



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA PECUÁRIA E ABASTECIMENTO
COORDENAÇÃO-GERAL DE PESCA E FLORESTAS

ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS BLOCO D - 6º ANDAR - CEP: 70.043-900 TELEFONE: (61) 3218-2591

PARECER n. 00673/2020/CONJUR-MAPA/CGU/AGU

NUP: 02209.015778/2016-88

INTERESSADOS: SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO - SFB

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCESSÃO FLORESTAL. FLONA DO JAMARI - LOTE II. "EMPATE FICTO". LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E DECRETO Nº 8.538/2015. LEI Nº 11.284/2006. LEI Nº 8.666/1993. MANIFESTAÇÃO JURÍDICA DE FEITOS AMPLOS.

EMENTA:

- I. Direito Administrativo.
- II. Concorrência nº 1/2018 (Concessão Florestal da Flona do Jamari - Lote II).
- III. Constituição da República.
- IV. Lei Complementar nº 123/2006 e Decreto nº 8.538/2015.
- V. Lei nº 11.284/2006. Lei nº 8.666/1993.
- VI. Aplicabilidade do "Empate Ficto".

1. RELATÓRIO

1. Trata-se da Concorrência nº 1/2018 (Concessão Florestal da Flona do Jamari - Lote II). O Serviço Florestal Brasileiro, por meio do OFÍCIO Nº 62/2020/SFB/MAPA, de 22 de junho de 2020, aduz que:

Em atenção aos questionamentos presentes na Nota nº 00601/2020/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (SEI nº 10534603), sobre a Concorrência nº 1/2018 (Concessão Florestal da Flona do Jamari - Lote II) no âmbito da análise dos recursos referentes ao novo resultado da fase de julgamento da proposta de preço, em cumprimento à decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1019059 - 10.2019.4.01.3400, **encaminho Nota Informativa nº 1/2020/CEL - JAMARI LOTE II** (SEI nº 10120874), por meio do qual a Comissão Especial de Licitação da Concorrência nº 1/2018 (CEL Jamari - Lote II) após realização de diligência junto à licitante Florest Investimentos Sustentáveis Ltda. (SEI nº 0115450, 0117585), informa que de acordo com informações prestadas pela empresa Florest Investimentos Sustentáveis Ltda, por meio do Ofício/Florest de 18/05/2020 e seus anexos (SEI nº 0117105, 0117100, 0117101, 0117103) e Ofício/Florest de 05/06/2020 e seus anexos (SEI nº 0120224, 0120225, 0120227, 0120228, 0120229, 0120230):

- a) o Sr. Endrigo Rocha é sócio-administrador das empresas FLOREST INVESTIMENTOS SUSTENTÁVEIS LTDA- ME (CNPJ 74.002.056/0001-11), FLOREST INVESTIMENTOS LTDA - ME (CNPJ 07.703.651/0001-97), FLOREST PROJETOS BACIA AMAZONICA EIRELI ME (CNPJ 24.824.163/0001-57), AUTO POSTO PIQIJIZEIRO LTDA (CNPJ 12.036.702/0001-04) e da POSTO FRANCISCO SA LTDA (CNPJ 02.990.585/0001-60 - matriz e CNPJ 02.990-585/0002-40 - filial);
- b) as empresas indicadas são todas ME's ou EPP's;
- c) nos anos de 2018, 2019 e 2020, a receita global das sociedades empresárias referidas no item "a" encontra-se dentro do limite estabelecido pela legislação para fazer jus ao tratamento beneficiado previsto na LC nº 123/2006, sendo que somente a FLOREST INVESTIMENTOS SUSTENTÁVEIS LTDA - ME e a FLOREST PROJETOS BACIA AMAZONICA EIRELI ME possuem atividades no referido período, as demais não possuem atividades.

Diante das novas informações, e por se tratar de orientação jurídica para a prática de atos administrativos de interesse do Serviço Florestal Brasileiro, restituo os autos para análise e emissão de parecer conclusivo por parte da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, em observância ao art. 1º, da Portaria Mapa nº 513, de 5 de abril de 2018, quanto a possibilidade da licitante Florest Investimentos Sustentáveis Ltda. usufruir do benefício do "empate ficto", nos termos da Nota Técnica nº 3/2020/CEL - JAMARI LOTE II (SEI nº 10232854) e Ofício nº 29/2020/SFB/MAPA (10232912).

(grifamos)

2. Listam-se os documentos úteis à Análise que se desenvolverá:

- a) NOTA TÉCNICA Nº 3/2020/CEL - JAMARI LOTE II (Seq. Sapiens 52);
- b) NOTA n. 00601/2020/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (Seq. Sapiens 59);
- c) NOTA INFORMATIVA Nº 1/2020/CEL - JAMARI LOTE II (Seq. Sapiens 71);
- d) OFÍCIO Nº 62/2020/SFB/MAPA (Seq. Sapiens 73).

3. À Análise.

2. ANÁLISE

2.1 Considerações Iniciais

4. Primeiramente, convém registrar que a atuação desta Consultoria Jurídica busca apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico, recomendando providências, quando for o caso, para salvaguardar a Autoridade Administrativa assessorada.

5. Assim, o exame da demanda em tela restringir-se-á aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica, administrativa e os relativos à "conveniência e oportunidade". Sobre o tema, destaca-se o Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União, veja-se:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável.

[...] (grifamos)

6. Dessa sorte, determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança do próprio Assessorado, a quem incumbe, se houver margem de discricionariedade, acatar, ou não, tais ponderações. Eventuais questões relacionadas à Legalidade, contudo, serão apontadas para fins de sua correção, sendo a responsabilidade pelo seu não-acatamento exclusiva da Autoridade Administrativa.

7. Também, menciona-se que esta Manifestação Jurídica atém-se aos elementos constantes dos autos, nesta data, realizando-se a Análise de acordo com o art. 131 da Constituição Federal e com o art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993.

2.2 Análise Formal

8. A Área Técnica, à guisa da NOTA TÉCNICA Nº 3/2020/CEL - JAMARI LOTE II (Seq. Sapiens 52), mencionara que:

6. DA ANÁLISE

6.1. *Com relação ao recurso da licitante Florest Invesmentos Sustentáveis ME (SEI nº 0105722) e considerando a contrarrazão apresentada pela licitante Madeflona Industrial Madeireira Ltda. (SEI nº 0106802), dado o ineditismo do tema "empate ficto" no âmbito das concessões florestais, a CEL avalia ser necessária a análise pela Consultoria Jurídica do MAPA, notadamente quanto aos pontos:*

6.2. *Aplicabilidade do "empate ficto" nas concessões florestais*

6.2.1. *A CEL-Jamari Lote II entende que a previsão reivindicada do "empate ficto" não deve ser considerada, pois tem-se que, tanto a Lei Complementar nº 123/2006 quanto o Decreto nº 8.538/2015, ao tratar dos benefícios auferidos para as ME e EPP, contemplam exclusivamente o critério de seleção "Menor Preço". Frise-se que a Lei de Gestão de Florestas Públicas (Lei nº 11.284/2006), em seu argo*

26, estabelece que a melhor proposta dos editais para concessão florestal federal considerará o critério "Maior Preço".

6.2.2. No entanto, esta Comissão aponta a necessidade de manifestação por parte da Consultoria Jurídica do MAPA.

6.3. Do enquadramento da empresa Florest como ME/EPP.

6.3.1. Considerando-se a confirmação realizada pela CEL das informações apresentadas pela Madeflona Industrial Madeireira Ltda., no que diz respeito aos registros da licitante Florest Investimentos Sustentáveis Ltda. perante a Receita Federal e às certidões das Juntas Comerciais dos estados da Bahia, Minas Gerais e Rondônia, verificou-se que procede a informação que o Sr. Endrigo Rocha está presente na administração/quadro social de pelo menos três sociedades ativas que utilizam a identificação "Florest".

6.3.2. Diante do que foi constatado, esta Comissão aponta a necessidade de manifestação por parte da Consultoria Jurídica do MAPA quanto a possibilidade da licitante Florest Investimentos Sustentáveis Ltda. usufruir do benefício do "empate ficto".

(grifamos)

9. Esta Consultoria Jurídica, por seu turno, emitiu a NOTA n. 00601/2020/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (Seq. Sapiens 59), da qual é transcrito:

4. A Comissão de Licitação remeteu os autos para manifestação por parte da Consultoria Jurídica do MAPA para análise quanto a possibilidade da licitante Florest Investimentos Sustentáveis Ltda usufruir do benefício do "empate ficto", contudo, haja vista a arguição da MADEFLONA INDUSTRIAL MADEIREIRA LTDA, no sentido de que o Sócio Administrador da recorrente é dirigente de pelo menos três empresas.

[...]

6. Assim, diante das informações trazidas nas contrarrazões recursais, a fim de ferir se a recorrente faz jus aos benefícios prescritos na LC 123/2006, faz-se necessário perquirir inicialmente:

a) se as empresas encontram-se ativas e em plena atividade;

b) se as empresas indicadas são ME's e EPP's, caso negativo, indicar a forma de sua constituição;

c) se a soma do capital social das três empresas encontra-se aquém do limite estabelecido pela legislação para fazer jus ao tratamento beneficiado previsto na LC 123/2006.

(grifamos)

10. Novamente, nessa quadratura, a Área Técnica respondeu, na NOTA INFORMATIVA Nº 1/2020/CEL - JAMARI LOTE II (Seq. Sapiens 71), a qual lê:

2. ANÁLISE

2.1. A Comissão Especial de Licitação da Concorrência nº 1/2018 (CEL Jamari - Lote II), após realização de diligência junto à licitante Florest Investimentos Sustentáveis Ltda. (SEI nº 0115450, 0117585), com vistas a responder aos questionamentos da Conj/Mapa em sua Nota nº 00601/2020 CONJUR/MAPA/CGU/AGU (SEI nº 0115113), informa o que segue.

2.2. De acordo com as informações prestadas pela empresa Florest Investimentos Sustentáveis Ltda, por meio do Ofício/Florest de 18/05/2020 (SEI nº 0117105, 0117100, 0117101, 0117103) e Ofício/Florest de 05/06/2020 (SEI nº 0120224, 0120225, 0120227, 0120228, 0120229, 0120230):

a) o Sr. Endrigo Rocha é sócio-administrador das empresas FLOREST INVESTIMENTOS SUSTENTÁVEIS LTDA- ME (CNPJ 74.002.056/0001- 11), FLOREST INVESTIMENTOS LTDA - ME (CNPJ 07.703.651/0001-97), FLOREST PROJETOS BACIA AMAZONICA EIRELI ME (CNPJ 24.824.163/0001-57), AUTO POSTO PIQIJIZEIRO LTDA (CNPJ 12.036.702/0001-04) e da POSTO FRANCISCO SA LTDA (CNPJ 02.990.585/0001-60 - matriz e CNPJ 02.990-585/0002-40 - filial);

b) as empresas indicadas são todas ME's ou EPP's;

c) nos anos de 2018, 2019 e 2020, a receita global das sociedades empresárias referidas no item "a" encontra-se dentro do limite estabelecido pela legislação para fazer jus ao tratamento beneficiado previsto na LC nº 123/2006, sendo que somente a FLOREST INVESTIMENTOS SUSTENTÁVEIS LTDA - ME e a FLOREST PROJETOS BACIA AMAZONICA EIRELI ME possuem atividades no referido período, as demais não possuem atividades.

(grifamos)

11. Dessas informações, necessário discorrer acerca de dois pontos. O primeiro refere-se à caracterização, ou não, de "Grupo Empresarial", para fins de desconsideração da Requerente como Micro-Empresa ou Empresa de Pequeno Porte. De

acordo com o aduzido pela Área Técnica na manifestação colacionada no item anterior (letra "c"), ainda que caracterizada a existência de Grupo Empresarial, não restaria, *de per si*, afastado o tratamento diferenciado prescrito na Lei Complementar nº 123/2006, porquanto os limites de receita bruta global estabelecidos no referido Normativo não foram ultrapassados. A propósito:

Lei Complementar nº 123/2006

Art. 3º **Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte**, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o [art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - **no caso da microempresa**, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - **no caso de empresa de pequeno porte**, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

[...]

§ 4º **Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:**

[...]

III - **de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo:**

(grifamos)

12. Como se apreendeu, a receita global das empresas cujo sócio-administrador é o Senhor Endrigo Rocha, somadas, ficaram aquém do limite legal, pelo que se descarta subsunção da situação fática a essa hipótese normativa, ou seja, de afastamento do tratamento jurídico diferenciado (inc. III do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006).

13. De outro lado, todavia, há de se tratar do segundo ponto, o qual se refere, especificamente, à aplicação, ou não, do Instituto denominado "Empate Ficto" à situação explanada. Nessa linha, traz-se à colação a inteligência dos arts. 44 e 45 da LC 123/06, os quais garantem às empresas de pequeno porte o chamando "empate ficto". Vejam-se os dispositivos de regência.

Lei Complementar nº 123/2006

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º **Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.**

[...]

Art. 45. Para efeito do disposto no [art. 44 desta Lei Complementar](#), ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada **podrá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame**, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

(grifamos)

Decreto nº 8.538/2015

Art. 5º Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º **Entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço, ressalvado o disposto no § 2º.**

§ 2º Na modalidade de pregão, entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até cinco por cento superiores ao menor preço.

§ 3º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta válida não houver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 4º **A preferência de que trata o caput será concedida da seguinte forma:**

I - ocorrendo o empate, a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na situação de empate, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; e

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem em situação de empate, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 5º Não se aplica o sorteio a que se refere o inciso III do § 4º quando, por sua natureza, o procedimento não admitir o empate real, como acontece na fase de lances do pregão, em que os lances equivalentes não são considerados iguais, sendo classificados de acordo com a ordem de apresentação pelos licitantes.

§ 6º No caso do pregão, após o encerramento dos lances, a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos por item em situação de empate, sob pena de preclusão.

§ 7º Nas demais modalidades de licitação, o prazo para os licitantes apresentarem nova proposta será estabelecido pelo órgão ou pela entidade contratante e estará previsto no instrumento convocatório.

§ 8º Nas licitações do tipo técnica e preço, o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior, nos termos do regulamento.

(grifamos)

14. O "Empate Ficto" relaciona-se, segundo a letra da Lei, ao critério de seleção "Menor Preço", ocorre que, no caso dos autos, tem-se uma Licitação por "Maior Preço", conforme dispõe o já citado art. 26 da Lei nº 11.284/2006, segundo o qual:

Lei nº 11.284/2006

Art. 26. No julgamento da licitação, a melhor proposta será considerada em razão da combinação dos seguintes critérios:

I - **o maior preço** ofertado como pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão florestal;

II - a melhor técnica, considerando:

(grifamos)

15. Os procedimentos licitatórios possuem sua base normativa na própria Constituição da República de 1988 e, e busca o aperfeiçoamento na concretização dos objetivos almejados pela Administração Pública em suas compras. Apesar de termos uma Lei Geral de Licitações consolidada e outros diplomas normativos esparsos, é comum no desenrolar das fases dos certames licitatórios, o surgimento de celeumas interpretativas. No caso sob exame, cumpre verificar se o art 44 e 45 da LC 123 tem aplicabilidade no âmbito das concessões florestais. Para tanto, convém seja mencionada a Constituição da República, que a esse respeito, no seu inc. IX do art. 170 dispõe:

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](#))

[...]

16. Da leitura do dispositivo legal, percebe-se que o legislador ordinário pretendeu, seguindo os ditames da Constituição Federal de 1988 (art. 170, IX), conferir um tratamento "favorecido", se presentes os Requisitos de caracterização das Empresas de Pequeno Porte (expressão que deve ser entendida a abarcar as Micro-Empresas, por uma questão pedagógica), como primado da ordem econômica. No caso em tela, como se viu, não restou descaracterizado o Regime Especial à Requerente porquanto não se ultrapassou o limite legal.

17. Ocorre que não obstante a Lei Complementar nº 123/2006 e o Decreto nº 8.538/2015 deduzam a expressão "Menor Preço" no dispositivo referente a aferição da existência do empate ficto, bem como no que tange a parte procedimental de sua aplicabilidade, há de se fazer uma interpretação sistemática do texto da Lei nº 11.284/2006, da Lei Complementar nº

123/2006 e do Decreto nº 8.538/2015 à luz da Norma Constitucional, de forma a viabilizar a efetivação do tratamento favorecido às ME's e EPP's no âmbito das Concessões Florestais.

18. Cumpre repisar que a garantia de tratamento diferenciado tem status constitucional e, portanto, é informadora de todo o sistema normativo, notadamente no âmbito das licitações públicas. Ressalte-se que em que pese tratar-se de norma de eficácia limitada, a referida garantia tem eficácia mínima, qual seja, evitar que o legislador ordinário edite norma contrária ao referido comando normativo.

19. No caso em exame, a vontade do legislador ao garantir o direito ao empate ficto, foi de garantir a micro e pequena empresa tratamento favorecido quando delineada a situação descrita na norma, "de empate". Assim o que se pleiteia com o comando legal, é a observância do normativo, sem, contudo, obstar que se viabilize para Administração a obtenção do melhor preço possível (o mais vantajoso). No caso da presente Licitação, o preço mais vantajoso relaciona-se ao Tipo de Licitação "Maior Preço".

20. Sob a ótica do proveito econômico para a Administração, leia-se, o Serviço Florestal Brasileiro, o menor preço em Concessão Pública deve ser vista como a Proposta de maior preço, uma vez que é através dela que se garantirá a proposta mais vantajosa para Administração. Tal assertiva, além de não desnaturar a Norma Constitucional, assegura que os Princípios da Economicidade, do Interesse Público e da Melhor Proposta estejam contemplados, cogitando-se, portanto, de atecnica da Lei Complementar nº 123/2006 ao não prever o Empate Ficto para Licitações do Tipo "Maior Preço", em que se seguiu o Decreto Regulamentador. Afinal, o espírito dos Princípios que regem a Administração Pública, e o de suas normas também, deve ser entendido como aquele que, em todas as situações, busca o melhor modo de satisfazer as Necessidades Públicas, as quais se encerram, em última análise, sempre, no imperativo de que seja atendido o Interesse Público.

21. É patente que para a Administração, no que tange às Concessões Florestais, serão elas tanto mais vantajosas quanto maiores forem os lances ofertados pelos Concorrentes. É certo que o Concorrente que interpôs Recurso, Florest Investimentos Sustentáveis ME, está abarcado pelo Regulamento diferenciado das Micro-Empresas e Empresas de Pequeno Porte, e, como consequência, inafastável a aplicação do "Empate Ficto" ao caso porquanto existe, de outro lado, uma especificidade legal, relativa às Concessões Públicas.

3. CONCLUSÃO

22. Em vista do exposto, opina-se pela aplicação do "Empate Ficto" ao caso em tela, devendo o feito prosseguir regularmente.

23. Assim, sendo aprovada a presente manifestação, ao Apoio, para após encerrar a tarefa no Sapiens, proceda à devolução dos autos ao Serviço Florestal Brasileiro para providências subsequentes.

24. À Consideração.

Brasília, 13 de agosto de 2020.

Camilla Rose Thomaz de Sá Almeida
Advogada da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 02209015778201688 e da chave de acesso 9c8e23d3

Documento assinado eletronicamente por CAMILLA ROSE THOMAZ DE LIMA SA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 477271214 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CAMILLA ROSE THOMAZ DE LIMA SA. Data e Hora: 13-08-2020 17:07. Número de Série: 13743873. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.
