

PROTOCOLO Nº: 1031749/16
ORIGEM: MUNICÍPIO DE IBIPORÃ
INTERESSADO: JOSÉ MARIA FERREIRA
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 712/18

Consulta. Possibilidade de licitações exclusivas a ME e EPP para alienação de bens públicos. Realização de pesquisa de preços exclusivamente com orçamentos de ME e EPP. Regime jurídico diferenciado. Finalidades legais. Resposta nos termos da instrução.

Trata-se de consulta formulada pelo Prefeito Municipal e pela Procuradora Geral de Ibiporã, mediante a qual pretendem a manifestação do Tribunal Pleno acerca dos seguintes quesitos (peça 3):

- a) A licitação na modalidade concorrência ou leilão para a alienação de bens móveis ou imóveis, cujo preço do item inicialmente seja inferior a R\$80.000,00, deve observar a exclusividade para microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP), mesmo que as propostas ou lances possam alcançar patamares superiores?
- b) A cotação para a realização de pregão na licitação exclusiva para microempresa e empresa de pequeno porte deve ser realizada exclusivamente com orçamentos de ME e EPP?

Instrui a consulta parecer jurídico lavrado pela Procuradoria Municipal (peça 4, fls. 6/10), em que se sustenta que a expressão “itens de contratação”, mencionada no art. 48, inciso I da Lei Complementar nº 123/2006, imporia a efetivação de licitação exclusiva mesmo para os casos de alienação de bens públicos. Quanto à formação dos preços, defendeu que a Lei nº 8.666/1993 reclama a realização de ampla pesquisa de mercado, de modo que, mesmo nas contratações exclusivas, não se haveria de restringir tais preceitos.

Recebida a consulta (peça 8), a então Coordenadoria de Fiscalização de Transferências e Contratos asseverou que o tratamento diferenciado regido pela LC nº 123/2006 restringe-se às contratações de bens, serviços e obras, conforme esclarece seu regulamento, Decreto nº 8.538/2015. Quanto à formação dos preços nas licitações exclusivas, referiu jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 2318/2014-Plenário) a propósito das principais fontes de pesquisa, indicando a inexistência de fundamento legal que autorize a limitação das consultas somente às micro e pequenas empresas (MPE) (peça 10).

Posteriormente, a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca informou da inexistência de precedentes específicos sobre a temática, transcrevendo, todavia, trecho doutrinário do escólio de Marçal Justen Filho¹ sobre o âmbito de incidência das normas de fomento da LC nº 123/2006, bem como indicando que o Acórdão nº 4624/17-STP, proferido nos autos de Consulta nº 983475/16, abordou a pesquisa em bancos de dados para definição do preço máximo (peça 13).

Após, vieram os autos ao exame do *Parquet*.

Na medida em que presentes os requisitos de admissibilidade vertidos no art. 38 da LC/PR nº 113/2005 – legitimidade das autoridades consulentes, apresentação objetiva dos quesitos, dúvida sobre dispositivos legais inerentes à competência material do Tribunal de Contas, apresentação de parecer jurídico sobre a matéria e formulação em tese – o expediente há de ser conhecido.

No mérito, desde logo, cumpre-nos endossar as conclusões apresentadas pela unidade técnica desta Corte, dado que se mostram adequadas a esclarecer o regime normativo incidente sobre as preferências legais às MPE.

Como já tivemos a oportunidade de sustentar², na esteira das lições de Marçal Justen Filho, verifica-se que as disposições contidas nos art. 42 a 49 da LC nº 123/2006, embora congruentes com a disciplina constitucional que busca *fomentar* a atividade econômica das MPE (art. 170, IX e art. 179), tão somente veiculam *normas gerais de licitação*, de competência da União, segundo o art. 22, XXVII da Constituição. Assim, conforme advoga o autor na obra referenciada pela SJB, dessume-se que (i) tais previsões poderiam ser tratadas em *lei ordinária* (art. 86 da LC nº 123/2006), (ii) tendo derogado parcialmente a disciplina da Lei nº 8.666/1993 pelo critério de *temporalidade*, ao passo que (iii) subsiste a competência legislativa suplementar dos Estados (art. 24, § 2º) e dos Municípios (art. 30, II) para regular a matéria, nos limites estabelecidos pela União.

A partir dessas considerações, observa-se que os institutos de tratamento diferenciado estabelecidos no art. 48 da LC nº 123/2006 guardam estrita correlação com a *norma geral* prevista no dispositivo imediatamente precedente, que os direciona teleologicamente à *promoção do desenvolvimento econômico e social*, à *ampliação da eficiência das políticas públicas*, bem como ao *incentivo à inovação tecnológica*. E, nessa senda, consoante determina o parágrafo único do referido art. 47, a legislação federal somente deixa de incidir em face da existência de normas mais favoráveis às ME e EPP.

Tal leitura sistemática do regime jurídico inaugurado pela LC nº 123/2006 (com as alterações propiciadas pela LC nº 147/2014) possibilita-nos o entendimento de que a realização de licitações exclusivas, de que trata o art. 48, I da legislação regente, constitui, acima de tudo, instrumento de fomento estatal à ordem econômica, o qual, todavia, somente se legitima no cumprimento dos propósitos declinados no *caput* do art. 47 – e já citados acima.

¹ *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2007.

² Parecer nº 675/18, nos autos de Prejulgado nº 465761/17.

Nessa perspectiva, como bem apontou a instrução, o decreto regulamentador da LC nº 123/2006 tratou de circunscrever os institutos previstos na legislação às *contratações públicas de bens, serviços e obras* (art. 1º do Decreto nº 8.538/2015), interpretação que se mostra consentânea com as finalidades legais – aquilo que Marçal qualificou como *dupla instrumentalização* da contratação pública³. Isso porque, com efeito, a incidência desse regime extravagante de licitações não se esgota na mera concessão de tratamento mais favorável às MPE, senão, também, propicia o alcance dos objetivos expressamente consignados no art. 47 da LC nº 123/2006.

Desse modo, com o devido respeito, parece-nos equivocada a interpretação conduzida pelo parecerista local, ao advogar a incidência da regra do art. 48, inciso I da LC nº 123/2006 mesmo nos casos de alienação de bens públicos. Nessas hipóteses, não se verificam os pressupostos que legitimam a distinção de MPE nem qualquer benefício, mesmo que indireto, ao Poder Público, a tornar juridicamente plausível a realização de certame restritivo. Veja-se que a mera aquisição de bem por parte de qualquer empresa – seja de que porte for – não incrementa o desenvolvimento econômico e social, não reverte quaisquer resultados no cumprimento de políticas públicas, nem tampouco incentiva a inovação tecnológica.

Nesse sentido, a interpretação de que a expressão “itens de contratação” poderia abranger as situações de alienação (que se instrumentalizam por contratos) é por demais alargada, não se conformando com a sistemática legal de fomento estatuída na LC nº 123/2006. Ademais, conforme observou a COFIT, via de regra, as alienações de bens imóveis processam-se mediante concorrência (art. 17, I da Lei nº 8.666/1993) ou leilão (art. 19, III do mesmo diploma legal), intentando auferir o *maior valor* pelo bem público licitado – razão pela qual a restrição de valor constante do art. 48, I da LC nº 123/2006 é, por si só, logicamente incompatível com as licitações voltadas à alienação de bens.

Assim, verificando a inadequação do instrumento legal, é de se responder o primeiro quesito no sentido de que **inexiste fundamento jurídico que autorize a realização de licitações exclusivas a microempresas e empresas de pequeno porte para a alienação de bens públicos**.

Quanto à segunda indagação vertida na consulta, denota-se que as conclusões traçadas pela assessoria local e pela instrução desta Corte são convergentes – com elas também aquiescendo o Ministério Público.

De fato, a realização de ampla pesquisa de mercado previamente ao momento competitivo constitui norma geral constante da Lei nº 8.666/1993 (art. 15, V e § 1º, e art. 43, IV) que não foi derogada, nem mesmo parcialmente, pela LC nº 123/2006.

Impende salientar, nesse contexto, que o estabelecimento de critérios diferenciados para a competição de MPE não impõe qualquer mitigação nos procedimentos preliminares para identificação dos preços praticados no mercado. Ao revés, na medida em que o critério legal à realização de licitações exclusivas

³ Obra citada, p. 109-110.

prende-se ao valor dos itens licitados, é imperativo que na fase interna se demonstre a adequação dos preços máximos aos valores de mercado, de modo que se evitem as situações extremas de inexequibilidade e de superfaturamento.

Nesse sentido, como destacou a SJB, o Tribunal Pleno já manifestou, mediante o Acórdão nº 4624/17, que:

Ressalte-se que para que a administração selecione a proposta mais conveniente ela pode e deve se utilizar de todos os meios legais para tanto, diversificando as fontes de informação, especializadas ou não quando a necessidade assim requerer, a fim de chegar ao valor de baliza para a sua contratação quer seja por licitação ou de forma direta.

(Consulta nº 983475/16, rel. Cons. Fernando Guimarães, DETC 17/11/2017)

Entende-se que tais diretrizes permanecem plenamente válidas no regime de contratações da LC nº 123/2006 – porquanto, como já se acentuou, não houve qualquer disposição contrária nesse específico diploma legal. A única condicionante à realização de licitações exclusivas às MPE que deve ser apurada na fase de pesquisa de mercado é a prevista no art. 49, III, sobre a qual igualmente o Plenário já se manifestou:

(a) como se verificar o cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas: A verificação do cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas, pode ser realizada com base em critérios discricionários estabelecidos pelo Município, sempre tendo em vista a análise dos custos e benefícios dos parâmetros a serem empregados. Com o escopo de minimizar riscos de falhas na pesquisa de mercado, recomenda-se que inicialmente seja efetuada uma busca nos dados internos do próprio Município, com ênfase ao registro cadastral e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou para objetos semelhantes. Ademais, deve o ente complementar a investigação, buscando informações atualizadas, podendo utilizar, *exempli gratia*, informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, assim como questionamentos a alguma microempresa ou empresas de pequeno porte local ou regional se existem outras potenciais participantes da licitação. Entretanto, custos e benefícios das medidas a serem adotadas na referida pesquisa devem ser sopesados, de modo a evitar danos ao Erário. Se porventura o ente não lograr êxito na perquirição de três fornecedores na localidade e optar pela confirmação de que não há fornecedores aptos a nível regional, a investigação deve ser ainda mais profunda, inclusive por meio da análise de documentos de outros entes a que tenha acesso. Outrossim, é prudente que a Administração, quando não efetuar a licitação diferenciada, explicita no edital o motivo pelo qual não a realizou, majorando-se a probabilidade de que algum interessado apresente recurso em sentido oposto.

(Acórdão nº 877/16, Consulta nº 88672/15, rel. Cons. Nestor Baptista, DETC 15/03/2016)

Nessa exata medida, impõe-se reconhecer que, mesmo nos casos de licitações exclusivas, a Administração está obrigada a efetuar ampla pesquisa de mercado, com vistas a dimensionar adequadamente o preço do objeto licitado, **inexistindo autorização legal para que restrinja a busca por orçamentos de microempresas e empresas de pequeno porte.**

Diante do exposto, o Ministério Público de Contas conclui pelo **conhecimento** da consulta e, no mérito, pela **resposta** nos estritos termos da instrução.

Curitiba, 23 de julho de 2018.

Assinatura Digital

FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI
Procurador-Geral do Ministério Público de Contas