



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

PREGÃO N. 070/2014

PAE N. 24.230/2014

A empresa MEPAS apresentou impugnação ao edital do Pregão n. 070/2014, cujo objeto consiste no Registro de Preços para eventual aquisição de materiais de embalagem.

Em síntese, a empresa questiona a ausência de *“informações sobre a exclusividade de participação para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte”*, invocando, para tanto, o art. 6º do 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).

[...].”

Com base no inc. II do art. 11 do Decreto n. 5.450/2005, foi solicitada manifestação da Assessoria Jurídica do TRESC, que assim informou:

“Vêm os autos a esta Assessoria para análise e parecer acerca do pedido da empresa Mepas, que, com base no art. 19 do Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, solicitou, tempestivamente, por meio de mensagem eletrônica, esclarecimento ao edital do Pregão Eletrônico n. 070/2014, cujo objeto é o registro de preços para eventual aquisição de material de embalagem.

Preliminarmente, incumbe sugerir que, por tempestivo e apresentado na forma legalmente prevista, o documento seja recebido, mas como Impugnação, com base no art. 18 do Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o Pregão, na forma eletrônica, já que o licitante questiona ausência de exigência prevista em decreto.

O licitante questiona a razão de o citado edital não conter informações sobre a exclusividade de participação para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e transcreve o art. 6º do Decreto n. 6.204, de 5 de setembro de 2007.

O citado Decreto n. 6.204/2007 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, de que tratam os arts. 47 a 49 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

Prevê a Lei Complementar n. 123/2006:



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

*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.

§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

*§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.*

*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;



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

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. [grifou-se]

Por seu turno, o Chefe do Poder Executivo, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, editou o Decreto n. 6.204/2007, que estabelece:

*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.

Confrontando-se a Lei com o Decreto, verifica-se que o Decreto inovou o ordenamento jurídico, uma vez que tornou obrigatória a realização de licitação exclusiva, quando a Lei Complementar dispôs que se trata de uma faculdade do órgão licitante.

O poder regulamentar é o poder conferido à Administração Pública para a expedição de ato com a finalidade de produzir disposições claras e precisas para a aplicação uniforme da lei.

Por essa razão, não compete ao regulamento inovar o ordenamento jurídico, o que só pode ser feito por lei, sendo esta a fonte primária e aquele a fonte secundária, e, portanto, inferior. Ao regulamento, compete a tarefa de explicitar, aclarar, pormenorizar ou completar disposições legais, nos limites determinados, sob pena de ser violado o princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal.

Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão n. 2.957/2011 - Plenário, em que o relator, Ministro André Luís de Carvalho expôs, em seu Relatório:

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, alinho-me à proposta da 3ª Secex (item 18, peça 2) e pugno, no tocante aos itens 2.2. e



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

*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. [grifou-se]*

Com base no Relatório, os Ministros acordaram em:

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;*

Ademais, considera a doutrina que os dispositivos da Lei Complementar n. 123/2007 são autoaplicáveis e, por esse motivo, o Decreto n. 6.204/2007 somente tem abrangência no âmbito do Poder Executivo.

Em publicação na Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos, Sônia TANAKA, ao analisar a eficácia do Decreto n. 6.204/2007, assevera:

Subsume-se, dessa forma, que a regulamentação restará ao critério discricionário de cada autoridade da Administração Pública, que, inclusive, no caso em questão, independe de regulamentação para a aplicação do dispositivo legal em comento, sobretudo, do decreto do chefe do Poder Executivo. Ademais, se o próprio dispositivo legal estabelece que a regulamentação deverá ser realizada pelo respectivo ente, evidentemente não se trata de dispositivo que depende da



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

regulamentação privativa do presidente da República, nos termos do art. 84, inc. IV, da CF.

Assim, evidencia-se a ausência de obrigatoriedade das demais autoridades da Administração Pública de obedecer ao Decreto nº 6.204/07, por se tratar da regulamentação de dispositivo legal autoaplicável e que, portanto, pode ou não ser normatizado, segundo o critério discricionário de cada ente.

Por seu turno, no Acórdão n. 702/2007 - Plenário, o Relator, Ministro Benjamin Zymler, analisou a questão e afirmou, em seu Relatório:

16. Outro aspecto abordado pela Representante é a ausência de previsão, no instrumento convocatório, de cláusulas que concedam às microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios contidos em seu Estatuto (Lei Complementar n.º 123/2006).

17. Os arts. 42 a 49 daquele diploma legal estabelecem disposições diferenciadas para a participação em licitações de entidades empresariais caracterizadas como microempresas e empresas de pequeno porte. Destacam-se, neste sentido, os arts. 44 e 45, in verbis:

'Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.'

*18. Depreende-se, da leitura do trecho supracitado, não ser facultativa a aplicação de tais dispositivos, em oposição àqueles previstos nos arts. 47 e 48 daquela lei, disciplinados pelo art. 49 do mesmo diploma. Nesse caso, sim, **considera-se facultativa à Administração a adoção dos procedimentos disponibilizados pelo Estatuto, ficando obrigada aquela, caso opte por utilizá-los, a mencioná-los expressamente no instrumento convocatório.** [grifou-se]*

Por fim, há ainda o disposto no inciso V do art. 9º do 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;



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

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.

Considera Jessé Torres PEREIRA JR que os objetivos previstos no art. 1º do Decreto (promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; ampliação da eficiência das políticas públicas; e o incentivo à inovação tecnológica) não se coadunam com a natureza de todo e qualquer contrato firmado pela Administração.

Nos dizeres de Jessé Torres PEREIRA JR¹:

*Que os objetivos são cumulados não deixa dúvida a conjunção “e”, inserida entre os incisos II e III do art. 1º. **Ou seja, somente poderá ser concedido o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado em demonstrada presença dessas três diretrizes. Se uma delas não se compatibilizar com as demais, a Administração estará impedida de aplicar o regime diferenciado e as microempresas e empresas de pequeno porte terão a faculdade de participar do prélio licitatório sem direito àquele tratamento [....]. [grifou-se]***

Por todo o exposto, conclui-se que o Decreto n. 6.204/2007 não é aplicável às licitações promovidas por este Tribunal.”

¹ JUNIOR, Jessé Torres Pereira. **O Tratamento diferenciado às Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas nas Contratações Públicas, segundo as Cláusulas Gerais e os Conceitos Jurídicos Indeterminados acolhidos na Lei Complementar 123/06 e no Decreto Federal 6.204/.** Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, n. 74, ano 7 fev. 2008, pag. 7 a 38.



Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina

Assim, adotando-se as exposições acima citadas da Assessoria Jurídica do TRESA como fundamentos, decide este Pregoeiro não dar provimento à IMPUGNAÇÃO apresentada pela empresa MEPAS, pois o Decreto n. 6.204/2007 não é aplicável às licitações promovidas pelo Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina.

Florianópolis, 9 de junho de 2014.

Jailson Laurentino
Pregoeiro