Aplicação dos inc. I e III do art. 48 da LC 123/2006

Ofício PGE-GAB n.º 273/2017
Pareceres PGE/PCA n.º 942/2017 e 912/2017

Conforme Ofício PGE-GAB n.º 273/2017, remetido à SEGER, divulgamos as conclusões apontadas pela PGE nos processos 76951600 e 76882756, nas quais fixou-se parâmetros para aplicação das disposições do art. 48, incisos I e III, da LC 123/2006:

1) Nos processos licitatórios para compras, a participação exclusiva de ME, EPP ou equiparadas deve ser garantida em cada lote cujo valor estimado não ultrapasse R$ 80.000,00, uma vez que o §1º do art. 60 da LC Estadual 618/2012 estabelece condição menos favorável que a atual redação do inc. I do art. 48 da LC Federal 123/2006. Ou seja, para aplicação da licitação exclusiva, deve ser considerado o valor de cada lote isoladamente, e não mais o somatório do valor de todos os lotes.

Atualização (16/07/2018): Considerando que a PGE disponibilizou em seu site, em 05/04/2018, o arquivo "Tópicos extras - pregão com lotes exclusivos e lotes de participação ampla", entende-se que a orientação de n.º 02 deste Informativo não mais se aplica.

2) Não dever ser realizada uma mesma licitação com lotes exclusivos e não exclusivos às ME/EPP ou equiparadas, visando à celeridade e transparência no processo licitatório, com menores chances de incoerências e incompatibilidades. Assim, as disputas devem ser separadas em processos administrativos distintos, com os editais adequados a cada hipótese, observado o disposto no art. 49 da LC 123/2006.

3) Enquanto inexistente regulamentação infralegal para a eficácia do art. 48, inc. III, da LC 123/2006, não deve ser aplicado o benefício da "cota de até 25%".

4) A Administração, todavia, poderá não aplicar o disposto nos arts. 47 e 48 da LC 123/2006 desde que venha a demonstrar, previamente à elaboração do edital, a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 49 da mesma Lei.

Diante do exposto, disponibilizamos o ofício e os pareceres referente aos processos citados, para ciência.

Em 27/12/2017

GERÊNCIA DE LICITAÇÕES - GELIC/SUBAD/SEGER

Anexo
OF. PGE-GAB n.º 273/2017

Recebido em 30/08/17

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

OF. PGE-GAB Nº 0273/2017 Vitória, 28 de agosto de 2017.

À Exma. Sra.
DAYSE MARIA OSLEGHER LEMOS
Secretária de Estado de Gestão e Recursos Humanos
SEGER

Prezada Senhora,

1. Cumprimentando-a com distinção, pelo presente, vimos encaminhar, para ciência e divulgação junto aos órgãos e entidades da Administração Estadual, cópia das manifestações da PGE proferidas nos autos dos processos nº 76951600 e 76882756, nas quais fixou-se parâmetros para aplicação das disposições da Lei Complementar Federal nº 123, notadamente quanto ao disposto no art. 48, III da citada Lei.

2. Sem mais a acrescentar, encerramos o presente, colocando-nos à inteira disposição para o que se fizer necessário.

3. Aproveitamos a oportunidade para renovar protestos de consideração e apreço.

Atenciosamente,

JULIANA PAIVA FARIA FALEIRO
Subprocuradora Geral para Assuntos Administrativos

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo Nº: 76882756
Interessado: Secretaria de Estado da Saúde – SESA
Assunto: Impugnação de Edital de Pregão para aquisição de produtos hospitalares – Participação exclusiva de ME ou EPP – Manifestação Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

PARECER PGE/PCA Nº 00942/2017

Dr. Procurador Chefe da PCA,

Trata o presente processo de procedimento licitatório, instaurado pela Secretaria Estadual de Saúde-SESA, na modalidade pregão para aquisição de produtos hospitalares.

Consta, às fls. 67/80, o Edital n.º 014/2017 regulador do certame, cuja análise por esta PGE foi dispensada por ter sido adotada minuta padronizada disponibilizada em seu site, conforme declaração de fl. 66.

O Edital foi objeto de impugnação, cuja petição correspondente está anexada às fls. 92/97, e que foi rejeitada através da manifestação de fl. 107, ratificada na decisão de fl. 108.

Nova manifestação da Pregoeira às fls. 319/321 onde ratifica a rejeição da impugnação e oferta novos argumentos na tentativa de subsidiar esta conclusão.

A impugnação apresentada fez atrair a incidência do disposto no artigo 4º, parágrafo 1º, inciso I do Decreto Estadual n.º 1939-R/2007, ao qual a SESA deu cumprimento através do despacho de fl. 322.

Remetidos os autos à PGE, a impugnação ao Edital foi objeto de apreciação através do Parecer PGE/PGA n.º 0551/2017,

exarado pela ora signatária, aprovado pela Chefia desta setorial.

Através da manifestação de fls. 367/370 a Sra. Pregoeira do HRAS noticia a representação formulada pela impugnante perante ao Tribunal de Contas, da qual resultou a os Termos de Citação n.°s 00612/2017-5 e 00613/2017-1 (fls. 354/357), conforme Instrução Técnica Inicial ITI-334/2017 e Decisão Monocrática DECM-449/2017 (fls. 358 a 366), por concluir, o referido Órgão de controle, haver indícios de irregularidade no certame em razão da ausência de exclusividade para ME e EPP.

Noticia, a Sr. Pregoeira, na manifestação supra referida, que em pesquisa ao SIGA verificou a participação exclusiva de ME e EPP ocorre somente em editais em que a soma dos lotes não ultrapassam R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), e que os Órgãos da Administração Pública Estadual utilizam a minuta padronizada da PGE e não reservam 25% (vinte e cinco por cento) de cada lote para ME e EPP.

Às fls. 372 consta publicação no Diário Oficial, de decisão de suspensão do pregão.

Diante do Parecer PGE/PCA n.° 0551/2017 e manifestação do Tribunal de Contas, através da Instrução Técnica Inicial ITI-334/2017-3, a Sra. Pregoeira do HRAS submete à apreciação desta PGE os questionamentos lançados na manifestação de fls. 377/378, que passam a ser analisados no presente parecer.

Este é o relatório, segue a análise.

Por ocasião da apreciação da impugnação ao edital, através do Parecer PGE/PCA n.° 0551/2017 a ora signatária concluiu não ser hipótese de direcionamento do certame para a participação exclusiva de ME e EPP em razão da literal disposição do §1° do artigo 60 da Lei Complementar Estadual n.° 618/2012, uma vez que a soma dos preços máximos admitidos para cada lote

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

ultrapassa a quantia de R$ 80.000,00 (oitenta e mil reais), e, portanto, ser escorreita a atuação do Órgão consulente ao adotar a minuta de edital de pregão padronizada disponibilizada por esta PGE em seu site para participação ampla, conforme fundamentação exposta na referida manifestação.

Entretanto, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, na Instrução Técnica Inicial n.º 00334/2017-3 (fls. 358/364), apresenta a tese de que o §1º do artigo 60 da Lei Complementar Estadual n.º 618/2012 se encontra em desacordo com a atual redação do inciso I do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123/2006, com a nova redação que lhe conferiu a Lei Complementar n.º147/2014, devendo prevalecer o entendimento no sentido de que o valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve ser considerado por item da contratação, ou seja, por lote, e não pelo valor global do certame.

Ciente do pronunciamento do TCE, o Órgão consulente reenvia os autos a esta PGE para análise dos questionamentos formulados às fls. 377/378. Dentre estes não se verifica consulta quanto ao entendimento que deve ser seguido, admitindo a prevalência do entendimento exposto pela Corte de Contas. Os questionamentos se referem a como proceder diante desse posicionamento e minutas padronizadas disponibilizadas pela PGE a serem adotadas e inserção de disposição no edital. São eles:

1) Qual o modelo de edital deve ser utilizado nas licitações onde há vários lotes com valores até R$ 80.000,00 e acima de R$80.000,00? É possível a aplicação de tratamento exclusivo e tratamento amplo em uma mesma licitação;
2) Se nas licitações onde o preço máximo de admitido para cada lote é inferior a R$ 80.000,00 mas a soma de todos supera essa quantia, deve ser utilizada a minuta padrão com tratamento exclusivo para ME/EPP;

3) Como proceder na hipótese de ser realizada a reserva de cota de 25% (vinte e cinco por cento) de lotes que superem o valor de R$ 80.000,00 diante da possibilidade de adquirir o mesmo produto com valores diferenciados;
4) Onde localizar nos editais de licitação a cláusula dispondo sobre a reserva de 25% (vinte e cinco por cento) de cada item/lote para participação exclusiva de ME e EPP.

A análise do primeiro e segundo questionamentos formulado depende de reconsideração da conclusão alcançada no Parecer PGE/PCA n.º 0551/2017, que entendeu aplicável o disposto no §1º do artigo 60 da Lei Complementar Estadual n.º 618/2012, para afastar aplicação da literalidade deste dispositivo e acolher o entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas do EES, o que se faz nessa oportunidade.

Veja-se que no Parecer supracitado fez-se lançar a seguinte fundamentação:

> *"(...) a Lei 123/2006 é norma geral que disciplina o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às ME e EPP (art. 1º), e é em razão dessa natureza que o artigo 47 do referido estatuto confere diretriz para os atos normativos dos entes federados que disciplinam a licitação e contratações públicas, nos seguintes termos:*
>
> > *"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*

Pág. nº 224
Nº Processo 76527736

ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às ***compras*** *públicas,* ***enquanto não sobrevier legislação estadual,*** *municipal ou regulamento específico de cada órgão* ***mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.*** *"*

Veja-se que somente em relação às compras públicas é imposta a observância da condição mais favorável prevista na lei, espécie de contratação regida pelo edital ora impugnado."

Por força do disposto no Parágrafo único do artigo 47 supratranscrito a legislação que sobrevier à Lei Federal que trata das normas gerais referente ao tratamento diferenciado às ME e EPP deverá ser mais favorável quando se tratar de procedimento licitatório destinado a compras, que é a hipótese dos autos. Portanto, conquanto tenha sido considerado esta prescrição legal para fins de aplicação do inciso III do artigo 48, ou seja, para a necessidade de o Órgão consulente justificar a não reserva de cotas de 25% (vinte e cinco por cento) para as ME e EPP, assim não o fez para a hipótese do inciso I do artigo 48 que preceitua:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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***

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

reais); *(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

O entendimento de que o limite de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve considerar cada lote já vinha sendo adotado por órgãos de controle antes mesmo da alteração conferida pela LC n.º 147/2014. Nesse sentido tem-se a Orientação Normativa n.º 47, de 25 de abril de 2014, da AGU:

> *"Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do decreto nº 6.204, de 2007."*

Esta orientação é anterior ao advento da LC n.º 147/2014, e não havia, como não há, no âmbito federal, disposição expressa em determinar que para a aferição do limite imposto para a participação exclusiva de ME e EPP deve-se considerar a soma dos lotes como o faz §1º do artigo 60 da Lei Complementar Estadual n.º 618/2012.

Na mesma linha já se pronunciou o Tribunal de Contas da União, antes da LC n.º 147/2014, conforme trecho de julgados a seguir transcritos:

> *"Apesar de o valor global exceder o limite de R$ 80.000,00 previstos no art. 48, 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***

PGE/ES
Fls. nº 305
Nº Processo 7581756

> ***concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais.*** *[...]*
> *Dessa forma, ao ser definido o "menor preço por item" como tipo de licitação,* ***foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si*** *[...]."* (TCU – Acórdão 3771/2011 – Primeira Câmara – Rel. Min. Weder Oliveira – Julgamento em 7.6.2011.)

> *"[...] 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.* (TCU – Acordão 2957/2011 – Plenário – Rel. Min. André Luís de Carvalho – Julgamento em 9.11.2011)

Conquanto o entendimento adotado nestes pronunciamentos não se estendesse às licitações realizadas no âmbito do Estado do Espírito Santo diante do disposto no §1° do artigo 60 da Lei Complementar Estadual n.° 618/2012, o mesmo agora se encontra imposto por imperativo legal, diante da atual redação do inciso I do artigo 48 c/c o parágrafo único do artigo 47 da Lei Complementar 123/2006. Considerando que o parágrafo único impõe a aplicação da lei federal até o advento de lei estadual mais favorável, hipótese em que não incorre o citado dispositivo da Complementar Estadual n.° 618/2012, ao contrário do que se concluiu no Parecer PGE/PCA n.° 0551/2017, nos processos licitatórios para compras a participação exclusiva deve ser garantida em cada lote cujo valor de referência não ultrapasse R$ 80.000,00.

Não obstante a reconsideração do entendimento antes adotado, **é possível encontrar entendimento em sentido contrário, a demonstrar a complexidade do debate**, a exemplo do que já decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

> *"Já no que diz respeito à **interpretação a ser conferida ao art. 48, I,** da referida norma, tenho para mim que há maior complexidade na avaliação da definição de seu alcance, dificuldade que se apresenta, inclusive, na **divergência de posições entre os órgãos instrutivos e também no debate realizado na sessão Plenária do último dia 02/09.***
>
> *Até onde pude compreender, de forma bastante sintética, as posições então delineadas se dividem, posicionando-se a Chefia de ATJ pela improcedência da impugnação sobre esse ponto, com acolhimento do e. Relator, por considerarem que o benefício do art.48, I, da Lei Complementar nº 123/06, salvo nas exceções previstas no art.49 da mesma Lei, se aplica aos "itens de contratação", assim entendidos cada um dos produtos que pretende a Administração adquirir, cabendo avaliação pormenorizada no caso concreto.*
>
> *Por outro lado, o d. MPC e SDG manifestaram-se pela procedência da reclamação, havendo uma pequena diferença nas argumentações.*
>
> *O d. **MPC consignou que só é possível estabelecer participação exclusiva de MPEs se o valor total do contrato for de até R$ 80.000,00, não devendo a análise ser feita em relação ao valor dos itens individualmente considerados, cabendo ser estabelecida a cota de 25% (vinte e cinco por cento) para tais empresas quando se tratar de aquisição de bens divisíveis.***

SDG, por sua vez, anotou que, considerando os valores globais de cada certame, seriam procedentes as Representações acerca da exclusividade de participação de MEs e EPPs, afastando-se a aplicação do inciso I, do artigo 48 da Lei Complementar Federal nº 123/06, sem prejuízo, todavia, da incidência da hipótese prevista no inciso III, do mesmo dispositivo.

Ainda, tanto o e. Conselheiro Antonio Roque Citadini, como o e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, trouxeram questionamentos sobre a aplicabilidade, na prática, de tal comando, especialmente quanto à possibilidade de ocorrer eventual fracionamento artificial nas licitações. Diante desse contexto é que pedi vista dos autos, a fim de melhor me inteirar da situação concreta que se discute e, assim, poder tentar trazer minha contribuição para o aprofundamento da discussão que já na sessão passada deste Plenário se desenhava.

Pois bem.

Observem Vossas Excelências que estão em análise cinco pregões da Prefeitura de São Luiz do Paraitinga, todos para registrar preços para o período de 12 (doze) meses, direcionados à aquisição de material elétrico e materiais de escritório e escolar.

A Administração, dentre a globalidade de bens divisíveis para os quais pretendia ter o preço registrado, considerou que a melhor forma de ordenação, estruturação e planejamento da futura e incerta aquisição seria por meio da separação em cinco parcelas distintas.

Cada um desses cinco grupos, embora com critério de adjudicação unitário, foi organizado de forma particularizada, com valores totais distintos – isoladamente superiores a R$80.000,00 - e para produtos

diferentes, formando um objeto único para cada edital. Veja-se que se optou pela conformação de cinco feixes, cinco licitações e não quatro, seis ou outro número qualquer.

Assim, analisando o caso concreto, não me parece que cada bem que compõe o objeto delineado se mostre como um "item de contratação", para o fim da aplicação da Lei Complementar nº 123/06[1]; pelo contrário, entendo que cada licitação, diante do todo pretendido pela Administração, apresenta-se como um "item de contratação", dentro, portanto, da globalidade de aquisições projetadas pela Prefeitura.

Daí que, nesse primeiro momento, em que ainda está se construindo a interpretação para a inovação legal trazida no ano passado e sem que no futuro nos privemos de avaliar a questão sob ótica diversa, diante dos dados constantes dos editais em exame considero ser o caso de se compreender que a Lei somente dirige as licitações, de forma exclusiva, para microempresas e empresas de pequeno porte quando os itens de contratação a serem disputados tenham valor de até R$80.000,00, ou seja, assim será quando, abstratamente considerado, este seja o valor arbitrado para o objeto.
Difere-se, portanto, a expressão "itens de contratação" (pretensão da Administração em abstrato), do termo "itens da contratação" (cada produto, no caso concreto, a ser adquirido).
Mesmo porque, ***para situações em que o valor dos bens***

1 *Antes da promulgação da Lei Complementar nº 147/14, a redação do artigo 48, caput c.c. inciso I, da Lei Complementar nº 123/06 era no sentido de que a administração pública pode 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).Após a alteração, a Lei passou a prever que a administração pública deve 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).*

de natureza divisível, como no caso, superarem esse parâmetro de preço, deverá ser concedido benefício legal diverso: aquele previsto no mesmo artigo 48, porém em seu inciso III, qual seja, a fixação de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, mediante as ressalvas do art.49 da mesma Lei, também aplicáveis ao art.48, I.

Esse meu raciocínio leva em conta que a Lei Complementar nº 123/06 insere-se em ordenamento jurídico cuja norma fundamental traz não só disposições para que seja conferido tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte (art. 179), mas que conta com uma série de outros preceitos tão ou mais importantes especificamente para a análise que ora se apresenta, como a impessoalidade, a isonomia, a eficiência, (art. 37, caput), a igualdade de condições aos licitantes (art. 37, XXI) e a livre concorrência (art. 170, IV), dentre outros. Ademais, vale ressaltar que a Lei nº 8.666/93 configura-se como lei geral e não como lei especial, tendo como objetivo a regulamentação das compras públicas.

Ainda que se reconheça pontuais e genéricas menções no âmbito da Lei nº 8.666/93 a microempresas e empresas de pequeno porte, a partir da vigência da Lei Complementar nº 147/14, ao se aplicar um fator de discrímen que irá privilegiar determinados licitantes, há de existir modulação, para que se compatibilize tais benefícios com o interesse público, a fim de não se incentivar opções que levem ao fracionamento artificial de certames, afastando-se, assim, eventual reserva de mercado.

Essa é a forma que vejo, ao menos no momento, de se conformar os princípios constitucionais regentes da matéria, o teor da Lei nº 8.666/93 e o conteúdo da Lei Complementar nº 123/06, especialmente para o caso

> *dos autos em análise.*
> *Com essas reflexões e razões de decidir, voto pela procedência das representações apresentadas, devendo a Prefeitura de São Luiz do Paraitinga retificar seus editais a fim de que: 1) se entender conveniente a aplicação prioritária dos benefícios do art.48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06 às microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, assim o faça, desde que de forma justificada e até o limite de 10% do melhor preço válido; e 2)* ***deixe de reservar os bens em disputa nos pregões em exame exclusivamente para microempresas e pequenas empresas, estabelecendo no edital o percentual a ser direcionado para tais licitantes, de até 25%, nos termos do artigo 48, III, da Lei Complementar nº 123/06.*** *(TCE-SP - Processo n.º 5509.989.15-8 - Tribunal Pleno – Voto - Conselheiro Renato Martins Costa – Sessão de 16/09/2015)*

Repita-se que referido pronunciamento é invocado como demonstrativo da complexidade do tema.

Ao se perfilhar o entendimento no sentido de que o limite para participação exclusiva de ME e EPP, agora obrigatória, deve ser considerado por lote da licitação, impõe-se **reformar a conclusão lançada no Parecer PGE/PCA n.º 0551/2017, para recomendar que seja dado provimento à impugnação** para que o edital garanta a participação exclusiva de ME e EPP em relação aos lotes que não superem o valor de R$ 80.000,00, vez que ausente nos autos justificativa que se amolde às hipóteses do artigo 49 da Lei 123/06 **(recomendação n.º01).**

Permite-se, outrossim, avançar à análise dos questionamentos formulados pela Sra. Pregoeira.

Quanto ao modelo de edital a ser utilizado para a hipótese em que no mesmo certame há lotes em que só se admitirá

a participação de ME e EPP e outros em que a participação será ampla, em razão dos respectivos valores, diante da inexistência de minuta padronizada disponibilizada pela PGE em seu site, deverá o Órgão consulente elaborar o corresponde edital, utilizando-se as disposições das minutas padronizadas para participação ampla para os lotes que a admitirá e as disposições para participação exclusiva para os lotes assim definidos. Elaborado o edital, e realizada toda a instrução da fase interna da licitação, o instrumento convocatório deverá ser submetido à apreciação da PGE **(recomendação n.02)**.

Já na hipótese do segundo questionamento formulado, se todos os lotes não superarem o valor de R$ 80.000,00, como todos deverão ser destinados à participação exclusiva de ME e EPP **deverá** ser adotada a minuta padrão para participação exclusiva **(recomendação n.03)**.

Por certo que a reserva de cota no percentual de 25% em cada lote implicará em contratações com preços diferenciados em relação ao mesmo produto, caso empresas diversas vençam cada lote. Isto é questão sobre a qual a Lei não dispõe, mas que decorre do tratamento privilegiado pelo qual optou, o legislador, para dar efetividade ao que estatuído no artigo 179 da CF. Assim, em resposta ao terceiro questionamento, deverá a Administração realizar a aquisição de produtos idênticos por preços diversos, se ocorrer a hipótese aventada **(recomendação n.04)**.

Por oportuno, e em reforço ao que até aqui se explanou, transcreve-se trecho de artigo publicado em que se enfrentou a matéria ora em debate:

> *"É possível destacar que, preenchido o requisito legal que diz respeito ao valor de referência e inexistindo qualquer circunstância ou fato impeditivo consoante as exceções previstas no art. 49 da LC nº 123/06 adiante analisadas, a instauração de licitação exclusiva é obrigatória, não incidindo, portanto, qualquer*

discricionariedade atribuída ao administrador público.
Quanto ao valor de referência (R$80.000,00), a norma não deixa dúvidas de que devem ser considerados os itens ou lotes que eventualmente compõem a licitação. Em outras palavras, ***se em determinado certame licitatório um ou mais lotes totalizarem individualmente R$80.000,00, em cada um deles só poderá haver a participação de pequenas empresas, desprezando-se, neste caso, a somatória total dos lotes.*** *Assim, em termos práticos,* ***é possível que em uma mesma licitação tenhamos lotes com a participação exclusiva de pequenas empresas e outros abertos a qualquer licitante, independentemente do seu status jurídico (pequeno ou grande).***
A fim de que a norma encartada no dispositivo sob análise não se torne letra morta, inviabilizando a sua aplicação, sempre que possível, mediante prévia análise do ponto de vista técnico e econômico e desde que não haja prejuízo ao interesse público, a entidade licitadora deve dividir o objeto em lotes ou itens menores, de modo que o valor de cada um deles se enquadre no limite de R$80.000,00 propiciando, desta forma, uma adequada aplicação da lei.
De uma interpretação sistemática dos dispositivos transcritos é possível subtrair, desde logo, as primeiras conclusões acerca da aplicabilidade da norma. Resta claro que a instauração de uma licitação com uma cota reservada à participação de pequenas empresas é uma imposição, em outras palavras, um dever imposto à entidade licitadora sempre que o objeto colocado em competição seja um bem de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou do seu complexo.
Com a fragmentação do objeto separando-se uma parte de até 25%, a norma visa criar um ambiente propício e favorável às pequenas empresas, ampliando

PGE/PSE
Fls. Nº 24
Nº Impresso 76832756

assim o acesso às contratações públicas para esta categoria de licitantes nem sempre presente em face das exigências de habilitação – especialmente as de ordem técnica e econômica – em certames que contemplam objetos vultosos.

Cabe salientar que, nesta espécie de licitação diferenciada, todo e qualquer licitante que atenda às exigências do edital poderá participar, seja grande ou pequeno. Não se trata de uma licitação com participação exclusiva de pequenas empresas. ***A exclusividade, neste caso, encontra lugar apenas na cota reservada de até 25%. Assim, somente os licitantes qualificados como pequenos é que poderão competir nesta fração do objeto, não havendo impedimento que disputem em igualdade de condições com os grandes, a cota principal, ou seja, os outros 75%.***

Da premissa fixada é forçoso concluir que, ***se um bem a ser licitado é de natureza divisível com valor total estimado de até R$80.000,00 (oitenta mil reais), caberá a instauração de uma licitação com participação exclusiva de pequena empresa (art. 48, inc. I da LC nº 123/06).*** *Por outro lado,* ***se o mesmo bem consignar valor estimado superior a R$80.000,00 (oitenta mil reais), deverá ocorrer o seu fracionamento em duas cotas, uma de até 25% reservada às pequenas empresas e outra principal de 75% do total a ser posto em competição.***

Todavia, a aplicação destes dispositivos legais sob análise deve ser pautada por uma interpretação sistêmica da ordem jurídica que regula a matéria. Explicando melhor. ***Suponha-se um bem divisível com valor estimado de R$1.000.000,00 (um milhão de reais). O aplicador mais afoito poderia optar pela instauração de uma licitação reservando uma cota de R$250.000,00 (25%) para as pequenas empresas e outra cota principal de R$750.000,00 para qualquer categoria de licitante. Entendemos que a aplicação da regra nestes termos é***

equivocada, pois se faz necessário conjugar o inc. III, do art. 48 da LC nº 123/06 (licitação com reserva de cota) com o inc. I do mesmo artigo (licitação exclusiva). Deste temperamento, concluímos que a cota reservada à pequena empresa não pode ultrapassar R$80.000,00, ainda que o total a ser licitado importe em R$1.000.000,00. Assim, teríamos cota reserva às pequenas empresas no valor R$80.000,00 e cota principal de R$920.000,00 aberta a qualquer licitante.

Neste sentido é o pensamento de Joel de Menezes Niebuhr,[18] assim encontrado:

> *O que se defende é que **o limite de 25% do objeto da licitação, que forma a cota reservada prevista no inc. III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, deve ser limitado e definido de modo proporcional a R$80.000,00**, que é o limite da licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte.*

Outro ponto merecedor de destaque diz respeito à licitação cujo objeto é dividido em itens ou lotes. Neste caso, considerando que os itens ou lotes constituem parcelas autônomas e independentes de um mesmo processo licitatório, a cota reservada de até 25% deve ser calculada sobre o valor de cada item/lote que superar os R$80.000,00. De outro giro, se o valor de um item ou lote for igual ou inferior a R$80.000,00, nesta parte do objeto haverá a participação exclusiva de pequenas empresas. Havendo a instauração desta espécie de licitação diferenciada, os licitantes qualificados como pequenos poderão, se assim desejarem, apresentar dois preços, um para a cota reserva outro para a cota principal, inexistindo a necessidade de serem absolutamente iguais.

*Considerando que num certame licitatório com esta configuração, **objeto dividido em duas cotas (reservada e principal), ocorra a participação de grandes e pequenas empresas, as grandes disputando apenas a fração principal e as pequenas as***

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

> ***duas**, reservada e principal, **existe a possibilidade de haver dois vencedores na mesma licitação (um na cota principal e outro na reservada), inclusive com preços distintos para o mesmo objeto licitado, sem que tal situação possa caracterizar qualquer ilegalidade.*** (GUIMARÃES. Edgar. *Licitações e contratações diferenciadas à luz da LC nº 123/06 com as alterações da LC nº 147/14. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246398>. Acesso em: 14 ago. 2017.)

Na linha do posicionamento ora transcrito, alerta-se, desde já, que na hipótese de haver reserva de cota, esta não pode superar o valor de R$ 80.000,00 **(recomendação n.º 05)**, seguindo, inclusive, a orientação conferida pela AGU através do OFÍCIOCIRCULAR n. 00007/2016/CJURO/CGU/AGU:

> *"23. Em que pesem divergências, registramos aqui, desde já o entendimento de que **eventual cota reservada deve limitar-se ao valor de R$ 80.000,00**. A fundamentação de tal posição lastreia-se na lógica do sistema de favorecimento às ME/EPP, que lhes destina os itens de menor valor de forma exclusiva. Romperia essa lógica a existência de itens de grande valor com tal característica, e até mesmo por essa razão a Lei Complementar 123, no seu artigo 48, III estabelece a cota reservada de até 25%, justamente para que esta não ultrapasse o patamar de R$80.000,00, independentemente do valor da cota principal. Essa interpretação mantém a coerência do sistema de favorecimento. No mesmo sentido, a Jurisprudência do TCU recomenda que se limite as adesões quando o somatório das contratações do gerenciador, dos participantes e dos futuros aderentes, para um*

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

determinado item/grupo, for ultrapassar o limite normativo de R$80.000,00 (Acórdão n. 2.957/2011Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho), recomendação essa também repetida no âmbito das Consultorias Jurídicas da União, em geral, para as Licitações pelo Sistema de Registro de Preços. Aliás, em existindo a funcionalidade no sistema de cadastramento específico de itens com cotas reservadas, talvez essa limitação seja automática pelo próprio sistema."

Ressalta-se, todavia, que a Administração poderá se desvencilhar deste procedimento desde que venha a demonstrar, previamente à elaboração do edital, a ocorrência de umas das hipóteses previstas no artigo 49 da LC 123/06.

Finalmente, quanto à questão topológica referente à localização no edital da cláusula dispondo sobre a reserva de 25% de cada lote para participação exclusiva de ME e EPP, poderá ser definido no item que rege as condições de participações que em relação àquele percentual referente aos lotes que superam o valor de R$80.000,00 somente poderão participar as ME e EPP, prevendo do mesmo modo em relação à integralidade dos lotes que não superem referidos valores, os quais deverão ser identificados no anexo em que prevista a descrição do objeto **(recomendação n.° 06)**.

Estas são, pois, as conclusões que se submete à apreciação superior.

Vitória, 14 de agosto de 2017.

Maira Campana Souto Gama
Procuradora do Estado

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website:http://www.pge.es.gov.br
NN 2017.02.000538

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROCESSO: 46882756 RUBRICA: FOLHA: 391

Recebi e encaminho ao Procurador (a) Chefe da PCA/PGE.

Em, 15 / 08 / 17.

Kenner Carvalhinho Paiva
Assessor Técnico – PGE/PCA

Processo nº: 76882756

Despacho PGE/PCA nº 01425/2017

Aprovo em parte o R. Parecer PGE/PCA nº 00942/2017, juntado às folhas 382/390, elaborado pela Ilustre Procuradora do Estado Dra. Maira Campana Souto Gama.

Importa consolidar as orientações desta Consultoria Administrativa sobre as questões postas:

A - Para fins de aplicação do disposto no artigo 48, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 123/2006 (realização de licitação exclusiva à participação de Micro Empresa, Empresa de Pequeno Porte e Micro empreendedor individual), o valor de R$ 80.000,00 refere-se ao valor de cada lote, separadamente, não ao valor da soma dos lotes do certame.

B Visando a celeridade e transparência do processo licitatório, com menores chances de incoerências e incompatibilidades, a mesma licitação não deve conter lotes exclusivos e não exclusivos às ME, EPP e MEI. Assim, recomenda-se separar as disputas em processos administrativos distintos, com os editais adequados a cada hipótese. Para definição da exclusividade da licitação às ME, EPP e MEI deverá ser considerado, ainda, o disposto no art. 49 da LC nº 123/2006.

C - Esta Consultoria Administrativa tem reconhecido a necessidade de regulamentação para a eficácia do artigo 48, inciso III, da Lei Complementar Federal 123/2006 ("*cota de até 25%*" para participação exclusiva às ME, EPP e

MEI em licitação para aquisição de bens de natureza divisível), considerando-se as recomendações ofertadas no DESPACHO PGE/PCA nº 01280/2017 (em anexo), referente ao processo administrativo nº 76461777. Assim, em regra, não deve ser aplicado o benefício da "*cota de até 25%*" enquanto inexistente regulamentação do artigo 48, inciso III, da LC nº 123/2006.

Considerando a relevância da matéria, e a fim de uniformizar a orientação jurídica no âmbito da Administração pública estadual, encaminho os autos à SPGA com sugestão de análise por amostragem, na forma do Enunciado nº 18 do CPGE/ES.

À SPGA.

Vitória, 24 de agosto de 2017.

LEANDRO MELLO FERREIRA
Procurador-Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa - PCA

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo nº: 76461777

Cópia

Despacho PGE/PCA nº 01280/2017

Aprovo em parte o R. Parecer PGE/PCA nº 00653/2017 juntado às fls. 122-124, elaborado pelo Ilustre Procurador do Estado Dr. Joemar Bruno F. Zagoto.

A ressalva se encontra na afirmação de que, com base no art. 48, III, da Lei Complementar Federal nº 123/2006, *"a Administração "deverá" estabelecer, "em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. " Isso significa que é um dever e não mais uma faculdade da Administração reservar, na aquisição de bens divisíveis (como seringas...), uma cota para ME e EPP que poderá ser de até 25% do objeto licitado."*

Embora a leitura do dispositivo sem dúvida aponte nessa direção, uma compreensão sistemática logo mostra que não se faz possível concluir pela incidência automática da disposição tão somente com base na "natureza divisível" dos bens a serem adquiridos.

Inicialmente, é preciso considerar que faticamente a situação da "cota de até 25%" é muito diferente da licitação exclusiva. Nessa situação, a demanda integral da administração está limitada a oitenta mil reais; naquela, a demanda será fracionada, o que gera consequências que precisam ser objeto de prévio estudo pela Administração.

Em primeiro lugar, embora quantitativamente divisíveis, com frequência os bens não são idênticos, havendo distinções na qualidade, no uso, na compatibilidade entre si e com outros insumos. Por exemplo, a vedação do êmbulo de uma marca de seringa pode não ser perfeitamente apta para o corpo de outra marca; esta poderá possuir bico incompatível com as agulhas apropriadas àquela. O exemplo é hipotético mas adequado sobretudo à realidade das contratações da SESA, em que a sintonia fina entre os equipamentos médico-hospitalares é determinante.

Essas situações configuram *prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto* da contratação, exigindo o afastamento da "cota", em cumprimento da expressa disposição do art. 49, III, da LC 123/2006, *in verbis*:

> *"Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:* [...]
>
> *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;*** [...]"

Em segundo lugar, a "cota de até 25%" também atrás dificuldades econômicas significativas, pois reduz a escala da contratação pretendida. Pode-se mesmo presumir - de forma relativa, claro - que a diminuição em 25% do quantitativo da licitação, para compor lote exclusivo, acarretará em redução da economia potencial do todo, o que também se enquadraria nessa regra excludente do art. 49, III.

Para compatibilizar essas disposições, seria preciso avaliar, no caso concreto, se a redução do quantitativo não acarreta perda da economia de escala. Além disso,

existe problema ainda sem solução normativa de qual seria o contrato com prioridade na execução, o com melhor preço ou o da Micro/Pequena Empresa.

Essas questões apontam no sentido de que o benefício do art. 48, III, depende de normatização e padronização infralegais, ainda inexistentes, dos bens suscetíveis de atender o conjunto das disposições legais e aos princípios constitucionais da isonomia e eficiência.

Assim, recomendo à SESA a continuidade do Pregão nº 119/2017.

Por sua vez, recomendo a digitalização das fls. 81-119 destes autos para que possam instruir os estudos desta PGE, em conjunto com a D. SECONT, para efetivação do normativo tratado.

À SPGA.

Vitória, 03 de agosto de 2017.

LEANDRO MELLO FERREIRA
Procurador-Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa - PCA

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROCESSO: 82538/2016 RUBRICA: FOLHA: 317

De ordem,

Encaminha-se a (o) SRCA.

Em, 25/08/2017.

Kenner Carvalhinho Paiva

Assessor Técnico – PGE/PCA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CENTRAL DE ATENDIMENTO
Recebido em: 25/08/17 às 15h19
De ordem,
Encaminhe-se a(o) SRCA
Em 25/08/17
PGE / ES

396
76882756

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo Nº: 76882756

Interessada: SESA

Assunto: Impugnação de Edital de Pregão para aquisição de produtos hospitalares – Participação exclusiva de ME ou EPP – Manifestação Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

À SESA,

No exercício da competência conferida por intermédio da Portaria PGE nº 056-S, de 19 de maio de 2003, **acolho**, por seus próprios fundamentos, o r. Despacho PGE/PCA nº 01425/2017, de fl. 392 e verso, da lavra do Ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa - PCA, **Dr. Leandro Mello Ferreira**, que aprovou, em parte, o r. Parecer PGE/PCA nº 00942/2017, confeccionado às fls. 382/390-verso, pela Ilustre Procuradora do Estado, **Dra. Maira Campana Souto Gama**.

Quanto à sugestão do ilustre Procurador-Chefe da PCA para aplicação da análise por amostragem aos presentes autos, deixo de acolhe-la, com a devida *venia*, uma vez que não vislumbro a presença dos requisitos necessários para a aplicação do Enunciado CPGE nº 18 na espécie.

Entretanto, considerando a relevância da matéria e a fim de uniformizar a orientação jurídica no âmbito da Administração Pública estadual, informo que o apoio administrativo deste Gabinete providenciou, nesta data, ofício à SEGER para ciência e divulgação das manifestações desta Procuradoria junto aos órgãos da Administração Pública Estadual, a fim de que as manifestações deste tema proferida neste autos sejam adotadas como parecer paradigma para os casos análogos que venham a ser questionados.

Vitória, 28 de agosto de 2017.

JULIANA PAIVA FARIA FALEIRO
Subprocuradora-Geral do Estado para Assuntos Administrativos

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br Website:http://www.pge.es.gov.br
2017.02.000538

76882756

Gabinete / P.G.E.
Encaminhe-se a(o)
Em: 28/08/17

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo Nº: 76951600

PARECER PGE/PCA Nº 00912/2017

EMENTA: Consulta. SESA. Benefício de cota de até 25% para ME/EEP. Participação exclusiva e ampla. Considerações.

Senhor Procurador Chefe da PCA,

1. RELATÓRIO

Cuida-se de análise jurídica de consulta formulada pela SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE -SESA, em razão de recurso administrativo interposto pela pessoa jurídica LEADER DISTRIBUIDORA DE MATERIAL HOSPITALAR ME, em face do Pregão Eletrônico nº 021/2017, para o registro de preços de produtos hospitalares.

A referida empresa questiona, em síntese, que (i) o fato de a licitação não ter sido destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, bem como (ii) a ausência de cota de 25% para licitantes que se enquadrem nessa condição. O edital estaria, assim, desatendendo as exigências previstas no artigo 48, inc. I e III, da Lei Complementar n.º 123/2006.

Em razão disso, o Pregoeiro da SESA/ Hospital Roberto Silvares, suscita as seguintes dúvidas (fls. 978/979):

> **1) [...] Qual modelo de edital deve ser utilizado nas licitações onde já vários lotes com valores abaixo de R$ 80.000,00 e acima de R$ 80.000,00? Podemos aplicar o Tratamento Exclusivo e Tratamento Amplo dentro de um mesmo Edital ?**
> **2) Nas licitações onde os lotes têm valor inferior a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), e o valor global é superior a este montante, devemos utilizar a minuta padrão com Tratamento Exclusivo para ME/EPP ?[...]**

> 3) Nas licitações em que deve ser utilizada a cota de 25% para ME/EPP, podemos cirar 02 (dois) lotes distintos do mesmo objeto na planilha de aquisição do Sistema Integrado de Gestão Administrativa SIGA, todavia, o sistema não permite a criação de sub-itens dentro de um mesmo lote com tratamento amplo e exclusivo para ME/EPP. Se criarmos lotes distintos para o mesmo objeto, visando o cumprimento dos Artigos 62 e 63 da Lei Complementar Estadual 618/2012, existe a possibilidade de adquirir o mesmo produto, com valores diferenciados. Como proceder?
> 4) Onde inserir nos futuros editais de licitação a cláusula indicando a reserva de 25% de cada item/lote para exclusiva para MEI, ME e EPP?

Após a devida distribuição, os autos foram encaminhados a este procurador.

É o relatório, no essencial. Passo a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Vale reiterar que a análise desta PGE se restringe ao caráter jurídico da presente consulta administrativa, não sendo considerados os aspectos técnicos ou econômicos do pleito, aspectos esses que se presumem terem sido apreciados pelos órgãos técnicos competentes para tanto (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, em combinação com o art. 3º, inc. VII, da Lei Complementar Estadual nº 88/96).

2.1. Dos Precedentes desta Consultoria Acerca do Tema.

Em diligência no sistema, pode-se observar manifestação semelhante desta PCA em consulta realizada pela SESA nos autos do processo administrativo nº 76461777- PARECER PGE/PCA Nº 00653/2017, da lavra do Procurador do Estado Joemar Bruno F. Zagoto, o qual pede-se vênia para transcrever:

> A Secretaria de Estado da Saúde - SESA solicita pronunciamento desta Procuradoria-Geral a respeito da impugnação de fls. 102/106, formulada pela empresa Leader Hospitalar Ltda. contra o edital de pregão eletrônico n.º

0119/2017, destinado ao registro de preços de material de consumo (seringa com agulha). A empresa questiona (i) o fato de a licitação não ter sido destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, bem como (ii) a ausência de cota de 25% para licitantes que se enquadrem nessa condição. O edital estaria, assim, desatendendo as exigências previstas no artigo 48, inc. I e III, da Lei Complementar n.º 123/2006. Na manifestação de fl. 119, o Pregoeiro informa que "os valores constantes do edital são superiores ao teto máximo de R$ 80.000,00 (oitenta mil)", de maneira que o edital "se mostra apropriado prevendo participação ampla". Informa, também, que as minutas padronizadas por esta PGE para participação ampla não veiculam "tratamento diferenciado para aplicação da regra de reserva de cota de 25% para ME e EPP". É o breve relatório. Passo a opinar. A licitação em questão está dividida em dois lotes. O valor global estimado de cada um deles é R$ 285.000,00 (duzentos e oitenta e cinco mil), para o fornecimento de 950.000 seringas. Inicialmente, o simples fato de cada lote superar o valor previsto no art. 48, inc. I, da LC 123/2006 tornaria insubsistente a impugnação, já que o caso não se enquadraria no limite previsto nesse dispositivo. Contudo, s.m.j., não há nos autos justificativa para a formação dos lotes, isto é, não está claro por que registrar preços de agulhas em apenas dois lotes de 950.000 unidades cada. Não custa lembrar que, nas licitações processadas por lotes, para efeito de aplicação da medida prevista no inc. I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, cada lote colocado em disputa como conjunto indivisível constitui um item de contratação, devendo ser tomado em consideração o valor deste lote - e não o valor individual dos bens ou serviços que o compõem ou o valor global da licitação[1]. É que a divisão do objeto em lotes equivale a cumulação de licitações distintas e independentes entre si, que são apenas processadas em conjunto[2]. Portanto, antes de se avaliar conclusivamente a impugnação, a SESA deverá apresentar as razões técnicas e econômicas que a levaram a colocar em disputa lotes com esses

[1] Essa também é a orientação da e Advocacia-Geral da União: "EM LICITAÇÃO DIVIDIDA EM ITENS OU LOTES/GRUPOS, DEVERÁ SER ADOTADA A PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE OU SOCIEDADE COOPERATIVA (ART. 34 DA LEI Nº 11.488, DE 2007) EM RELAÇÃO AOS ITENS OU LOTES/GRUPOS CUJO VALOR SEJA IGUAL OU INFERIOR A R$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS), DESDE QUE NÃO HAJA A SUBSUNÇÃO A QUAISQUER DAS SITUAÇÕES PREVISTAS PELO ART. 9º DO DECRETO Nº 6.204, DE 2007." AGU - Orientação Normativa nº 47, de 25 de abril de 2012.

[2] "A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento documentado nos mesmos autos" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 260).

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

quantitativos[3], nos termos do art. 23, § 1.º, da Lei n.º 8666/93. Se a formação dos lotes tiver sido orientada por critérios técnicos e econômicos sólidos, a impugnação será, nesse particular, improcedente[4]. Isso porque a Lei nº 123/06 afasta o tratamento privilegiado às microempresas nas hipóteses em que não houver ao menos três "fornecedores competitivos enquadrados como microempresas sediados local ou regionalmente" ou nos casos em que "o tratamento diferenciado não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado" (art. 49, II e III).

Por outro lado, se a formação dos lotes tiver sido aleatória, a licitação estará viciada, inclusive pelos motivos apontados na impugnação, cabendo à SESA, nessa hipótese, submeter o caso novamente à apreciação desta PGE.

Com relação à reserva de cota de 25%, é importante notar que, segundo o art. 48, inc. III, da LC 123/2006, a Administração "deverá" estabelecer, "em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte." Isso significa que é um dever e não mais uma faculdade da Administração reservar, na aquisição de bens divisíveis (como seringas...), uma cota para ME e EPP que poderá ser de até 25% do objeto licitado.

Entretanto, os benefícios instituídos nos incisos I e III do art. 48 da LC 123/2006 são análogos, mas não se confundem. Além disso, como as regras neles veiculadas não se sobrepõem, elas podem operar simultaneamente num mesmo certame[5]. A licitação exclusiva para ME's e EPP's terá lugar quando o valor do objeto licitado, *independentemente de sua natureza*, for inferior a

[3] Art. 23, § 1.º, da Lei nº 8666/93: "As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala".

[4] É importante frisar que essa divisão deve ocorrer de acordo com critérios técnicos e econômicos, e não para privilegiar ME e EPP's - que serão beneficiadas se, uma vez fracionada a licitação, o caso se enquadrar no limite previsto no art. 48, I, da LC 123/2006. Noutras palavras, qualquer contratação deve ser dividida em contratações menores para possibilitar maior competitividade e melhor aproveitamento das oportunidades do mercado.

[5] Essa também parece ser a orientaçao sufragada pela AGU, diante da nota explicativa contida na minuta padrão da CGU/AGU, de Termo de referência, já atualizada em janeiro de 2016: "Nos termos do art. 48, III da Lei Complementar n. 123, de 2006 (atualizada pela LC n 147/2014), a Administração deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Por essa razão, parcela de até 25% (vinte e cinco por cento) dos quantitativos divisíveis deverão ser destinados exclusivamente a ME/EPP/COOP beneficiadas pela LC n. 123/2006. **Essas "cotas reservadas" deverão ser definidas em função de cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, em função do valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item** (art. 9º, inciso I do Decreto n. 8.538, de 2015). O Termo de Referência deverá identificar as cotas reservadas para ME/EPP, assim como os respectivos itens/grupos de origem, de onde foram desmembradas. A fixação das cotas reservadas poderá ser justificadamente excepcionada nas hipóteses do art. 10, incisos I, II e IV do Decreto nº 8.538, de 2015". Entretanto, o art. 8.º, § 5.º, do Decreto Federal n.º 8538/2015 estabelece que não se aplica o benefício das cotas "quando os itens ou os lotes de licitação possuírem valor estimado de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista a aplicação da licitação exclusiva prevista no art. 6º."

R$80.000,00. A segunda hipótese se aplica nas licitações para *aquisição de bens divisíveis* que ultrapassem o valor mencionado, nas quais o fracionamento do objeto não implique prejuízos à Administração (art. 49, III).

Isso significa que nas licitações de até R$80.000,00, independentemente da natureza do objeto, a lei autoriza que se reserve a licitação unicamente para ME's e EPP's, mas, quando o orçamento estimado ultrapassar esse valor e se tratar de bens divisíveis, deve-se separar, nas licitações de ampla participação, até 25% do quantitativo para disputa exclusiva entre tais empresas.

Significa dizer que, além da participação exclusivas nas licitações de valor igual ou inferior a RS 80.000,00 (salvo, como sempre, quando houver justificativa fundamentada em contrário), ME's e EPP's passaram a deter, a partir da entrada em vigor do inc. III do art. 48 da LC 123/2006, o direito a que lhes seja reservada uma cota de "até 25%" daquilo que, em princípio, estaria sujeito à ampla competição de todas as empresas[6].

No caso dos autos, estamos diante de objeto divisível. Portanto, a menos que reserva de cota não seja vantajosa economicamente ou implique prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, deverá a SESA atender ao disposto o art. 48, inc. III, da LC 123/2006.

Entretanto, ao ser analisado pela douta Chefia da PCA, a referida manifestação foi aprovada apenas em parte, o qual pede-se vênia para transcrever:

Despacho PGE/PCA nº 01280/2017

Aprovo em parte o R. Parecer PGE/PCA nº 00653/2017 juntado às fls. 122-124, elaborado pelo Ilustre Procurador do Estado Dr. Joemar Bruno F. Zagoto.
A ressalva se encontra na afirmação de que, com base no art. 48, III, da Lei Complementar Federal nº 123/2006, "a *Administração "deverá" estabelecer, "em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte." Isso significa que é um dever e não mais uma faculdade da Administração reservar, na aquisição de bens divisíveis (como seringas...), uma cota para ME e EPP que poderá ser de até 25% do objeto licitado.*"
Embora a leitura do dispositivo sem dúvida aponte nessa direção, uma compreensão sistemática logo mostra que não se faz possível concluir pela

[6] Há, portanto, a obrigação de a Administração reservar, nas licitações de ampla participação ou nos itens ou lotes de ampla participação (valor superior a R$ 80.000,00), uma cota de até 25% daquilo que, em tese, estaria aberto à ampla participação de quaisquer empresas, para as microempresas e empresas de pequeno porte.

incidência automática da disposição tão somente com base na "natureza divisível" dos bens a serem adquiridos.
Inicialmente, é preciso considerar que faticamente a situação da "cota de até 25%" é muito diferente da licitação exclusiva. Nessa situação, a demanda integral da administração está limitada a oitenta mil reais; naquela, a demanda será fracionada, o que gera consequências que precisam ser objeto de prévio estudo pela Administração.
Em primeiro lugar, embora quantitativamente divisíveis, com frequência os bens não são idênticos, havendo distinções na qualidade no uso, na compatibilidade entre si e com outros insumos. Por exemplo, a vedação do êmbulo de uma marca de seringa pode não ser perfeitamente apta para o corpo de outra marca; esta poderá possuir bico incompatível com as agulhas apropriadas àquela. O exemplo é hipotético mas adequado sobretudo à realidade das contratações da SESA, em que a sintonia fina entre os equipamentos médico-hospitalares é determinante.
Essas situações configuram *prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto* da contratação, exigindo o afastamento da "cota", em cumprimento da expressa disposição do art. 49, III, da LC 123/2006, *in verbis*:
"Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 deste Lei Complementar quando: [...]
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****;* [...]"
Em segundo lugar, a "cota de até 25%" também atrás dificuldades econômicas significativas, pois reduz a escala da contratação pretendida. Pode-se mesmo presumir - de forma relativa, claro - que a diminuição em 25% do quantitativo da licitação, para compor lote exclusivo, acarretará em redução da economia potencial do todo, o que também se enquadraria nessa regra excludente do art. 49, III.
Para compatibilizar essas disposições, seria preciso avaliar, no caso concreto, se a redução do quantitativo não acarreta perda da economia de escala. Além disso, existe problema ainda sem solução normativa de qual seria o contrato com prioridade na execução, o com melhor preço ou o da Micro/Pequena Empresa.
Essas questões apontam no sentido de que o benefício do art. 48, III, depende de normatização e padronização infralegais, ainda inexistentes, dos bens suscetíveis de atender o conjunto das disposições legais e aos princípios constitucionais da isonomia e eficiência.
Assim, recomendo à SESA a continuidade do Pregão nº 119/2017.
Por sua vez, recomendo a digitalização das fls. 81-119 destes autos para que possam instruir os estudos desta PGE, em conjunto com a D. SECONT, para efetivação do normativo tratado.
À SPGA.

Exposto os referidos posicionamentos desta Procuradoria Consultiva, e ante a relevância do tema em questão, mostra-se necessário que as dúvidas levantadas sejam sanadas de forma célere, para que seja dado prosseguimento ao Pregão nº 21/2017 o mais breve possível.

2.2. Da Resposta à Consulta realizada pela SESA.

Assim, ante a manifestação orientativa exarada pela douta Chefia desta PCA, podem ser dadas as seguintes respostas à consulta realizada pelo consulente.

2.2.1 - Questão 1)

Deve-se esclarecer que, na existência de lotes com valor superior a R$ 80.000,00, e lotes com valor inferior a R$ 80.000,00, deverá a licitação ser realizados de forma separada, em processos distintos, sendo que para a primeira situação deverá ser adotado a minuta de edital para Participação Ampla, e na segunda situação deverá ser adotada a minuta para participação exclusiva, garantindo que o referido benefício constitucional conferido às Micro e Pequenas Empresas não proporcione distorções no procedimento licitatório.

2.2.1 – Questão 2)

A resposta é sim, ou seja, quando todos os lotes a serem licitados forem inferiores a R$ 80.000,00, a minuta padrão a ser utilizada deverá ser a minuta "Participação Exclusiva para ME/EPP", mesmo que a soma total desses lotes ultrapasse tal valor.

2.2.1 – Questão 3)

Em que pese a questão da "cota de 25% para ME/EPP" ser um tanto tormentosa para a Administração, gerando diversas dúvidas acerca da sua operacionalização, extrai-se do Despacho PGE/PCA nº 01280/2017 as seguintes conclusões acerca da aplicação do referido benefício:

- **Primeiro:** Em que pese os referidos bens licitados serem quantitativamente divisíveis, com frequência os mesmos não são

idênticos, havendo distinções na qualidade, no uso, na compatibilidade entre si e com outros insumos, motivo pelo qual situações com essa tratada nos autos, configuram prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto da contratação, exigindo o afastamento da "cota", em cumprimento da expressa disposição do art. 49, III, da LC 123/2006;

- **Segundo:** Além disso, a "cota de até 25%" também traz dificuldades econômicas significativas, pois reduz a escala da contratação pretendida, uma vez que pode-se presumir - de forma relativa, claro - que a diminuição em 25% do quantitativo da licitação, para compor lote exclusivo, acarretará em redução da economia potencial do todo, o que também se enquadraria nessa regra excludente do art. 49, III.

Desta forma, recomenda-se ao consulente que no presente caso não se aplique o benefício da "cota de 25% para ME/EPP", enquanto a referida questão NÃO receber a competente normatização e padronização infralegal pela Administração Pública Estadual.

2.2.1 - Questão 4)

Neste ponto, recomenda-se que não se aplique o benefício da "cota de 25% para ME/EPP", enquanto a referida questão NÃO receber a competente normatização e padronização infralegal pela Administração Pública Estadual, nos termos do que foi exposto no item anterior.

3.CONCLUSÃO.

Ante ao que foi exposto, limitando-se aos aspectos jurídicos postos à análise desta consultoria, em resposta à consulta formulada pela SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE - SESA, em razão de recurso administrativo interposto pela pessoa

jurídica LEADER DISTRIBUIDORA DE MATERIAL HOSPITALAR ME, no curso do Pregão Eletrônico nº 021/2017, para o registro de preços de produtos hospitalares, responde-se o seguinte:

1) Que, quando houver lotes com valores superiores e inferiores a R$ 80.000,00, deverão ser licitados em procedimento distintos, utilizando-se para cada hipótese o tipo de minuta padronizada mais adequada;

2) Que, mesmo quando a soma dos lotes inferiores a R$ 80.000,00, ultrapassarem o montante total em questão, deverá se adotar a minuta padrão para participação exclusiva;

3) Que, enquanto o benefício da "cota de 25% para ME/EPP" não receber normatização e padronização infralegal pela Administração Pública Estadual, deverá a SESA deixar de aplicar o benefício em questão;

4) Que não se aplique o benefício da "cota de 25% para ME/EPP";

Assim, recomenda-se que a SESA prossiga o Pregão nº 021/2017 em questão o mais breve possivel.

É o que me parece, s.m.j.

Vitória, 08 de agosto de 2017

Arthur Moura de Souza
Procurador do Estado
OAB/ES Nº 20.168

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROCESSO: 76921600 RUBRICA: FOLHA: 002

Recebi e encaminho ao Procurador (a) Chefe da PCA/PGE.

Em, 10/08/17.

Kenner Carvalhinho Paiva
Assessor Técnico – PGE/PCA

Processo nº: 76951600

Despacho PGE/PCA nº 01416/2017

Aprovo em parte o R. Parecer PGE/PCA nº 00912/2017, juntado às folhas 983/991, elaborado pelo Ilustre Procuradora do Estado, Dr. Arthur Moura de Souza.

Importa consolidar as orientações desta Consultoria Administrativa sobre as questões postas:

A - Para fins de aplicação do disposto no artigo 48, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 123/2006 (realização de licitação exclusiva à participação de Micro Empresa, Empresa de Pequeno Porte e Micro empreendedor individual), o valor de R$ 80.000,00 refere-se ao valor de cada lote, separadamente, não ao valor da soma dos lotes do certame.

B Visando a celeridade e transparência do processo licitatório, com menores chances de incoerências e incompatibilidades, a mesma licitação não deve conter lotes exclusivos e não exclusivos às ME, EPP e MEI. Assim, recomenda-se separar as disputas em processos administrativos distintos, com os editais adequados a cada hipótese. Para definição da exclusividade da licitação às ME, EPP e MEI deverá ser considerado, ainda, o disposto no art. 49 da LC nº 123/2006.

C - Esta Consultoria Administrativa tem reconhecido a necessidade de regulamentação para a eficácia do artigo 48, inciso III, da Lei Complementar

Federal 123/2006 ("*cota de até 25%*" para participação exclusiva às ME, EPP e MEI em licitação para aquisição de bens de natureza divisível), considerando-se as recomendações ofertadas no DESPACHO PGE/PCA n° 01280/2017 (em anexo), referente ao processo administrativo n° 76461777. Assim, em regra, não deve ser aplicado o benefício da "*cota de até 25%*" enquanto inexistente regulamentação do artigo 48, inciso III, da LC nº 123/2006.

Considerando a relevância da matéria, e a fim de uniformizar a orientação jurídica no âmbito da Administração pública estadual, encaminho os autos à SPGA com sugestão de análise por amostragem, na forma do Enunciado nº 18 do CPGE/ES.

À SPGA.

Vitória, 18 de agosto de 2017.

LEANDRO MELLO FERREIRA
Procurador-Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa - PCA

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo nº: 76461777

Despacho PGE/PCA nº 01280/2017

Aprovo em parte o R. Parecer PGE/PCA nº 00653/2017 juntado às fls. 122-124, elaborado pelo Ilustre Procurador do Estado Dr. Joemar Bruno F. Zagoto.

A ressalva se encontra na afirmação de que, com base no art. 48, III, da Lei Complementar Federal nº 123/2006, "*a Administração "deverá" estabelecer, "em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. " Isso significa que é um dever e não mais uma faculdade da Administração reservar, na aquisição de bens divisíveis (como seringas...), uma cota para ME e EPP que poderá ser de até 25% do objeto licitado.*"

Embora a leitura do dispositivo sem dúvida aponte nessa direção, uma compreensão sistemática logo mostra que não se faz possível concluir pela incidência automática da disposição tão somente com base na "natureza divisível" dos bens a serem adquiridos.

Inicialmente, é preciso considerar que faticamente a situação da "cota de até 25%" é muito diferente da licitação exclusiva. Nessa situação, a demanda integral da administração está limitada a oitenta mil reais; naquela, a demanda será fracionada, o que gera consequências que precisam ser objeto de prévio estudo pela Administração.

Em primeiro lugar, embora quantitativamente divisíveis, com frequência os bens não são idênticos, havendo distinções na qualidade, no uso, na compatibilidade entre si e com outros insumos. Por exemplo, a vedação do êmbulo de uma marca de seringa pode não ser perfeitamente apta para o corpo de outra marca; esta poderá possuir bico incompatível com as agulhas apropriadas àquela. O exemplo é hipotético mas adequado sobretudo à realidade das contratações da SESA, em que a sintonia fina entre os equipamentos médico-hospitalares é determinante.

Essas situações configuram *prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto* da contratação, exigindo o afastamento da "cota", em cumprimento da expressa disposição do art. 49, III, da LC 123/2006, *in verbis*:

> *"Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:* [...]
>
> *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;*** [...]"

Em segundo lugar, a "cota de até 25%" também atrás dificuldades econômicas significativas, pois reduz a escala da contratação pretendida. Pode-se mesmo presumir - de forma relativa, claro - que a diminuição em 25% do quantitativo da licitação, para compor lote exclusivo, acarretará em redução da economia potencial do todo, o que também se enquadraria nessa regra excludente do art. 49, III.

Para compatibilizar essas disposições, seria preciso avaliar, no caso concreto, se a redução do quantitativo não acarreta perda da economia de escala. Além disso,

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

existe problema ainda sem solução normativa de qual seria o contrato com prioridade na execução, o com melhor preço ou o da Micro/Pequena Empresa.

Essas questões apontam no sentido de que o benefício do art. 48, III, depende de normatização e padronização infralegais, ainda inexistentes, dos bens suscetíveis de atender o conjunto das disposições legais e aos princípios constitucionais da isonomia e eficiência.

Assim, recomendo à SESA a continuidade do Pregão nº 119/2017.

Por sua vez, recomendo a digitalização das fls. 81-119 destes autos para que possam instruir os estudos desta PGE, em conjunto com a D. SECONT, para efetivação do normativo tratado.

À SPGA.

Vitória, 03 de agosto de 2017.

LEANDRO MELLO FERREIRA
Procurador-Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa - PCA

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROCESSO: 1601600 RUBRICA: FOLHA: 210

De ordem,

Encaminha-se a (o) SPCA.

Em, 25 / 08 / 2017.

Kenner Carvalhinho Paiva
Assessor Técnico – PGE/PCA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
GABINETE
Recebido em: 25/08/17 às 15:50
De ordem,
Encaminhe-se o(a) SPCA
Em 25/08/17

997
76951600

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Processo N.º: 76951600
Interessado: SESA
Assunto: Questionamentos quanto às regras aplicáveis às licitações nas quais participem ME e EPP. Parecer paradigma.

À SESA,

No exercício da competência delegada por intermédio da Portaria PGE n.º 056-S/2003, **acolho** o Despacho PGE/PCA nº 01416/2017, de fl. 993 e verso, da lavra do Ilustre Procurador-Chefe da Procuradoria de Consultoria Administrativa - PCA, **Dr. Leandro Mello Ferreira,** que **aprovou em parte** o r. Parecer PGE/PCA nº 00912/2017, fls. 983/991, de autoria do Ilustre Procurador do Estado **Dr. Arthur Moura de Souza.**

Quanto à sugestão do ilustre Procurador-Chefe da PCA para aplicação da análise por amostragem aos presentes autos, deixo de acolhe-la, com a devida *venia*, uma vez que não vislumbro a presença dos requisitos necessários para a aplicação do Enunciado CPGE nº 18 na espécie.

Entretanto, considerando a relevância da matéria e a fim de uniformizar a orientação jurídica no âmbito da Administração Pública estadual, informo que o apoio administrativo deste Gabinete providenciou, nesta data, ofício à SEGER para ciência e divulgação das manifestações desta Procuradoria junto aos órgãos da Administração Pública Estadual, a fim de que as manifestações deste tema proferida neste autos sejam adotadas como parecer paradigma para os casos análogos que venham a ser questionados.

Vitória, 28 de agosto de 2017.

JULIANA PAIVA FARIA FALEIRO
Subprocuradora-Geral do Estado para Assuntos Administrativos

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 Barro Vermelho Vitória ES Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 Fax: 27-3636-5056 e-mail: pge@pge.es.gov.br Website:http://www.pge.es.gov.br
2017.02.001032

76951600

Gabinete / P.G.E.
Encaminhe-se a(o)
Em: 28/08/17

GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
SECRETARIA DE ESTADO DE GESTÃO E RECURSOS HUMANOS

PROCESSO: _____ RUBRICA: _____ FOLHA _____

De ordem:
À SUBAD;
Para conhecimento, análise e providências.
Em 30/08/17
Gabriela G. Pereira

RECEBEMOS
Em 31 de 08 de 17
SUBAD / SEGER

À GELIC,
Para ciência e divulgação no Portal de Compras.
Em 04/09/2017.

Aline Mara Guimarães Muniz
Analista do Executivo
Nº Funcional: 351549
SEGER/SUBAD