

TC/000995/2025

Objeto: Edital - Pregão Eletrônico 90004/SME/2025 - Registro de Preços para aquisição de Leite em Pó Integral, destinado aos beneficiários do Programa Leve Leite (PLL) do Município de São Paulo, normatizado pelo Decreto 57.632 de 17/03/2017

Interessado(s): Secretaria Municipal de Educação (*)

Relator: João Antonio

Competência: PLENO

SENHOR ASSESSOR JURÍDICO SUBCHEFE

Por determinação do Exmo. Senhor Conselheiro, encaminharam-se os autos a esta Assessoria Jurídica para análise e manifestação (peça nº 39).

Tratam os presentes autos de acompanhamento do Edital - Pregão Eletrônico 90004/SME/2025 - Registro de Preços para aquisição de Leite em Pó Integral, destinado aos beneficiários do Programa Leve Leite (PLL), de iniciativa da Secretaria Municipal de Educação (SME) (peças nº 01/10).

Da análise da documentação juntada aos autos, a Coordenadoria II, em 30/01/2025, emitiu Relatório Preliminar, **que indicou em sua conclusão reunir o certame condições de prosseguimento, condicionados aos seguintes indicados abaixo, além de ter emitido Recomendação à Origem no sentido de “elaborar o Plano de Contratações Anual da Pasta para o exercício de 2026 a fim de aprimorar a eficiência, a transparência e a governança do processo licitatório e da contratação pública”** (peças nº 12/13):

Diante do exame efetuado conclui-se, em sede de relatório preliminar, que o Edital do Pregão Eletrônico nº 90004/SME/2025 visando o Registro de Preços para aquisição de LEITE EM PÓ

INTEGRAL, destinado aos beneficiários do Programa Leve Leite do Município de São Paulo, reúne condições de prosseguimento, desde que seja ajustado o percentual do lote destinado para empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte (subitem 3.1), bem como que seja acrescentado o item referente à prova de regularidade perante a Fazenda estadual do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei (subitem 3.2), ou que a desnecessidade das alterações seja devidamente fundamentada.

Face à análise preliminar da Auditoria, o Exmo. Senhor Conselheiro, em sede de Despacho, decidiu, considerando estar o certame agendado para o dia 31/01/2025, no sentido de solicitar “*providências para o cumprimento imediato das alterações apontadas pela Auditoria ou, em caso de manutenção das previsões editalícias, que sejam apresentadas as justificativas pertinentes antes da homologação do certame*” (peça nº 14).

Devidamente intimada (peças nº 15/17), a SME, em sua manifestação (peça nº 18), indicou que ajustou o subitem 3.2, nos termos do sugerido pela Auditoria, e informou que o Edital foi republicado para o dia 12/02/2025.

Já em relação ao percentual destinado às microempresas e empresas de pequeno porte (subitem 3.1), manteve sua posição e justificou da seguinte forma:

No que se refere ao item 3.1 da peça 12, a divisão original de 99% para ampla concorrência e 1% para microempresas e empresas de pequeno porte (ME e EPP) foi definida visando assegurar a participação das empresas dentro dos limites legais.

A proposta está em conformidade com a legislação vigente, especialmente com os dispositivos da Lei Complementar nº 123/2006 e da Lei nº 14.133/2021. O art. 4º, §1º, I e §3º da Lei nº 14.133/21 estabelece que o lote reservado para ME's e EPP's não deve exceder o limite da receita bruta anual para fins de enquadramento dessas empresas, fixado em R\$ 4.800.000,00. O percentual destinado à participação exclusiva dessas empresas na presente licitação respeita esse limite, assegurando a legalidade da divisão adotada.

A Secretaria Municipal de Educação (SME) estruturou a divisão dos lotes considerando a necessidade de garantir a eficiência do processo licitatório e a continuidade do fornecimento do objeto contratado, no caso, leite em pó integral. O aumento desse percentual, s.m.j., poderia comprometer a execução do contrato e o fornecimento do produto. Ademais, no documento

SEI nº 118909494, SME/CODAE reforça o entendimento desta SME/COMPS que "a proposta de ampliação do percentual destinado a MEs/EPPs traz, ao mesmo tempo, benefícios irrisórios e riscos expressivos. com potencial prejuízo à segurança alimentar e nutricional de famílias em vulnerabilidade social. Nesse sentido, entendemos ser do interesse público a manutenção dos termos atuais do Edital."

Além disso, a divisão proposta busca equilibrar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da legislação. O valor total estimado da licitação é de R\$ 286.448.400,00, e a cota de 1% já garante a participação das ME's e EPP's sem comprometer a qualidade e a regularidade do fornecimento.

Embora a legislação permita a reserva de até 25% do objeto, esse percentual não é fixo, e deve ser avaliado conforme a viabilidade e as especificidades do mercado.

Não há, com a devida vênia, nenhuma normal legal que obrigue a Administração a estabelecer um percentual fixo mínimo para ME's e EPP's; pelo contrário: o limite imposto pela lei é máximo (até 25%), justamente a fim de conferir ao administrador público a discricionariedade necessária para fixar o percentual que garanta o devido equilíbrio entre o fomento às ME's e EPP's e a ampla competitividade/vantajosidade dos preços a serem obtidos nas licitações.

As orientações dos demais órgãos públicos são uníssonas nesse sentido, ou seja, de que o limite é apenas máximo, sendo o mínimo definido pela própria Administração. Veja, por exemplo, a cartilha elaborada pela AGU (...):

PERGUNTA P12: A Administração pode estabelecer cota inferior aos 25% (vinte e cinco por cento) previstos no art. 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, quando da promoção de licitação de aquisição de bens de natureza divisível? RESPOSTA: Sim, a dicção legal admite a destinação de "cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte". Contudo, o referido percentual deve ser estabelecido de maneira que o valor da cota principal se mantenha superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para que seja mantida a maior competitividade possível ao certame.

Desse modo, constata-se que a divisão da licitação depende de uma decisão administrativa discricionária, devidamente motivada em critérios técnico-operacionais e gerenciais, à luz de cada caso concreto, desde que mantenha a cota reservada em valor superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Outro ponto relevante é que a fixação da cota em 1% não impede a participação das ME's e EPP's. Ainda que a cota reservada seja de 1%, nada impede que ME's e EPP's participem na ampla concorrência, desde que atendam integralmente aos requisitos técnicos e operacionais exigidos para a execução do contrato. Assim, a divisão adotada não restringe injustificadamente a atuação dessas empresas, mas sim assegura um equilíbrio entre a reserva legal e a capacidade real do mercado fornecedor.

Por fim, a manutenção da divisão original evita possíveis prejuízos ao andamento do processo licitatório. Uma alteração nesse percentual, além de postergar indevidamente o certame, com sério comprometimento ao abastecimento da cidade, como ressaltado por SME/CODAE no documento SEI nº 118909494 poderia ensejar questionamentos administrativos e impugnações, gerando atrasos e impactos negativos na execução contratual. Portanto, a definição de 99% para ampla concorrência e 1% para ME's e EPP's reflete um critério justificado e alinhado aos princípios constitucionais e legais aplicáveis à matéria, assegurando tanto a participação dessas empresas quanto a eficiência do procedimento licitatório.

É importante destacar que não identificamos norma que determine um percentual específico a ser reservado para empresas enquadradas como ME's e EPP's. A definição desse percentual deve ser fundamentada pela Administração, considerando as particularidades da contratação. Assim, s.m.j., cabe à Administração estabelecer o percentual mais adequado, desde que respeitados os limites legais e os princípios da razoabilidade e eficiência. Nesse sentido, entendemos que a reserva de 1% atende plenamente a esses critérios.

O Exmo. Senhor Conselheiro, em sede de Despacho, determinou, “diante da inexistência de tempo hábil para análise conclusiva pela Secretaria de Controle Externo acerca das justificativas prestadas pela Secretaria Municipal de Educação, não obstante a abertura da sessão do Pregão Eletrônico”, “que a Administração Pública Municipal se abstenha de assinar o contrato, até a análise conclusiva desta Corte de Contas” (peça nº 21).

Na sequência, os autos foram novamente encaminhados para manifestação da Unidade Técnica. A Coordenadoria II deste E. Tribunal apresentou o seu Relatório Conclusivo (peças nº 26/27) e considerou o subitem 3.2 superado.

Já no que se refere ao subitem 3.1, mesmo com a manifestação da Origem, manteve a conclusão exarada no Relatório Preliminar e reforçou seus argumentos, de forma pormenorizada e à luz da Constituição Federal:

Inicialmente, é importante destacar que o limite estabelecido pelo legislador serve como parâmetro para determinar o nível de incentivo a ser oferecido, respeitado o valor limite de enquadramento das empresas em MEs e EPPs, visando alcançar a máxima eficácia dos artigos 170, inciso IX, e artigo 179 da Constituição Federal.

Ou seja, embora os valores nominais previstos tenham sido respeitados pela Origem, não foi considerado o máximo potencial do incentivo. Em um cenário extremo, seria possível estabelecer lotes estanques com apenas 1% de participação para MEs e EPPs em licitações futuras, apenas para cumprir os valores formais, sem considerar a aplicação ideal do incentivo, respeitadas questões logísticas e o ganho administrativo.

Destacamos ainda que a representação formalizada no TC 001798/2025, protocolada pela empresa Bom Sabor Cesta Básica de Alimentos Ltda – CNPJ nº 40.690.577/0001-97, questiona precisamente o valor destinado ao lote exclusivo para MEs e EPPs.

Apenas para fins informativos, importa lembrar que a mesma discussão foi aventada em sede do TC 022128/2024, o qual tinha como objeto o Pregão Eletrônico nº 90047/SME/2024 - para o “registro de preços para aquisição de leite em pó integral”, destinados ao atendimento do Programa de Alimentação Escolar para alunos matriculados nas unidades escolares de gestão mista e direta e terceirizadas. Em tal ocasião a SME readequou os lotes de modo que fosse alcançada a máxima efetividade da norma (...).

Ou seja, a presente discussão já foi extensamente tratada em oportunidade anterior.

Quanto ao argumento de que o aumento do lote para as empresas MEs e EPPs poderia comprometer o abastecimento, é importante ressaltar que se trata de uma licitação para Ata de Registro de Preços, ou seja, o quantitativo total previsto é apenas uma estimativa do que será necessário ao longo do período de vigência do contrato. Esse argumento também se revela contraditório em relação à alegação da SME de que a alteração proposta resultaria em um ganho irrisório. Afinal, se a diferença na quantidade seria suficiente apenas para gerar um ganho mínimo, então não teria a capacidade de prejudicar o abastecimento.

Com relação à argumentação de que a alteração sugerida resultaria em um ganho insignificante para as MEs e EPPs, é importante destacar que o aumento proposto expandiria em 50% o quantitativo inicial destinado a essas empresas, o que permitiria, inclusive, o desenvolvimento de propostas de preços mais competitivos.

Por fim, em relação à alegação de que a alteração permitiria que os licitantes soubessem os valores de referência, isso também não procede, uma vez que o objeto licitado apresenta pouca variação de preços. Esse fato é reforçado no Encaminhamento da SME/COMPS (doc SEI nº 114117994), no qual se informa que não houve necessidade de saneamento devido à homogeneidade da amostra de preços na pesquisa realizada. Além disso, o percentual de 1,5% do lote não alcança o valor limite de R\$ 4.800.000,00, o que impede o licitante de calcular inversamente com a quantidade de quilos e determinar o valor de referência.

Portanto, fica claro que a SME não apresentou justificativas suficientes para a manutenção do percentual de apenas 1%, razão pela qual mantemos o apontamento 3.1 do Relatório Preliminar.

Critério: art. 48, inc. III da LC 123/06; do art. 4º, §1º, I e §3º, Lei nº 14.133/21 e art. art. 170, inc. IX e 179 da Constituição Federal.

Evidências: Tabela de lotes do Edital (item 1.2 do edital, Peça 4).

Causa: Cálculo da divisão de lotes desconsiderando a possibilidade de adequação mais eficaz ao que está previsto na Constituição Federal.

Efeitos: O Edital poderá ser objeto de impugnação pelas empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte, o que poderá acarretar atraso na conclusão do processo licitatório.

Por conta disso, indicou que o Edital não reúne condições de prosseguimento.

Ao mesmo tempo, o Plenário deste Tribunal referendou, por unanimidade, as medidas determinadas pela Exmo. Senhor Conselheiro Relator, mais a sugestão de determinação à Administração “para que esta se abstenha de homologar o certame, até a análise conclusiva desta Corte de Contas” (peça nº 28).

Enviados aos autos ao Gabinete do Exmo. Senhor Conselheiro, foi proferido Despacho para que a Origem se manifestasse em 48 (quarenta e oito) horas (peça nº 29).

Após intimada (peças nº 30/32), a Origem propôs “*a realização de mesa técnica composta por servidores desta Pasta e do E. Tribunal de Contas, a fim de prestar esclarecimentos a respeito das justificativas adotadas no processo*” (peça nº 33), pleito este acatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro, com agendamento para o dia 20/02/2025 (peça nº 35). **No entanto, a mesa teve a realização cancelada posteriormente.**

Por fim, quando os autos já se encontravam nesta Assessoria, foi acostada nova manifestação da Origem (peças nº 40/41), que indicou ciência do determinado por este Tribunal, bem como reiterou a justificativa exarada em relação ao subitem 3.1.

É o relatório.

Opina-se.

Conforme se verifica nos autos, a Auditoria apontou duas irregularidades no âmbito do Pregão Eletrônico 90004/SME/2025, tendo uma delas sido superada no decorrer do processo (subitem 3.2), eis que a Origem realizou as devidas correções no Edital.

Quanto ao subitem 3.1, referente ao percentual de lotes destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, a Origem manteve sua justificativa pela regularidade do procedimento desde o princípio, sobretudo porque teria respaldo legal para tanto, o que não foi suficiente para a Auditoria acatar tais argumentos e alterar o apontamento realizado. Frise-se que o corpo técnico deste Tribunal bem fundamentou suas alegações nos autos sob o ponto de vista técnico e jurídico.

Vislumbra-se que há, nesse caso, uma importante diferença interpretativa entre o entendimento da Origem e da Auditoria, o que inclusive passa a exigir técnicas de ponderação para se chegar a uma conclusão.

Em uma interpretação mais literal da norma, tem-se que a argumentação elaborada pela Origem teria sentido, pois se enquadraria nos percentuais previstos pela legislação, pura e simplesmente, o que indicaria, portanto, não haver irregularidade em sua posição.

No entanto, cabe aqui inclusive lembrar as razões pelas quais foi positivada norma com incentivos diferenciados às microempresas e empresas de pequeno porte, que exercem papel fundamental na economia nacional.

Para além dos parâmetros existentes em âmbito constitucional, citados pela Auditoria, o artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006 não deixa dúvidas de que se trata de obrigação da Administração, e não mero ato discricionário: *“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”*.

Já em âmbito municipal, o artigo 103, II, do Decreto nº 62.100/2022 indica que, em licitações que contemplem cotas reservadas a microempresas e empresas de pequeno porte, *“deverá dar prioridade de consumo das cotas reservadas, ressalvados os casos em que a cota reservada seja inadequada para atender às quantidades ou condições do pedido, justificadamente”*. E o artigo 111, § 3º, vai na mesma direção: *“as adesões e contratações serão autorizadas preferencialmente sobre a cota reservada às microempresas e empresas de pequeno porte, com a anuência da respectiva detentora, até o limite estabelecido na referida cota em face da totalidade do objeto, sendo as demais adesões e contratações autorizadas sobre a cota remanescente, consultada a detentora desta última cota”*.

Ora, uma cota reservada às microempresas e empresas de pequeno porte reduzida e bem abaixo do que permite a legislação leva a crer que tais compras não estão sendo tratadas com a devida prioridade, em desacordo a todo o arcabouço normativo existente.

Em um contexto, portanto, de uma interpretação mais sistêmica – apontada pela Auditoria -, entendo que cabe sim reforçar e ampliar o percentual destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, o mais próximo possível do limite legal, pois é justamente o que a norma almeja no fundo, inclusive tendo base constitucional, sob pena de esvaziamento do seu intuito. Deve-se buscar, ao contrário, a máxima efetividade da norma, conforme elencado pela Auditoria.

Ademais, objetivamente falando, em que pesem os argumentos de aumento de custos invocados pela Origem ou mesmo de prejuízos aos destinatários da política pública, não há evidência concreta nos autos de que isso de fato iria ocorrer. Já o benefício, no caso, é presumido: fomentar o desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte através da indução estatal decorrente das compras públicas.

Por fim, cabe destacar também que, em processo semelhante e anterior, a Origem já havia feito tais correções, nos termos do apontado pela Auditoria, de modo que não teria sentido não fazer novamente, sem que haja possibilidade de mudança de entendimento por todo o alegado.

Ante o exposto, destaquem-se as conclusões da Auditoria, as quais acompanho, quanto à necessidade de ampliação do percentual da cota destinada às microempresas e empresas de pequeno porte no Pregão Eletrônico 90004/SME/2025, constatada no âmbito da presente fiscalização.

É o que submeto ao crivo de Vossa Senhoria.

São Paulo, 20 de fevereiro de 2025 .

Tácio Piacentini
Auditor de Controle Externo
OAB/SP nº 515.906

/TP