (fl. 51) propuseram que, ao invés da exclusividade à participação das ME e EPP prevista no **caput** do art. 6º do Decreto nº 6.204/2007, deveria ser utilizada, como critério de desempate, a preferência na contratação prevista no **caput** do art. 5º do referido Decreto e no art. 44 da LC nº 123/2006, abrindo-se a participação nas licitações às demais empresas, mesmo aquelas que não se enquadrem como ME e EPP.

7. Ressalte-se que a Desembargadora-Presidente do TRT-17 manifestou-se de acordo com as conclusões resumidas nos subitens 6.2, 6.3 e 6.4 anteriores, por meio do Despacho de fl. 52, e solicitou à Assessoria Jurídica que pormenorizasse os termos da presente consulta, a ser encaminhada por meio do TST.

Dos Requisitos de Admissibilidade da Consulta

8. Verifica-se que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade para o conhecimento de consultas formuladas junto ao TCU, quais sejam: autoridade competente (inc. V do art. 264 do RITCU); pertinência temática (§ 2º do art. 264); formulada em forma de tese (art. 265) e acompanhada de pareceres técnicos e jurídicos (§ 1º do art. 264). Ademais, o tema específico da consulta está relacionado às licitações e contratações públicas, tratando-se de matéria nitidamente inserta nas competências deste Tribunal.

Do Mérito

9. No que tange à primeira consulta (subitem 2.1 da presente instrução), deve-se anotar que o instituto da licitação pública (art. 37, inciso XXI, da CF) tem como objetivo assegurar a igualdade de condições a todos os que desejem contratar com a administração pública. Portanto, o tratamento diferenciado a uma determinada categoria em matéria licitatória somente terá respaldo constitucional se tal medida se harmonizar com outro valor também tutelado pela Carta Magna. Com base nisso, o legislador complementar entendeu ser possível valer-se do poder de compra do Estado para promover a distribuição de riquezas e fomentar o desenvolvimento dos pequenos empreendedores por meio das mencionadas disposições da LC nº 123/2006.

10. Nesse diapasão, o que a aludida LC nº 123/2006 considerou apenas como uma faculdade (art. 48, inciso I), o Decreto nº 6.204/2007 transformou em um dever para a administração pública federal (art. 6º), mas o legislador efetivamente não limitou o universo de licitantes às MP e EPP sediadas local ou regionalmente. Se assim o tivesse feito, estaria levando a um extremo a flexibilização do princípio da isonomia, o qual a legislação em questão já traz como resultado inevitável da adoção do novo paradigma das compras governamentais, pois as licitações deverão ser usadas com o objetivo de promover e desenvolver apenas as ME e EPP, dentro dos limites e condições estabelecidas pela mencionada LC nº 123/2006 e pelo citado Decreto nº 6.204/2007. Obviamente, aquilo que o legislador não limitou ou proibiu explicitamente, o agente público tampouco pode limitar

ou proibir pela via da interpretação. Além disso, 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. Há que se ressaltar, ainda, que o limite de R\$ 80.000,00 estabelecido pelo art. 48, § 1º, da LC nº 123/2006 e pelo art. 6º do Decreto nº 6.204/2007, por si só, poderia gerar o interesse apenas de empresas sediadas local ou regionalmente, sem que, com isso, haja proibição expressa de que outras empresas cujas sedes encontrem-se em regiões mais afastadas possam participar das licitações.

11. Tal entendimento é reforçado pela doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 2009, p. 86), citada à fl. 12:

'Não será válido aos Municípios e aos Estados adotarem de modo genérico a restrição da participação de sujeitos estabelecidos fora de seu território. Ou seja, admite-se a mitigação do tratamento não discriminatório entre brasileiros, tomando-se em vista a situação de penúria e pobreza em determinadas regiões. Daí não se segue a validade de restrições absolutas, generalizadoras e incondicionadas, visando a beneficiar apenas a empresas locais. Essa solução será inconstitucional'.

12. Portanto, no que se refere à primeira consulta, propõe-se que este Tribunal responda ao consulente que, 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, não se deve restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no Estado onde estiver sediado o órgão licitante.

13. Em relação à segunda e à terceira consultas (subitens 2.2 e 2.3 da presente instrução), de fato, o precedente jurisprudencial deste Tribunal que foi trazido à baila (Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário) efetivamente reconhece a possibilidade de adesão ilimitada por parte de vários órgãos e entidades a uma ARP, conforme evidenciado pelo trecho do Voto do Relator transcrito a seguir:

'6. Diferente é a situação da adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos. Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungo o entendimento da unidade técnica e do Ministério Público que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes.

7. Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à Ata, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos ali registrados'.

14. A propósito, deve ser mencionado o Acórdão 3.771/2011-TCU-Primeira Câmara, o qual, apesar de não ter tocado a possibilidade de adesões indefinidas a uma ARP por parte de outros órgãos e entidades da administração pública, reconheceu que o limite de R\$ 80.000,00 aplica-se a cada item da licitação e não ao valor global da mesma. Naquela assentada, esta Corte entendeu que os diversos itens da licitação constituíram várias licitações distintas e independentes entre si.

15. Por outro lado, muito embora o art. 48, § 1º, da LC nº 123/2006 refira-se expressamente a 'processo licitatório', o art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 faz menção a '(...) contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)'. Portanto, a interpretação sistemática desses dois dispositivos, juntamente com o entendimento do Relator **a quo** no citado Acórdão 3.771/2011-TCU-Primeira Câmara, leva ao entendimento de 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.

16. Efetivamente, essa situação seria equivalente ao caso em que cada órgão ou entidade realizasse sua própria licitação, com a óbvia vantagem de que, no caso das adesões a uma ARP vigente, a administração ganha no que se refere à celeridade e à redução de custos em função da não realização do certame licitatório.

17. Então, no que se refere à segunda e à terceira consultas, propõe-se que esta Corte de Contas responda ao consulente que as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços cujo valor estimado seja igual ou menor a R\$ 80.000,00 podem ser destinadas à contratação

exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo possível que o órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorize a adesão à referida ata, desde que respeitado na contratação o limite máximo de R\$ 80.000,00 em relação a cada item da licitação para cada órgão ou entidade que aderir à mesma.

Da Proposta de Encaminhamento

18. Do exposto, submetem-se os presentes autos à consideração superior, propondo que este Tribunal:

a) conheça da presente consulta, por atender os requisitos de admissibilidade estabelecidos no art. 264, inciso V, §§ 1º e 2º, e no art. 265, todos do RITCU;

b) responda ao consulente que:

b.1) nos editais de licitações em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007, não se deve restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado onde estiver sediado o órgão licitante;

b.2) as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços cujo valor estimado seja igual ou menor a R\$ 80.000,00 podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo possível que o órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorize a adesão à referida ata, desde que respeitado na contratação o limite máximo de R\$ 80.000,00 em relação a cada item da licitação para cada órgão ou entidade que aderir à mesma; e

c) dê ciência da Decisão que vier a ser proferida ao Consulente, encaminhando cópia do Relatório e do Voto que a fundamentarem.

3. Enfim, registro que o processo foi incluído na pauta da Sessão Plenária Ordinária do dia 28/9/2011 e retirado de pauta para o exame das ponderações expendidas pelo nobre Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti na referida ocasião.

É o Relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Registro, preliminarmente, que a presente consulta merece ser conhecida por esta Corte de Contas, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie.

2. No mérito, o nobre presidente do Tribunal Superior do Trabalho suscita as seguintes dúvidas, formuladas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região/ES, versando sobre o tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas (ME) e às empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas:

“(...) 2.1. Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 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?”

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 a R\$ 80.000,00?”

3. No que se refere às peças integrantes dos autos, verifica-se que o consulente fez constar pareceres técnicos emitidos pela assessoria jurídica do órgão, bem como por demais áreas competentes, consoante previsto no § 1º do artigo 264 do Regimento Interno do TCU.

4. Assim, no que diz respeito ao item 2.1. retro, ficou evidenciada a manifestação da Assessoria Jurídica da Presidência do TST pela inviabilidade de se restringir o universo de licitantes apenas às ME e EPP sediadas no estado do Espírito Santo, uma vez que tal medida, além de violar o princípio da economicidade, comprometeria a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, em desacordo com o disposto no art. 3º da Lei de Licitações (peça 1, fls. 11/14).

5. Em reforço a essa tese, o Núcleo de Controle Interno do TST argumenta que não há determinação clara, expressa e inequívoca, no Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, tendente a obstar a participação de ME e EPP, nos certames em que houver tratamento diferenciado, que não estiverem sediadas na mesma localidade do órgão ou entidade licitante (peça, fls. 16/23).

6. Por outro lado, no que tange aos itens 2.2 e 2.3. retro, observa-se que o Diretor do Semap (peça 1, fls. 34/34), o Diretor-Geral de Secretaria (peça 1, fls. 36/39), o Assessor Jurídico da Presidência (peça 1, fls. 41/47) e o Diretor do Núcleo de Controle Interno (peça 1, fls. 49/51) asseveraram, em seus pareceres, que o Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços (SRP) previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, não é compatível com o limite de R\$ 80.000,00 estatuído no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, tendo em vista que o referido Decreto permite a adesão ilimitada de órgãos e entidades às Atas de Registro de Preços (ARP) em vigor.

7. E, ante esse fato, sustentam, como proposta alternativa, que: *“ao invés da exclusividade à participação das ME e EPP prevista no caput do art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 deveria ser utilizada a preferência, como critério de desempate, na contratação prevista no caput do art. 5º do referido Decreto e no art. 44 da LC nº 123/2006, abrindo-se a participação nas licitações às demais empresas, mesmo aquelas que não se enquadrem como ME e EPP”*.

8. Destarte, dadas as considerações expendidas pelo órgão consulente, ressalto que o exame da matéria, no âmbito deste Tribunal, foi efetuado na instrução do auditor federal à fls. 1/5 (peça 2), cujos argumentos, pela pertinência com que foram expostos, incorporo às minhas razões de decidir, sem prejuízo, no entanto, de tecer as considerações que se seguem sobre o tema.

9. De início, não é demais lembrar que o instituto da licitação pública, insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, visa a assegurar igualdade de condições a todos aqueles que pretendem contratar com a Administração Pública.

10. Nesse caso, o tratamento diferenciado concedido a uma determinada categoria somente terá respaldo constitucional se estiver em harmonia com outro valor também tutelado pela Carta Magna.

11. Seguindo essa orientação, a mencionada Lei Complementar nº 123, de 2006, em consonância com os arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, fixou normas gerais atinentes ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

12. Nesse sentido, registrem-se as prerrogativas de “*acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão*”, conforme consignado no inciso III do artigo 1º da sobredita lei complementar.

13. E, com relação às contratações públicas, os arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, assim dispõem:

“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.

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);

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível”.

14. Nessa esteira, forçoso destacar ainda que, no âmbito da administração pública federal, o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as ME e EPP, nas contratações públicas de bens, serviços e obras, foi regulamentado pelo Decreto nº 6.204, de 2007, o qual estabelece, no art. 11, as exigências que devem ser atendidas para que se possa usufruir dos benefícios proporcionados às ME e EPP, nos seguintes termos:

“Art. 11 Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, em especial quanto ao seu art. 3º, devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresas de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 daquela Lei Complementar”.

15. Demais disso, à luz do prescrito no art. 6º do citado Decreto, tem-se que: “*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)*”.

16. Desse modo, com amparo nesses dispositivos, o auditor federal da 3ª Secex aduz que: “o que a aludida LC nº 123/2006 considerou apenas como uma faculdade (art. 48, inciso I), o Decreto nº 6.204/2007 transformou em um dever para a administração pública federal (art. 6º), mas o legislador efetivamente não limitou o universo de licitantes às MP e EPP sediadas local ou regionalmente” (item 10, peça 2).

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).

21. Já em relação aos itens 2.2 e 2.3 retro, 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 3.771/2011-TCU-1ª Câmara, prolatado nos autos do TC 010.601/2011-2, 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 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”.

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 3.771/2011-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, alinhavo-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.

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 28/9/2011, a qual acolho na íntegra.



Ante o exposto, propugno por que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 9 de novembro de 2011.

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Relator