

Parecer da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda

PROCESSO: 94113-1310685/2015

PARECER Nº 385/2015

INTERESSADO: UNIDADE DE COORDENAÇÃO DE PROGRAMA - UCP

ASSUNTO: SUPRIMENTOS – PROCESSO DE AQUISIÇÃO MATERIAL PERMANENTE – 04.01.04.03

EMENTA: LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE AMPLIFICADORES PARA ADEQUAÇÃO DAS SALAS DE TREINAMENTO DA FAZESP. VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO INFERIOR A R\$ 80.000,00. TRATAMENTO DIFERENCIADO A MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 147/2014. LEI ESTADUAL 13.122/08 E DECRETO 54.229/2009. ORIENTAÇÃO DA SUBPROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA ÁREA DA CONSULTORIA GERAL. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE EXCLUDENTE DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO EXCLUSIVA. RECOMENDAÇÕES.

Senhora Doutora Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica,

1. Tratam os autos de processo originado na Unidade de Coordenação de Programa - UCP visando à aquisição de amplificadores para adequação das salas de treinamento da FAZESP no edifício-sede e nas Unidades Regionais, que deverá observar o procedimento licitatório do Pregão Eletrônico, com fundamento na Lei federal nº 10.520/2002 e no Decreto estadual nº 49.722/2005.
2. Publicado o Edital em 31 de março de 2015 (fl. 81) e aberto o prazo para envio da proposta eletrônica em 1º de abril de 2015 (fls. 63-80), a empresa LAFORMA COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA. apresentou IMPUGNAÇÃO ao Edital *“para que seja alterado em benefício às micro e pequenas empresas”*, com fundamento no artigo 48 da Lei Complementar federal nº 147/2014, visto o Edital não ter restringido o certame à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte.

3. O valor estimado do bem a ser contratado, conforme pesquisa de mercado, é R\$19.235,67 (fl. 09).
4. O Departamento de Suprimentos e Infraestrutura – DSI, mediante Despacho nº 459/15 – DSI-G (fl. 85), encaminha os autos a esta Consultoria Jurídica solicitando orientações quanto à condução do pregão e em relação ao deferimento ou indeferimento da impugnação, bem como orientação de procedimento em relação a futuros certames.

É o relato do essencial. Opino.

5. A Lei Complementar federal n.º 147, de 07 de Agosto de 2014, tornou obrigatória a realização de 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).
6. No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei estadual n.º 13.122, de 7 de julho de 2008, ao dispor sobre o tratamento simplificado e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações levadas a cabo pela Administração Pública paulista, em seu artigo 2º, inciso I, já dispõe a respeito da referida obrigação, da seguinte forma:

“Artigo 2º - Para o cumprimento do disposto no artigo 1º desta lei, a Administração Pública deverá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e de empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

(...)”

7. O Decreto estadual n.º 54.229, de 13 de abril de 2009, dispõe em seu artigo 3º que:

“Artigo 3º - A adoção do tratamento simplificado e diferenciado de que trata este decreto em cada contratação, dependerá da ocorrência cumulada dos seguintes fatos:

I - a existência de no mínimo três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - for vantajosa para a administração e não representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado ou à preservação da economia de escala;

III - a soma dos valores licitados nos termos do disposto no artigo 2º não ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

Parágrafo único - A adoção ou não do tratamento referido no “caput” deste artigo deverá ser definida em despacho fundamentado da autoridade competente no ato de abertura do procedimento licitatório.”

8. Considerando essas premissas, a Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral encaminhou aos diversos órgãos de execução a ela submetidos orientações a respeito da aplicabilidade dos artigos 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/2006, recentemente alterados pela Lei Complementar nº 147/2014, conforme mensagem eletrônica ora juntada em anexo (fls. 86-91).
9. Dentre outras, ficou consignado que *“no Estado de São Paulo existe lei em sentido estrito e regulamento já conferindo tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPPs, os artigos 48 e 49, da LC 123/2006 recentemente alterados pela LC 147/2014, não são aqui aplicáveis”*.
10. Na mesma oportunidade, a Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral fixou o entendimento de que *“eventuais orientações das minutas-padrão elaboradas pela PGE, bem como do sistema BEC, serão objeto de análise e divulgação oportuna”*, com exceção da alteração do prazo para a regularização da situação fiscal, que seria aplicável imediatamente.
11. Fixadas as balizadas de análise jurídica, quer parecer que, no limite e ao menos, desde 13 de abril de 2009, quando houve a regulamentação da Lei estadual nº 13.122/2008 pelo Decreto estadual nº 54.229, haveria a obrigatoriedade de contratação se fossem atendidas as disposições e as medidas de natureza orçamentária aduzidas na orientação eletrônica ora juntada.
12. Desse modo, haveria, no âmbito do Estado de São Paulo, legislação local mais benéfica às microempresas e empresas de pequeno porte de tal sorte a restar afastada a aplicação dos artigos 48 e 49 da Lei Complementar federal nº 123/2006, com redação modificada pela Lei Complementar federal nº 147/2014, inclusive a teor do parágrafo único do artigo 47¹ da citada lei complementar.
13. Assim sendo, nas licitações cujo valor estimado da contratação seja inferior a R\$ 80.000,00 deve ser aplicado o tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte previsto na Lei estadual nº 13.122/2008 e Decreto estadual nº 54.229/2009. A área responsável

1 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.

deve, portanto, inicialmente avaliar se a realização de licitação exclusiva para essas microempresas e empresas de pequeno porte se enquadraria em alguma das hipóteses excludentes dessa obrigatoriedade previstas no art. 3º do referido Decreto (que reproduz o art. 2º, §1º e art. 3º da Lei estadual nº 13.122/2008).

14. Cabe aqui uma observação. Ainda que o art. 3º, §1º da Lei estadual permita não realizar licitação exclusiva quando “*os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório*”, me parece que essa hipótese específica estaria afastada pela previsão de caráter geral da Lei Complementar nº 123/06, na redação alterada pela Lei Complementar nº 147/14, quanto à obrigatoriedade de se conferir tratamento diferenciado a essas empresas.
15. Aplicar-se-ia, ao presente caso, portanto, as disposições da legislação estadual suprarreferidas, de forma a ser obrigatória a adoção da licitação destinada exclusivamente a microempresas e empresas de pequeno porte, exceto se configurada alguma situação excludente desta obrigação prevista no art. 3º do Decreto estadual nº 54.229/09 (supratranscrito).
16. Conforme informações obtidas verbalmente junto ao DSI-G, a aquisição que aqui se pretende realizar não se enquadra em nenhuma hipótese excludente prevista no art. 3º do referido Decreto. Em assim sendo, e não sendo possível se valer do quanto previsto no art. 3º, inc. I, da Lei nº 13.122/08, entendo que o presente certame deva ser anulado, com a elaboração de novo edital prevenindo que a licitação em questão será destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte.
17. Caso o procedimento licitatório destinado exclusivamente a essas empresas resultar infrutífero – seja por deserto² ou fracassado³, poderá⁴ a Administração realizar novo certame, com idêntico objeto, para ampla concorrência (ou seja, ficando dispensada da realização de nova licitação destinada exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte). Caso essa segunda licitação se mostre deserta ou fracassada, poderá então a Administração, caso configurados os demais requisitos legais, contratar diretamente nos termos do art. 24, incs. V e VII da Lei nº 8.666/93.

2 Licitação em que não há interessados em dela participar.

3 Licitação em que todos os licitantes e suas propostas não atendem aos requisitos constantes do edital (todos os licitantes são inabilitados e/ou todas as propostas são desclassificadas).

4 Trata-se de decisão discricionária; caso preferir, a Administração poderá realizar nova licitação destinada exclusiva.

18. Acrescento que, em virtude do art. 34 da Lei federal nº 11.488/2007, o tratamento diferenciado previsto para as microempresas e empresas de pequeno porte é extensivo à cooperativa que preencha as condições estabelecidas no referido artigo:

“Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar.”

19. Por fim, me parece salutar sejam as conclusões aqui ofertadas levadas ao crivo da Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria Geral, visto se tratar de tema que supera o âmbito de atuação desta Consultoria Jurídica e que demanda tratamento uniforme por parte da Procuradoria Geral do Estado.

É o parecer que submeto à apreciação de V.Sa.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

DÂNAE DAL BIANCO
Procuradora do Estado

*Mensagem eletrônica de 07/10/2014 - Orientações referentes
à Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006,
por conta das alterações advindas da
Lei Complementar federal nº 147, de 07 de agosto de 2014:*

MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006, ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 147, DE 07 DE AGOSTO DE 2014. LEI ESTADUAL Nº 13.122, DE 07 DE JULHO DE 2008 E DECRETO ESTADUAL N. 54.229, DE 13 DE ABRIL DE 2009.

1. No Estado de São Paulo, após a edição da Lei Complementar federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, foi editada a Lei nº 13.122, de 7 de julho de 2008, que dispõe sobre o tratamento simplificado e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, nas contratações realizadas no âmbito da Administração Pública direta e indireta.
2. Este diploma estadual **já estabeleceu** a obrigatoriedade de realização de licitações destinadas à participação exclusiva de microempresas e EPPs para contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00; a exigência de subcontratação de ME e EPPs, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda 30% do total licitado; e o estabelecimento de cota de até 25% do objeto para contratação de ME e EPPs em certames para aquisição de bens e serviços de natureza divisível (artigo 2º, incisos I, II e III, respectivamente).
3. A lei estadual em questão foi submetida à análise da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, que resultou na parcial aprovação do Parecer CJ/SF nº 1017/2008 (a parte não aprovada refere-se à autoaplicabilidade do artigo 7º, da Lei estadual nº 13.122/2008, que alude à comprovação de regularidade fiscal de ME e EPPs, na oportunidade não questionada) que, em linhas gerais, concluiu no sentido da necessidade de edição de regulamentação para aplicação daquela lei.
4. Essa regulamentação sobreveio com a edição do Decreto estadual nº 54.229, de 13 de abril de 2009, que, considerando o teor do artigo 2º, § 2º da Lei nº 13.122/2008 (que repetiu a redação do artigo 48, § 1º, da Lei Complementar federal nº 123/2008, posteriormente revogado pela Lei Complementar federal nº 147/2014, com o seguinte teor: *“a soma dos valores licitados em conformidade com este artigo não poderá exceder a 25% [vinte e cinco por cento] do*

- total licitado em cada ano civil*”), determinou a elaboração (e ampla divulgação) do **Plano de Contratações Públicas do Estado de São Paulo**, que deveria conter, entre outros elementos, as diretrizes para a adoção do tratamento simplificado e diferenciado previsto no Decreto (artigo 6º, caput).
5. O mesmo edito, em Disposição Transitória, estabeleceu que, enquanto não elaborada a regulamentação própria do Plano Anual, fossem observados os parâmetros fixados no artigo único.
 6. Em 02 de março de 2012, sobreveio o Decreto estadual nº 57.829, que atribuiu ao Comitê de Qualidade da Gestão Pública o acompanhamento do cumprimento do objetivo fixado no Programa de Melhoria de Gasto Público-Desperdício Zero no que se refere à implantação do Plano Anual de Contratações Públicas (artigo 1º, inciso III c/c artigo 7º).
 7. Diante da regulamentação acima descrita, restou superada a orientação traçada quando da parcial aprovação do Parecer CJ/SF nº 1017/2008.
 8. Com a edição da Lei Complementar federal nº 147, de 07 de agosto de 2014, que alterou a redação da Lei Complementar federal nº 123/2006, **surgiram dúvidas quanto à sua aplicabilidade no âmbito do Estado de São Paulo, na medida em que substituiu a “faculdade” pela “obrigatoriedade” de atribuição de tratamento diferenciado às ME e EPPs nas licitações e contratações públicas** (artigos 47, 48 e 49, da LC 123/2006, com redação alterada pela LC 147/2014).
 9. A despeito da LC 123/2006 traçar “normas gerais” na matéria, o parágrafo único do seu artigo 47 delimitou a aplicação da legislação federal exclusivamente aos casos em que ausente lei estadual, municipal ou regulamento “*mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte*”. Dessa forma, e considerando que no Estado de São Paulo existe lei em sentido estrito e regulamento já conferindo tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPPs, os artigos 48 e 49, da LC 123/2006, recentemente alterados pela LC 147/2014, não são aqui aplicáveis.
 10. Contudo, a efetividade das normas estaduais depende do cumprimento do artigo 6º, do Decreto estadual nº 54.229/2009 e de sua disposição transitória: “*Artigo único - Até que seja elaborada a regulamentação de que trata o § 1º do artigo 6º, o Plano Anual de Contratações Públicas terá como parâmetro: I - para a Administração Direta, Autarquias, Fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as sociedades de economia mista dependentes, assim definidas nos termos do artigo 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a dotação disponível consignada para contratações na Lei Orçamentária Anual; II - para as sociedades de economia*

mista, não dependentes, os recursos previstos para contratação consignados no orçamento empresarial, que deverá ser divulgado no Diário Oficial do Estado e Internet”.

11. Nesse sentido, cada Unidade Orçamentária deve observar o Plano Anual de Contratações Públicas ou, na sua ausência, tomar como parâmetro a sua dotação disponível consignada para contratações na Lei Orçamentária Anual, a fim de dar cumprimento ao disposto na Lei estadual nº 13.122/2008, observado o limite fixado no seu artigo 2º, §1º, repetido no artigo 2º, § 2º do Decreto nº 54.229/2009.
12. Com relação às Unidades que deixaram de estabelecer o tratamento diferenciado em suas contratações, impõe-se que, a partir do conhecimento da dotação disponível para o exercício orçamentário seguinte, caso inexistente Plano de Contratações Públicas a que se refere o artigo 6º do Decreto estadual nº 54.229/2009, adotem providências para o cumprimento do artigo único da Disposição Transitória do mencionado edito, ou seja, deverão observar os ditames do artigo 2º, da Lei 13.122/2008 c/c artigo 3º, do Decreto nº 54.229/2009 **ou** justificar a não adoção do tratamento diferenciado para ME e EPPs, na hipótese do caso concreto enquadrar-se no disposto no artigo 2º, § 1º (conforme o Plano de Contratações previamente definido por cada Unidade Orçamentária) ou no artigo 3º, ambos da Lei nº 13.122/2008.
13. **Eventuais alterações das minutas-padrão elaboradas pela PGE, bem como do sistema BEC, serão objeto de análise e divulgação oportuna, cabendo aqui salientar, entretanto, que a alteração do prazo para regularização da situação fiscal** (art. 43, § 1º, da LC 123/2006, com a redação alterada pela LC 127/2014), **é aplicável desde já** e deve, doravante, ser objeto de consideração nos pareceres jurídicos.
14. Solicito que a orientação ora veiculada seja divulgada a todos(as) os Procuradores(as) desse órgão consultivo.

07 de outubro de 2014.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
da Área da Consultoria Geral

PROCESSO Nº 94113-1310685/2015

PARECER Nº 385/2015

1. Aprovo o Parecer CJ/SF nº 385/2015¹
2. Abra-se expediente próprio, instruindo-o com cópia do presente, bem como de fls. 3-9 e 63-91 dos presentes autos, e encaminhe-o à apreciação da Subprocuradoria Geral do Estado – Área da Consultoria Geral, com vistas a identificar se as conclusões aqui alcançadas encontram-se em consentânea com a orientação de fls. 86-91.
3. Restitua-se a DSI para as providências decorrentes.

São Paulo, 14 de abril de 2015.

JUSTINE ESMERALDA RULLI

Procuradora do Estado
Chefe Substituta da CJ/SF

1 Este expediente recebeu os seguintes enquadramentos, conforme as escalas de classificação divulgadas no site da Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda: **Primeira Categoria** pela qualidade da instrução, clareza na formulação da dúvida jurídica e antecedência do encaminhamento; e **Alta Complexidade** pela extensão do trabalho realizado e o tempo despendido com o exame do assunto, incluindo a emissão de parecer ou manifestação.

PROCESSO: 12092-312546/2015

INTERESSADO: UNIDADE DE COORDENAÇÃO DE PROGRAMA – UCP

ASSUNTO: SUPRIMENTOS – PROCESSO DE AQUISIÇÃO DE MATERIAL PERMANENTE – 04.01.04.03. AQUISIÇÃO DE AMPLIFICADORES PARA ADEQUAÇÃO DAS SALAS DE TREINAMENTO DA FAZESP

Com a edição da Lei Complementar federal nº. 147, de 07/08/2014, que alterou a redação da Lei Complementar federal nº 123/2006, esta Subprocuradoria, por meio de mensagem eletrônica encaminhada às Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado e Autarquias (cópia juntada às fls. 86/91), fixou entendimento jurídico segundo o qual os artigos 48 e 49 da LC 123/2006, recentemente alterados pela LC 147/2014, não são aplicáveis no Estado de São Paulo, considerando que existe, neste âmbito, lei em sentido estrito e regulamento já conferindo tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPPs nas licitações e contratações públicas.

Na mesma oportunidade, traçou-se orientação jurídica quanto à aplicabilidade da Lei estadual nº 13.122, de 7/07/2008, que dispõe sobre tratamento simplificado e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, nas contratações realizadas no âmbito da Administração Pública estadual direta e indireta, inclusive à luz do Decreto estadual nº 54.299, de 13/04/2009, que a regulamentou.

No âmbito da Secretaria da Fazenda, em procedimento licitatório, na modalidade pregão eletrônico, para aquisição de amplificadores cujo valor estimado da contratação é inferior a R\$80.000,00, foi apresentada impugnação ao edital, com fundamento no artigo 48 da LC federal nº 147/2014, porquanto o ato convocatório não restringiu o certame à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte.

Consultado o órgão jurídico que serve a Pasta, foi proferido o Parecer CJ-SF nº 385/2015 (fls. 92/94), que contou com a aquiescência da Chefia da Unidade (fl. 94).

Coloco-me de acordo com as conclusões alcançadas na referida peça opinativa, que estão em linha com a manifestação desta Subprocuradoria, juntada por cópia às fls. 86/91¹.

Com essas considerações, restitua-se o presente à Secretaria da Fazenda, por intermédio da Consultoria Jurídica que serve a Pasta.

Subg. Consultoria, em 30 de abril de 2015.

ADALBERTO ROBERT ALVES
SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO
DA ÁREA DA CONSULTORIA GERAL

1 NE: Trata-se da mensagem constante de fls. 38/40.