

Secretaria de Assessoramento Jurídico

Proad nº 4117/2020

Pregão Eletrônico nº 019/2020

Objeto: contratação de empresa especializada para prestação de serviço de coleta e transporte externo dos resíduos gerados nas atividades da Coordenadoria de Saúde do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, com vistas a destinação e disposição final ambientalmente adequada, conforme legislação vigente.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATOS. PREGÃO ELETRÔNICO. IMPUGNAÇÃO DO EDITAL. LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPROCEDENTE. EDITAL REGULAR.

Vêm os autos a esta Secretaria de Assessoramento Jurídico para análise e manifestação acerca da impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020 (doc.25), apresentada pela empresa (XXX) , doravante denominada Impugnante (doc.27).

Trata-se de processo administrativo licitatório para contratação de serviço de coleta e transporte externo dos resíduos gerados nas atividades da Coordenadoria de Saúde do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, com vistas a destinação e disposição final ambientalmente adequada, conforme legislação vigente.

Conforme consta do Aviso de Licitação publicado no Diário Oficial da União (doc. 26), a abertura do Pregão Eletrônico ocorrerá em 17 de setembro de 2020, o que demonstra a tempestividade da impugnação em exame, na medida em que apresentada no dia 11/09/2020, portanto com antecedência mínima de três dias úteis da referida data, em observância ao item 3.3 do Edital.

A unidade demandante manifestou-se acerca dos argumentos técnicos invocados pela Impugnante (doc.28).

É o breve relatório.

A Licitante, por meio do doc. 27, impugna as regras editalícias concernentes à restrição de participação às microempresas e empresas de pequeno porte. Alega que diante da complexidade do objeto a ser licitado, é imprescindível que o edital permita a participação

de empresas Ltda, não sendo concedido tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, nos termos dos artigos 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/2006, sob o argumento de que estão presentes, também, as situações previstas nos incisos II e III do art. 49 do mesmo diploma legal

Inconforma-se, ainda, com o disposto no item 12.7 do edital, requerendo que seja disciplinada a possibilidade de as licitantes apresentarem documentos de habilitação técnico-operacional da sua matriz e filial, tendo em vista tratar-se de mesma empresa. Defende que “a empresa licitante que pretender se credenciar no certame com a qualificação da sua matriz, efetuando a juntada dos respectivos documentos previstos no edital de convocação e legislação específica que comprovem a sua aptidão jurídica, técnica e econômica para desempenhar o objeto da presente licitação, poderá utilizar as suas varadas unidades de operação para executar o objeto licitado”.

Por fim, assevera que o instrumento convocatório possui cláusulas limitativas de concorrência, prejudicando o procedimento licitatório e a própria Administração Pública, em desacordo com a Instrução Normativa nº 10/2010.

Passa-se à análise.

Da exclusividade de participação para as microempresas e empresas de pequeno porte

A questão diz respeito a aplicação de dispositivos legais da Lei Complementar Nacional nº 123/2006 (Estatuto Geral das Micro e Pequenas Empresa – MPE), acrescidos ou alterados pela Lei Complementar Nacional nº 147/2014, que institui normas gerais para dar efetividade ao tratamento simplificado e favorecido às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP).

Sobre a matéria, assim prevê a Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

(...)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Por sua vez, o art. 5º da Lei nº 8.666/93 assevera que “as normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei”.

A partir da entrada em vigor das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/14 na Lei Complementar nº 123/06, tornou-se obrigatória para a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, 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 (art. 48, inc. I).

Assim dispõe a LC 123/2006:

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

(...)

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

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 reais);

(...)

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

I - (Revogado)

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Verifica-se, pois, que a LC nº 147/2014 alterou o inciso I do art. 48 da LC 123/2006 tornando obrigatória a contratação exclusiva de MPE quando o valor do item licitado for igual ou abaixo de R\$ 80.000,00.

Tal obrigação somente poderá ser afastada se comprovada a ocorrência de alguma das situações elencadas nos incisos do art. 49 da LC 123/2006, o que não é o caso dos autos.

Ao contrário do que alega a Impugnante, não estão presentes as situações previstas nos incisos II e III do art. 49 do mesmo diploma legal. Pelo contrário, foram juntados aos autos orçamentos de três empresas (doc.07/09), não estando evidenciado qualquer prejuízo para a Administração Pública em limitar a participação às microempresas e empresas de pequeno porte.

Por tais razões, concluímos pela aprovação do edital e seus anexos, no particular.

Do Item 12.7 do Edital – Da matriz e Filial

Ao tratar das condições de habilitação, assim previu o Edital:

12.7 Os documentos de habilitação deverão ser emitidos em nome do licitante, constando preferencialmente o número do CNPJ e o respectivo endereço, observando-se também:

a) No caso da participação ser da matriz, os documentos deverão ser em seu nome apresentados; no caso de o licitante ser filial, os documentos deverão estar em nome da filial.

b) Dispensar-se-ão, no caso de filial, aqueles documentos que pela própria natureza, comprovadamente, somente forem emitidos em nome da matriz.

Da leitura da impugnação, verifica-se que a Impugnante confunde as condições de habilitação com as de qualificação técnica.

A Lei nº 8.666/93 ao estabelecer as exigências de habilitação, elencou o rol de documentos necessários à contratação com o Poder Público: habilitação jurídica (art. 28), regularidade fiscal (art. 29), qualificação técnica (art. 30), qualificação econômico-financeira (art. 31) e regularidade trabalhista (art. 27, V).

É certo que tratando-se da mesma pessoa jurídica, é possível que a matriz concorra na licitação e a filial execute o contrato, ou vice-versa.

Contudo, considerando que empresas matriz e filial possuem autonomia, são emitidas certidões de regularidade distintas. Deste modo, os documentos de habilitação jurídica, regularidade fiscal e qualificação econômico-financeira guardam relação com o local da sede ou do domicílio fiscal, razão pela qual necessitam possuir o mesmo CNPJ.

Situação diversa se dá com os documentos de qualificação técnica, notadamente os Atestados de Capacitação Técnica, que estão diretamente ligados ao organismo da empresa, incluindo matriz e filiais, sendo irrelevante o CNPJ.

No caso das condições de habilitação, a exigência de que o CNPJ seja o mesmo para todos os documentos tem por fim evitar que a licitante com débito na fazenda venha apresentar apenas os documentos que possuem regularidade.

Este é o entendimento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão citado pela própria Impugnante (Processo nº TC 022.343/2008-6 – Acórdão nº 3056/2008 – TCU - Plenário):

14. Acrescente-se que, **se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.**

15. Destaca-se, ainda, que há certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.

[...]

20. Pelo exposto, tanto a matriz, quanto a filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a fim de verificar o cumprimento dos requisitos de habilitação.

(grifo nosso)

Portanto, no encaminhamento da documentação de habilitação a licitante deverá observar o seguinte: a) se a licitante for a matriz, todos os documentos devem estar em nome da matriz; b) se a licitante for filial, todos os documentos devem estar em nome da filial, exceto aqueles para os quais a legislação permita ou exija a emissão apenas em nome da Matriz.

Correto, portanto, o edital.

Do suposto descumprimento da Instrução Normativa nº 10/2010

A Impugnante alega que o Edital impugnado tem como um de seus fundamentos legais a Instrução Normativa nº 10 de 19 de janeiro de 2010, que no seu entender foi violada. Contudo, a Impugnante não indica a que Órgão se refere a mencionada regra.

Ademais, sustenta, de forma genérica, que “o instrumento convocatório possui cláusulas limitativas de concorrência, prejudicando o procedimento licitatório e a própria Administração Pública”, sem especificar quais são as mencionadas cláusulas.

Pois bem.

Inicialmente, importa destacar que o Edital ora impugnado não faz qualquer referência a IN nº 10/2010, mas sim à IN nº 01/2010 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

Assim dispõe o art. 2º da IN nº 01/2010:

Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade.

Na hipótese, verifica-se que o Termo de Referência, anexo I do Edital, previu nos itens 11.10 e 12.12 a obrigação das partes (tanto para o Contratante como para a Contratada) de “cumprir os critérios de sustentabilidade ambiental estabelecidos na IN nº 01/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão – SLTI/MPOG e da Resolução nº 103/2012 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT, no que couber.”

Deste modo, ao contrário do que faz crer a Impugnante, o instrumento convocatório trouxe previsão de cumprimento dos critérios de sustentabilidade conforme determinado pela IN nº 01/2010, não havendo qualquer cláusula que frustre a competitividade.

Ante o exposto, esta Assessoria Jurídica opina pela Improcedência da Impugnação quanto aos aspectos jurídicos analisados.

Este é o parecer que, se de acordo, sugiro encaminhamento à Seção de Licitação.

Em 16 de setembro de 2020.

Mariana Cosendey da Silva

Seção de Licitação e Contratos/SAJ

De acordo. À Seção de Licitação.

Havana Pimentel Sobral

Diretora Substituta da Secretaria de Assessoramento Jurídico