



Estado de Goiás
Procuradoria-Geral do Estado
Assessoria do Gabinete

PGE-GO/ASSESSORIA
Fls. 22
8

Processo nº 201100016002848
Nome: ADVOCACIA SETORIAL
Assunto: PARECER

009306

DESPACHO "AG" Nº...../2011. Deixo de adotar o Parecer nº. 348/2011, da Advocacia Setorial na Secretaria de Estado de Segurança Pública e Justiça, pelas razões a seguir delineadas.

Tratam os presentes autos de análise da legalidade do Decreto Estadual nº 7.466/11, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações de bens, prestação de serviços e execução de obras no âmbito da Administração Pública Estadual Direta e Indireta.

Além das vantagens concedidas pela Lei Complementar nº 123/06 às ME/EPP, no tocante ao direito de preferência em caso de empate e à possibilidade de saneamento de falhas referentes às irregularidades fiscais, foi conferido pelo art. 47 um poder regulamentar adicional ao Poder Público, através da previsão de licitações diferenciadas. Para tanto, seria fundamental a edição de legislação própria por parte cada um dos entes.



Estado de Goiás
Procuradoria-Geral do Estado
Assessoria do Gabinete

PGE-GO/PROSET
Fls. 23
8

Entrementes, a doutrina em muito diverge sobre qual ato normativo seria esse, sustentando alguns, como o Professor Carlos Pinto Coelho Motta, que bastaria um decreto para viabilizar tal sistemática, enquanto Marçal Justen Filho ampara a necessidade de lei específica. Desta feita, considerando que a temática ainda padece de uniformização, e tendo em vista que o art. 47 da LC nº 123/06 explicitou, de maneira clara, que as licitações diferenciadas deveriam ser previstas e regulamentadas na "legislação" do respectivo ente, deve-se interpretar tal expressão em sentido amplo, compreendendo assim, os Decretos regulamentares, o que acaba por afastar a alegação de invasão de competência legislativa.

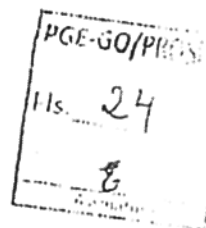
Foram previstas pela LC nº 123/06, e reproduzidas pelo Decreto Estadual nº 7.466/11, três categorias de licitações diferenciadas. A primeira consiste na licitação destinada à participação exclusiva de ME ou EPP, quando o objeto apresentar valor de até R\$ 80.000,00. A segunda envolve o fracionamento do objeto da licitação, assegurando-se que uma parcela do objeto seja disputada exclusivamente por ME ou EPP. A terceira refere-se à subcontratação compulsória de parte do objeto licitado, de modo que os licitantes sejam constrangidos a recorrer a ME ou EPP para executar parte da prestação objeto do contrato.

Já o artigo 49 da LC 123/06 versa sobre as limitações à prática do tratamento diferenciado em favor das pequenas empresas. Primeira limitação: previsão no instrumento convocatório; Segunda limitação: número mínimo de fornecedores. Terceira limitação: vantajosidade para a Administração Pública. Quarta limitação: as hipóteses de contratação direta.

Traduz-se desse modo que, ainda que o Decreto Estadual nº 7.466/11 preveja tanto a faculdade (art.5º), como a obrigatoriedade (art. 6º e 7º) da adoção de licitação diferenciada, caberá à Administração Pública, preliminarmente, identificar a existência ou não dos efeitos negativos desta adoção, exercitando um juízo similar ao previsto no art. 23, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666. Tratar-se-á de formular uma previsão sobre os efeitos de escala econômica, para apurar se a licitação diferenciada redundará em elevação de custos, de forma que, se a contratação for desvantajosa ou prejudicial, não deve ser realizada.



Estado de Goiás
Procuradoria-Geral do Estado
Assessoria do Gabinete



Revela-se, portanto, imprescindível analisar a compatibilidade dos meios e fins, de forma que ausente estes, configurar-se-á a inconstitucionalidade da restrição, por ofensa ao princípio da proporcionalidade. Segundo Marçal Justen Filho: *"Somente haverá validade na regulamentação da hipótese se for possível evidenciar que a solução prevista for apta a respeitar a dupla instrumentalização referida, de modo a que o meio (preferência em favor de pequenas empresas) seja adequado e proporcionado à realização dos fins indicados no art.47."*

Desta feita, tanto nas hipóteses do art. 5º, 6º e 7º do Decreto Estadual nº 7.466/11, será preciso evidenciar a necessidade e a adequação da restrição, sendo mister que se observe também o artigo 49 da Lei, o qual prescreve que não se aplicará as licitações diferenciadas quando não houver previsão no instrumento convocatório, número mínimo de fornecedores, vantajosidade na contratação e hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação. Portanto, conclui-se que nem sempre a regra das licitações exclusivas para pequenas empresas será aplicada, ainda que o Decreto Estadual preveja obrigatoriedade de sua aplicação, como o fez na hipótese do art. 6º.

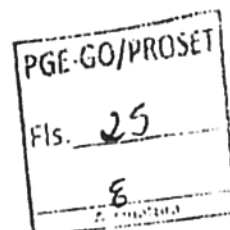
Portanto, embora o art. 8º do Decreto Estadual nº 7.466/11 não tenha previsto a inaplicabilidade do art. 6º (subcontratação obrigatória de ME/EPP) nos casos ali prescritos, incide-se o preconizado no art. 49 da LC nº 123/06, tendo em vista tratar-se de lei nacional, que deve ser observada por todos os entes federativos.

De todo exposto, conclui-se que, sempre que o tratamento diferenciado e simplificado conferido às micro e pequenas empresas representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, de forma a restar configurada a desvantajosidade da contratação para a Administração Pública, não deve-se adotar a licitação diferenciada, em qualquer de suas hipóteses, ainda que o Decreto Estadual faça referência à obrigatoriedade de sua adoção.

Destarte, deixo de acatar a conclusão alcançada pelo Parecer nº 348/2011, por não considerar ilegal o Decreto Estadual nº 7.466/2011.



Estado de Goiás
Procuradoria-Geral do Estado
Assessoria do Gabinete



Recomendo, ao final, que seja dada ciência do teor deste Despacho aos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta do Estado, por meio de ofício-circular.

Restituam-se os autos à Secretaria de Estado de Segurança Pública e Justiça.

Gabinete do Procurador-Geral do Estado, em Goiânia, 23 de dezembro de 2011.

Ronald Christian Alves Bicca

Procurador-Geral do Estado