

Brasília, 16 de abril de 2015.

Núcleo de Assessoria Legal – Nota Técnica nº 19/2015

Assunto: Análise de questões controvertidas sobre Compras Governamentais.

1) Introdução.

O SEBRAE/RS recebeu questionamento por parte de empresas de médio porte da área farmacêutica com relação a compras efetuadas por entes governamentais.

As empresas Dimaster Comércio de Produtos Hospitalares Ltda., Wam-Med Distribuidora de Medicamentos Ltda., Ciamed Distribuidora de Medicamentos Ltda., Endosul Comércio e Representações de Material Cirúrgica Ltda, por meio do escritório Ortigara & Advogados Associados, levantaram algumas questões sobre a interpretação dos artigos 47 e 48 da Lei Complementar n.º 123, que tratam das aquisições governamentais de MPEs.

A presente Nota Técnica se presta a analisar tais questionamentos e demonstrar os pontos de vista esposados pelo SEBRAE/NA, **porém vale ressaltar que a presente nota técnica não se presta a responder nenhum questionamento judicial**, as instâncias competentes para interpretar a legislação são o poder judiciário e os órgãos de controle.

2) Do Tratamento Favorecido:

Antes de entrar nos questionamentos que suscitaram a presente Nota, é interessante relembrarmos o princípio do tratamento favorecido previsto na Constituição da República.

Vejamos o teor do art. 170, IX e 179:

*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.*

Como pode ser observado pelos nossos grifos nos artigos constitucionais acima, os verbos estão no imperativo, o que demonstra que o tratamento favorecido não é um mero favor legal. Na verdade trata-se de uma obrigação, não só da União como também de todos os demais entes federativos. Dispensar tratamento favorecido e diferenciado as MPE é uma determinação da Constituição, não cabendo aos Estados e Municípios fazer qualquer juízo de valor, e sim cumprir os preceitos.

Tendo em mente essas considerações, podemos passar ao tópico seguinte.

3) Dos Questionamentos:

Estabelecidas as premissas, podemos passar as questões suscitadas:

Pergunta: Qualquer ME ou EPP, inobstante a regionalidade ou a localidade, pode participar do certame, livremente, utilizando-se das benesses do tratamento diferenciado que o Edital estabelece?

Resposta: Sim qualquer ME, EPP, MEI, Agricultor Familiar, Cooperativa de MPE e Agricultor Familiar Pessoa Física poderá participar do certame com a garantia do tratamento diferenciado, sendo facultado à administração pública, desde que justificadamente, priorizar as compras de empresas locais, conforme prescrito na legislação.

Pergunta: Neste contexto estar-se-á, respeitando o contido no artigo 49 da Lei 123/2006, quando estabelece que as MEs e EPPs, devem ser locais ou regionais?

Resposta: Os artigos 47 e 48 da LC 123 tratam sobre a forma como o tratamento diferenciado e favorecido deve ser aplicado as MPE nas compras governamentais. O art. 49 trata das exceções, das hipóteses nas quais os artigos 47 e 48 não podem ser aplicados.

Assim, conforme dispõe o art. 49, somente é possível aplicar o dispositivo do art. 47 sobre o tratamento favorecido e diferenciado as MPE nas compras públicas, quando existam três potenciais fornecedores para aquele produto ou serviço localizados no município ou na região onde será promovido o certame, caso contrário deverá ser uma licitação voltada para o mercado geral (incluindo empresas de médio porte e grande porte), conforme prescreve o já citado art. 49, II da LC 123.

Pergunta: Ainda, estar-se-á efetiva e concretamente aplicando a Lei Complementar 123/06 (com as alterações da LC 147/14), se participarem do certame, exclusivamente MEs e EPPs, não locais ou regionais?

Resposta: Havendo três potenciais fornecedores para o produto/serviço localizados no município ou região está autorizada a administração a realizar certames exclusivos para MEs e EPPs. Neste caso é possível que participem apenas MEs e EPPs não regionais. Caso contrário não estarão atendidos os requisitos da LC 123.

Pergunta: Por fim, estarão sedimentadas as políticas setoriais de oferta de tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, às MEs e EPPs, sem que se apoiem em políticas de desenvolvimento tecnológico e fomento regional e municipal?

Resposta: A LC 123 traz uma política pública de fomento aos pequenos negócios em diversos eixos, incluindo o Uso do Poder de Compra. A aplicação dos dispositivos analisados por si só caracteriza a aplicação desta política de fomento e desenvolvimento regional, sendo desnecessário que haja o cumprimento de outro requisito formal.

Pergunta: Deve este normativo ser aplicado indistintamente (art. 48, LC 123)?

Resposta: O dispositivo deve ser aplicado observando a legislação vigente e a interpretação dada pelo Judiciário e Órgãos de Controle.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais possui entendimento sobre qual a definição da expressão “regionalmente”, conforme:

EMENTA: CONSULTA – ESTATUTO NACIONAL DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE – TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – HIPÓTESES EM QUE A LEI PROÍBE O TRATAMENTO DIFERENCIADO – ART. 49 DA LC N. 123/2006 – ALCANCE DA EXPRESSÃO “REGIONALMENTE”, PARA FINS DO ART. 49, INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 – DELIMITAÇÃO E DEFINIÇÃO EM CONFORMIDADE COM AS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO, NECESSARIAMENTE JUSTIFICADO – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DO DISPOSTO NO ART. 47 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006. a) O alcance da expressão “regionalmente”, para fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar n. 123/06, deve ser delimitado, definido e justificado pela própria Administração, no âmbito de cada procedimento licitatório. b) Quando da delimitação e da definição, o Administrador deverá demonstrar, motivadamente, que foram levados em consideração as particularidades do objeto licitado, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs, previstos no art. 47 da Lei Complementar n. 123/06.

Pergunta: Deve ele ser sopesado com as regras dos artigos 47 e 49?

Resposta: Certamente, a interpretação da norma deve ser sistemática.

Pergunta: Compete as Órgãos Licitantes, antes da abertura dos editais, realizarem a pesquisa das empresas locais e regionais, aptas a participar do certame?

Resposta: Há várias formas de comprovar a existência de empresas locais e regionais, como por exemplo os cadastros nas prefeituras, juntas comerciais, etc.

Este levantamento não precisa ser feito pelo Órgão Licitante necessariamente. Mas é necessário que haja potenciais fornecedores no número mínimo de três para aplicação do tratamento favorecido.

Pergunta: É legal, inibir a participação das demais concorrentes, sem que se implementem as políticas setoriais regionais ou locais?

Resposta: A aplicação da LC 123 é a implementação de uma política local de fomento aos pequenos negócios, não sendo necessário estabelecer diretrizes em outro instrumento para caracterização da existência de políticas de desenvolvimento local.

4) Conclusão:

Os questionamentos feitos foram respondidos. Dessa forma, esperamos ter atingido o escopo da presente Nota.

Temos que em relação às alegações de fraude convém dizer que cabe ao poder público e seus órgãos de controle fiscalizar o cumprimento de todas as leis e que o fato de existirem irregularidades no cumprimento da LC 123 e da Lei 8.666 não invalidam as normas.

NAL - Núcleo de Assessoria Legal
UPP – SEBRAE/NACIONAL