

PARECER Nº 16.481/15

ALTERAÇÕES NO ESTATUTO NACIONAL DA MICROEMPRESA (LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06). LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014. TRATAMENTO DIFERENCIADO NAS AQUISIÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ESCLARECIMENTOS.

Trata-se de consulta oriunda da Secretaria da Administração, expondo dúvidas relativas às inovações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014 ao Estatuto Nacional da Microempresa, no que se refere às preferências instituídas às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações realizadas pela Administração Pública.

O expediente é inaugurado com manifestação do sr. Coordenador de Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 36/2014, que tem por objeto a análise das alterações no Sistema de Compras Eletrônicas trazidas pela alteração legislativa (fls. 02-06), traduzindo os seguintes questionamentos:

“(…)

Anteriormente, a legislação previa a possibilidade de realizar certames licitatórios exclusivos a microempresas e empresas de pequeno porte sempre que o valor não excedesse ao limite legal, ou seja, R\$ 80.000,00. Com a nova redação, tal procedimento, ao que parece, passa a ser obrigatório, uma vez que a lei usa a expressão ‘deverá’.

Desta forma, nosso primeiro questionamento é: a partir de agora, todas as licitações até R\$ 80.000,00 deverão ser obrigatoriamente exclusivas?

Outra alteração foi no inciso III do referido artigo, onde a expressão ‘deverá’ foi incluída. Assim, todas as licitações

cujo objeto seja divisível deverá ter cota de 25% da contratação exclusiva para ME e EPP.

Ou seja, s.m.j., caso seja feito certame licitatório para aquisição de, por exemplo, 100 computadores, 25 destes deverão ser fornecidos exclusivamente por ME ou EPP. **A questão é, como será feita a aplicação de tal regramento?**

Por último, foi incluído o §3º, que possibilita à Administração estabelecer prioridade na contratação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente até o limite de 10% do melhor preço válido. Aqui são dois questionamentos: **a que âmbito está adstrita a expressão local ou regionalmente? A todo o Estado? E a prioridade da contratação será feita nos mesmos moldes do artigo 45 da LC nº 123/06?**

(...)

Ou seja, a partir de agora, nas dispensas em razão do valor, a contratação deverá ser feita preferencialmente de ME ou EPP, aplicando-se o disposto no inciso I do artigo 48. **A questão é: será obrigatório que a cotação eletrônica seja feita apenas entre microempresas e empresas de pequeno porte em todos os casos cuja dispensa seja em razão do valor?"**

Segue manifestação da Assessoria Jurídica da Subsecretaria da Administração Central de Licitações (CELIC) (fls. 07-20) e promoção do sr. Agente Setorial da PGE (fls. 24-25).

Foi, então, encaminhado o expediente administrativo para análise por esta Equipe de Consultoria.

É o relatório.

A Lei Complementar nº 147/14 trouxe inúmeras alterações ao Estatuto Nacional da Microempresa, insculpido na Lei Complementar nº 123/06. No que tange à presente consulta, a referida legislação determina ao ente público o tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações realizadas, independente da legislação de regência - Lei Geral de Licitações, pregão presencial, eletrônico ou Regime Diferenciado de Contratações.

No entendimento de Rubens Requião (Curso de Direito Comercial. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. vol. 1, p. 90):

“De acordo com a Lei Complementar nº 123/2006 (art. 3º), já considerada a nova redação determinada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de dezembro de 2011, consideram-se microempresas 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 aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00.

Já empresa de pequeno porte é a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada, o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00.”

A Constituição Federal, em seu art. 179, dispõe que “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.”. Este tratamento diferenciado veio insculpido na Lei Complementar nº 123/06. No dizer de Hélio Saul

Mileski (Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas - Aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014). *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 16, n. 85, p. 52, jul./ago. 2014):

“Tratando-se de um novo tipo de política pública a ser implementada, com introdução de normas absolutamente inovadoras, ocorreu, a nível nacional, uma atuação conjugada entre os Tribunais de Contas brasileiros e o Sebrae, no sentido de ser possibilitado às Administrações Públicas, especialmente dos Municípios, o esclarecimento, a compreensão, a aplicação, o debate e a legislação necessária para uma adequada aplicação das normas gerais editadas.

Em decorrência desse período de conscientização e maturação das regras gerais resultou, em sua busca de aplicação prática, a constatação de que era imprescindível a realização de aperfeiçoamentos em algumas normas do Estatuto Nacional das ME e da EPP. Assim, por indicação do Sebrae, que foi decisivo na elaboração do projeto e sua aprovação, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar nº 221/2012, cujo Substitutivo PLP nº 237/2012 restou aprovado e convertido na Lei Complementar nº 147/2014, de 07 de agosto de 2014.”

A extensão dessas alterações e a sua aplicação vêm questionados no presente expediente. Passemos, então, à análise pontual de cada uma das indagações.

O primeiro questionamento diz respeito à alteração constante do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06:

“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);”

Ressalte-se que a redação anterior do dispositivo dispunha que a Administração Pública poderia realizar procedimento licitatório destinado exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte. Tratava-se de permissivo legal, facultada a opção ao administrador. O verbo de regência foi alterado para “deverá”. Retirou-se a discricionariedade, passando a ser obrigatória a exclusividade das ME e EPP na situação regradada.

Essa obrigatoriedade já existia no âmbito federal, insculpida no artigo 1º do Decreto Federal nº 6.204/07. Também no Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Estadual nº 13.706/11 dispunha em seu artigo 7º que “Os órgãos e as entidades contratantes realizarão processo licitatório 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).”

No entendimento de Jair Santana (Novo Estatuto da ME e EPP. Disponível em <http://www.jairsantana.com.br/wp-content/uploads/2014/09/cartilha_estatuto_27_08_red.pdf>. Acesso em 15.12.2014):

“A Lei Complementar nº 123/2006 – do ponto de vista técnico-jurídico – é norma nacional que veicula normas gerais de licitações e contratos (art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988) e, por isso, demanda esforço normativo dos demais entes políticos (Estados, Distrito Federal e Municípios; e suas respectivas estruturas orgânicas, no plano horizontal e vertical da divisão do poder político).

Norma geral que é, a Lei Complementar nº 123/2006 se mostrou carente de efetividade consideradas as dimensões

continentais do Brasil, salvo raríssimas exceções.

Dita letargia possui inúmeras razões que vão da ausência de motivação intrínseca do comando político das milhares de unidades administrativas, e passam pelo desconhecimento quase absoluto das potencialidades das políticas públicas trazidas pela norma.

No plano prático, é fato que a Lei Complementar n° 123/2006 não continha a assertividade necessária para o seu cumprimento e, na dependência de regulação subalterna, não se fez até o momento cumprir como deveria.

E assim foi até então, a despeito de poucas vozes (como a nossa) que sustentam a autoaplicabilidade da norma geral e dos relevantes esforços desencadeados com tal propósito por atores como o SEBRAE (em toda a sua latitude), os Tribunais de Contas que recentemente se engajaram nessa lida, o Ministério Público de alguns Estados e outros que vão aos poucos se achegando à nobre causa: utilizar o poder de compra governamental para promover o desenvolvimento econômico e social, ampliar a eficiência de políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica.

Com a edição da LC 147/2014 o cenário de inefetividade normativa sofreu um revés.

É que a nova norma, a LC 147/2014, acabou com qualquer dúvida em relação à imperatividade de se materializar os benefícios dados às microempresas e empresas de pequeno porte quando estas participam de procedimentos licitatórios.

A supremacia constitucional sobre o assunto (que nunca nos deixou qualquer dúvida em relação aos comandos mandamentais que veicula em favor das MEP's), acabou cedendo espaço para aqueles que a ela sobrepuseram comando subalternos dúbios.

De modo prático, estava vencendo (sem qualquer fundamento jurídico) a ideia geral de que as Unidades Administrativas tinham opção entre “dar” e “não dar” às microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios aos quais já aludimos. A LC 147/2014 acaba com a possibilidade de interpretação desse gênero

na medida em que – alinhando-se ao texto constitucional – impõe, manda, determina e ordena o cumprimento de certas condutas em relação à política, às estratégias e procedimentos que se relacionam às Aquisições Governamentais.

Vale-se, no particular, da expressão inuidosa “deverá”, que veio substituir a palavra “poderá” utilizada pela Lei Complementar 123/006.

“Dever” é obrigação, tarefa, imposição, gravame ou incumbência. Não é, em contrário, faculdade, opção, preferência, liberdade ou dilema. Se a Lei de 2006 foi tímida ou equivocada em estabelecer que certos benefícios outorgados às MEP’s ‘poderiam’ ser concedidos, a Lei de 2014 é enfática em obrigar a sua aplicação irrestrita.”

Novamente citando Hélio Saul Mileski (ob. cit., p. 64):

“(…)

Por esse motivo, deve ser saudada a modificação operada pela LC nº 147/2014, que altera a redação do art. 47 da LC nº 123/2006, cujo novo texto afasta toda e qualquer discussão que pudesse existir sobre esse comando em debate, visto que agora há determinação de obrigatoriedade legislativa, na medida em que substitui a expressão *poderá* por *deverá* ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, solucionando definitivamente qualquer dúvida a respeito da determinação legal. Em complementação a essa nova orientação legal, a LC nº 147/2014 ainda realiza o acréscimo do parágrafo único ao *caput* do art. 47, reforçando a determinação compulsória para ser legislado, no âmbito local, o tratamento diferenciado e simplificado à ME e EPP, referindo que, pertinente às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, será aplicada a legislação federal.”

A resposta à primeira questão, portanto, é positiva: a partir da publicação da Lei Complementar nº 147/2014, todas as licitações até R\$ 80.000,00 deverão ser, obrigatoriamente, exclusivas à participação das microempresas e empresas de pequeno porte. Somente poderá ser possibilitada a participação de outras empresas nos casos previstos no art. 49 da Lei Complementar nº 123/06.

Importante ressalva é feita por Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti (As licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regra e exceções. Revista do Tribunal de Contas da União - TCU, Brasília, DF: TCU, v. 44, n. 123, p. 60-77, jan./abr. 2012.) quanto à utilização da exclusividade nos procedimentos licitatórios por lotes:

“Seria legítimo conferir-se exclusividade de participação a empresas de pequeno porte em licitação por itens cujo somatório supere o valor de R\$ 80.000,00, em relação aos itens cujos valores estimados individualmente não ultrapassem essa cifra?

Ilustre-se a hipótese: O edital discrimina a compra dos seguintes objetos: item 1 (x cadeiras – valor total estimado de R\$ 60.000,00); item 2 (x sofás de dois lugares – valor total estimado de R\$ 100.000,00); item 3 (x mesas – valor total estimado de R\$ 150.000,00); item 4 (x tapetes – valor total estimado de R\$ 40.000,00); item 5 (x suportes para livros – valor total estimado de R\$ 5.000,00). Total estimado da licitação: R\$ 355.000,00. Em relação aos itens 1, 4 e 5, seria legítima a exclusiva participação de microempresas e empresas de pequeno porte, e para os demais itens (2 e 3) ampliar-se a participação, conferindo-se, em relação a esses itens (2 e 3), o tratamento privilegiado previsto no art. 44 da Lei Complementar nº 123/06?

(...)

Em licitações divididas em itens, lotes ou grupos, cada item representa uma licitação separada das demais, com julgamentos e adjudicações independentes.

A divisão da licitação em itens atende à regra de parcelamento inscrita no art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93, a que alude a Súmula nº 47, do Tribunal de Contas da União, além de ensejar economia de tempo e de recursos financeiros, uma vez que é realizada uma única licitação para objetos específicos.

Dessas licitações podem resultar, portanto, várias contratações distintas, derivadas de um único instrumento convocatório, em razão da possibilidade de serem adjudicados os itens a licitantes distintos que ofertaram propostas para um ou mais itens, selecionados por meio de uma única licitação. Pode um único licitante consagrar-se vencedor de todos os itens, de que resultarão contratações totais superiores a R\$ 80.000,00. Tal possibilidade não infringe o disposto no art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06, bem como o art. 6º do Decreto nº 6.204/07, em decorrência da autonomia da adjudicação de cada item. Ou seja, mesmo na hipótese em que há um único vencedor para todos os itens, os julgamentos e as adjudicações operam de forma independente.

Se fossem realizadas licitações apartadas, ou seja, fossem publicados vários instrumentos convocatórios independentes, e em cada um deles houvesse um único objeto (item), com valor estimado igual ou inferior a R\$ 80.000,00, não haveria dúvida acerca da exclusiva participação de entidades de menor porte.

Existindo itens (ou lotes/grupos) num mesmo instrumento convocatório, com valores iguais ou inferiores a R\$ 80.000,00, para cada um deles o edital poderá regulamentar a exclusiva participação de entidades de menor porte, conforme preceitua o art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06. Para os demais itens, com valores individuais superiores da R\$ 80.000,00, o mesmo instrumento convocatório estenderá a participação às demais categorias empresariais do ramo do objeto em licitação (grande e médio porte), concedendo o tratamento privilegiado às entidades de menor porte na hipótese de ocorrer o ‘empate ficto’ (art. 44 da Lei Complementar nº 123/06).

A jurisprudência da Corte de Contas federal fixou-se no sentido de ser legítimo conferir-se a exclusiva participação de entidades de menor porte em itens da licitação cujos valores não ultrapassem o valor de R\$ 80.000,00, nada obstante o somatório total superar essa cifra.”

Os juristas, então, transcrevem o Acórdão nº 3.771/12 do Tribunal de Contas de União, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira; e o Agravo nº 104017 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de relatoria do Desembargador Federal Francisco Wildo.

Neste mesmo sentido é a Orientação Normativa nº 47 da Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

“ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 47, DE 25 DE ABRIL DE 2014: ‘Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do Decreto nº 6.204, de 2007.’ “

Já em relação ao inciso III do art. 48 do Estatuto Nacional da Microempresa, tem-se que:

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

(...)

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.”

Assim como no inciso I do mesmo dispositivo legal, a antes faculdade da Administração passa a ser uma imposição. Deve ser ressaltado que a exigência diz respeito somente à aquisição de BENS, tendo sido retirada a previsão de contratação de serviços, antes existente no texto. A dúvida expressa diz com a maneira de se fazer a aplicação do regramento. Na prática, de cada contratação a ser realizada, parte do objeto, se divisível, deverá ser apartado para disputa exclusiva entre microempresas e empresas de pequeno porte. Serão julgamentos separados, gerando vencedores distintos e contratos também distintos.

Sobre o tema, elucida Sidney Bittencourt (*As Licitações Públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas*. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 100-101):

“O dispositivo aponta, portanto, caso seja adotado o regime de cota, para uma competição reunindo somente micro e pequenas empresas, haja vista a exclusividade concebida.

Relembra-se, como já acentuamos neste trabalho, que a Lei nº 8.666/93, no §1º do art. 23, já determina que as obras, os serviços e as compras efetuadas pela Administração, quando configurarem bens divisíveis, devem ser subdivididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

A novidade do dispositivo é o estabelecimento de percentual máximo (25% do objeto) voltado exclusivamente para a contratação de micro ou pequenas.

Da mesma forma que observamos em obra específica, quando comentamos os parágrafos 1º e 7º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, este texto legal está condicionado a dois inafastáveis pressupostos:

- a) tratar-se de compra de bens de natureza divisível;
- b) não configurar-se, com tal permissão, prejuízo para o conjunto ou complexo desejado (muito embora a LC nº

123 não preconize tal determinação).

Bens divisíveis são aqueles que podem ser divididos em partes (ou porções), formando estas partes um objeto homogêneo e distinto em relação ao todo. Indivisíveis são os bens que não se podem dividir, sem que sua essência seja alterada.

Apesar da simples conceituação, na verdade a situação deve ser sopesada, uma vez que, dependendo da forma que o objeto se apresente, ele poderá caracterizar-se como divisível ou não. Exemplifica-se: gêneros alimentícios são tipicamente bens divisíveis. Uma máquina ou um veículo são exemplos clássicos de bens indivisíveis. A aquisição, no entanto, de um número *xis* de veículos tem o condão de torná-los bens divisíveis.

Sendo os bens pretendidos de natureza divisível, a cotação de quantidade inferior só poderá ocorrer quando essa não trazer em seu bojo prejuízos ao conjunto do objeto licitado. Assim, razões de ordem técnica, devidamente avaliadas e justificadas pela Administração, que demonstrem um prejuízo ao conjunto pretendido, impedirão a adoção do regime de cota.

Evidencia-se que, com o estabelecimento de cota, possivelmente haverá dois vencedores, com valores absolutamente distintos.

Sobre a questão, observa Jonas Lima:

‘Em uma visão geral, as regras (...) devem ser interpretadas com a concepção de que, para cada um dos lotes (cotas) os respectivos preços foram os mais vantajosos (em seus contextos), lembrando-se ainda que a economia de escala e a efetivação dos princípios constitucionais benéficos às micro e pequenas empresas justificam a diversidade de preços entre as cotas na mesma licitação.’

Acrescenta-se que não há qualquer óbice quanto à participação de micro ou pequenas empresas da competição, visando abiscoitar também a parte a elas não reservada.

O Decreto federal nº 6.204/07, cumprindo a sua função regulamentar, dispõe que, nas licitações com reserva de cota de até 25% do objeto para contratação de micro e pequenas

empresas, o instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado (§2º do art. 8º). Determina ainda o diploma regulamentar, caso a mesma empresa sagre-se vencedora das duas cotas (reservada e principal), que a contratação da reservada deverá ocorrer pelo preço da principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada (§3º do art. 8º).”

Maiores cuidados devem ser adotados, ainda, quando da aplicação destes ensinamentos ao Sistema de Registro de Preço. Assim, como nos demais procedimentos licitatórios, deve-se ter em mente que haverá a possibilidade de haver dois vencedores – em decorrência, haverá a assinatura de duas atas de registro de preço – uma com a microempresa vencedora da cota reservada e outra com o restante do lote. Ademais, tendo em vista que no registro de preço tem-se no edital convocatório uma expectativa de aquisição, somente será assegurada a cota de 25% reservada a cada compra efetivada.

Explica-se. Se é publicado um edital de registro de preços prevendo-se a aquisição de 100 computadores: poderá haver a assinatura de uma ata de até 25 computadores, e uma outra de até 75 computadores. A cada efetiva aquisição, 25% do objeto deverá ser adquirido da cota reservada, e os outros 75% do outro licitante.

O questionamento seguinte expressa dúvida quanto ao disposto no §3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, nos seguintes termos:

“§3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.”

A consultante, em primeiro lugar, solicita esclarecimento quanto ao significado da expressão local ou regionalmente. Sobre o tema discorre Cláudio J. Abreu Júnior, em texto elaborado antes da alteração procedida pela Lei Complementar nº 147/04, quando em comentário o art. 49, II, do Estatuto Nacional da Microempresa, que contém a mesma expressão “local ou regionalmente”. Diz o artigo referido (O significado da expressão “regionalmente” prevista no art. 49, II da LC nº 123/2006 segundo o TCE/MG. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/o-significado-da-expressao-regionalmente-prevista-no-art-49-ii-da-lc-no-1232006-segundo-o-tcemg/>>. Acesso em 18/12/2014).

“(…)

Diante disso, consultante propôs a seguinte pergunta ao TCE/MG: **‘Para a aplicação do artigo 49, inciso II, qual a definição de ‘regionalmente’? Devemos usar a região política, geográfica ou consideramos a microrregião? Qual a definição clara e objetiva de região para a aplicação deste artigo?’**

Em resposta, o Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão do TCE/MG, na sessão plenária de 03/07/2013, entendeu que ‘o Estatuto das Microempresas **não trouxe um conceito preciso para a expressão ‘regionalmente’**. Por esse motivo, entendo que **o próprio gestor deverá delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o sentido e o alcance da citada expressão**’. (Grifou-se). Afirmou ainda que o **alcance e o conceito** da expressão ‘regionalmente’ **irão variar de acordo com as peculiaridades de cada licitação**. Apontou que, para tanto, “deverão ser levadas em conta as **especificidades do objeto licitado**, o princípio da razoabilidade e os três objetivos do tratamento diferenciado, quais sejam”: **a)** a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; **b)** a ampliação da eficiência das políticas públicas; **c)** o incentivo à inovação tecnológica.

Nesse mesmo sentido, o TCE/MG apresentou

orientação da Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais (órgão integrante da Advocacia Geral União – AGU) no sentido de que: ‘o significado da expressão ‘regional’ deve ser buscado na situação concreta, **podendo englobar os Municípios próximos ao Município em que se encontra o órgão assessorado, independentemente de fazer parte do mesmo Estado.** A delimitação da região deverá constar no edital e os motivos ensejadores da referida definição deverão estar expressos nos autos’.(Grifou-se).

Da mesma forma entendeu o Tribunal de Contas da União ao deixar claro que ‘o próprio conceito de ‘âmbito regional’ constante da LC nº 123/2006 e do Decreto nº 6.204/2007 **não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado.** (Acórdão nº 2957.49/11, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, j. em 09/11/11).

Assim, **TCE/MG** fixou seu entendimento no sentido de que a expressão ‘regionalmente’ **não possui conceito objetivo/direto**, sendo assim, **o seu alcance não está restrito ao âmbito de cada Estado e irá variar conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto enfrentado pela Administração, devendo o (a) contratante fixar no edital qual é a delimitação da região e, ainda, justificar nos autos os motivos que levaram a essa delimitação.** Não é correto, portanto, utilizar, de forma genérica, a região política, geográfica ou mesmo a microrregião para os fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, por isso o gestor deverá demonstrar **motivadamente** que foi levado em consideração as **particularidades do objeto licitado**, bem como o princípio da **razoabilidade** e os objetivos **do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs** previstos no art. 47 da LC 123/06.”

Muito embora as considerações acima transcritas tenham tido por objeto dispositivo legal diverso, o entendimento a ser aplicado no caso em tela deve ser o mesmo. Isso porque a expressão utilizada pelo legislador é idêntica, denunciando a intenção de obter-se o mesmo objetivo final - o desenvolvimento econômico local. Assim, a definição de “local” deve ser dada a cada caso, tendo em vista a realidade fática de cada contratação, buscando-se sempre o objetivo da lei - proteção à microempresa e empresa de pequeno porte e o desenvolvimento econômico da região.

A questão seguinte tem por objeto a expressão final do §3º do art. 48 da LC nº 123/06, com a redação trazida pela LC 47/2014: “até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido”. A consultante traz dúvida se “a prioridade da contratação será feita nos mesmos moldes do artigo 45 da LC nº 123/06?”.

Para melhor compreensão, segue a redação do dispositivo legal citado:

“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.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

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 poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa

ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no **caput** deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.”

O art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 trouxe o benefício do chamado “empate ficto” às microempresas e empresas de pequeno porte. O art. 45 descreve o procedimento a ser adotado. Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão. Disponível em <http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf>. Acesso em 18/12/2014):

“A norma está corretamente redigida, mas, para interpretá-la e aplicá-la mais facilmente, recomenda-se:

a) nas licitações regidas pela Lei de Licitações e Contratos, nas modalidades convite, tomada de preços e

concorrência, cujo critério de julgamento seja o tipo menor preço:

a.1) abrir as propostas e verificar a conformidade do objeto descrito na mesma com os requisitos do edital, desclassificando as propostas desconformes;

a.2) as propostas conformes devem ser submetidas, em seguida, ao exame da compatibilidade de preços com os praticados no *mercado legal*, como tal entendidos os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública;

a.3) se a proposta de menor preço tiver sido formulada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, considerá-la vencedora do certame.

Embora a norma não seja literal nesse sentido, o atento exame da regra insere no dispositivo seguinte - art. 45, § 2º - revela que o direito de preferência somente ocorre da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte em relação àquelas que não integram essa categoria. Não faz sentido, pretender impor empate técnico entre essas especiais categorias de empresa. A norma deve ser sempre interpretada segundo a sua finalidade.

a.4) se a proposta de menor preço não tiver sido formulada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, estabelecer um intervalo de 10% superior ao valor do menor preço da proposta conforme o edital, dentre as classificadas conforme o edital que apresentem preços compatíveis com o de mercado:

- verificar se nesse intervalo há empresa enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, consultando os licitantes se necessário;

- existindo, considerar o preço dessa ou dessas, se mais de uma, empatadas com o licitante que ofereceu o menor preço.

Em tais circunstâncias pode ocorrer do *empate* não ser seqüencial, bastando para tanto que as diferenças sejam em percentuais inferiores a 10%. Para melhor compreensão, tome-se em consideração esta hipótese: - menor preço: R\$ 10.000,00, licitante não favorecido pelo Estatuto em comento;

- 2º menor preço: R\$ 10.100,00, licitante favorecido

pelo Estatuto em comento;

- 3º menor preço: R\$ 10.200,00, licitante não favorecido pelo Estatuto em comento;

- 4º menor preço: R\$ 10.300,00, licitante favorecido pelo Estatuto em comento.

Considerar-se-ão empatados com o primeiro classificado, na dicção do Estatuto, o 2º e 4º classificados.

b) nas licitações regidas pela Lei do Pregão:

b.1) os dois primeiros passos são iguais a a.1 e a.2 do exposto em relação as modalidades regidas pela Lei nº 8.666/93;

b.2) na seqüência, o legislador não definiu se a proposta de menor preço tiver sido formulada por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte dever-se-á considerá-la vencedora do certame ou se dará seguimento a fase de lances. A regra prevista no § 3º do artigo seguinte, porém, deixa claro que haverá a fase de lances;

b.3) encerrada a etapa competitiva de lances, se o lance provisoriamente vencedor não tiver sido formulado por Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, estabelecer um intervalo 5% superior ao valor do menor lance;

b.4) verificar se nesse intervalo há empresa enquadrada como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, consultando os licitantes se necessário;

b.5.) existindo, considerar o preço dessa ou dessas, se mais de uma, empatadas com o licitante que ofereceu o menor preço.

É forçoso reconhecer que o licitante-lançador vencedor pode propositadamente, ao perceber que o segundo colocado está entre os beneficiários da Lei Complementar nº 123/2006, dar novo lance, para que o intervalo seja superior a 5%, o que será viável em vários casos.

Por esse motivo, entre outros, é necessário que o direito de preferência se faça antes da fase de negociação. Caso contrário, o licitante poderá, na negociação, abrir um intervalo superior a 5% com o nítido propósito de obstar a eficácia da Lei Complementar nº 123/2006.

No pregão, também é possível que no intervalo exista mais de uma empresa e o empate não seja sequencial, em semelhança ao exposto nas modalidades regidas pela Lei nº 8.666/93.”

O regramento trazido pelo §3º do art. 48 traz a mesma previsão de benefício, só que, desta feita, para as MEs ou EPPs situadas no local ou região da contratação, quando a licitação for exclusiva para microempresas e EPPs. Assim, o procedimento deve ser o mesmo adotado para a implementação do art. 45 do Estatuto Nacional de Microempresa.

No caso de existir mais de uma oferta de microempresa ou empresa de pequeno porte sediadas localmente dentro do limite de 10% superior ao menor preço válido, deverá ser realizado sorteio para estabelecer a quem será oportunizada a realização de nova proposta, nos termos do art. 45, III, da LC 123/06.

Trata-se de um novel regramento, que pouco foi discutido e sobre o qual ainda inexistem decisões judiciais ou dos Tribunais de Conta. Também pouca ou nenhuma doutrina existe sobre o tema. Recomenda-se, assim, haja cautela na utilização do novo sistema de preferências previsto no art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06, uma vez que seu uso depende de opção da Administração.

Por fim, o último esclarecimento solicitado reside no art. 49, IV, da Lei Complementar nº 123/06, com a seguinte redação:

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

(...)

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.”

A redação original do artigo excetuava a aplicação dos benefícios à microempresa nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação constantes da Lei Geral de Licitações. O novo regramento afasta parte da exceção, trazendo os benefícios aos casos da chamada dispensa por pequeno valor, insculpida nos incisos I e II da Lei nº 8.666/93. Dizem os dispositivos citados:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;”

A primeira consideração à nova redação do inciso IV do art. 49 diz respeito ao uso do vocábulo “compra”, que não se coaduna com a previsão dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93. É que a compra remete à ideia de aquisição de bens, enquanto a Lei de Licitações, nos incisos referidos, dispensa o procedimento licitatório nas contratações de bens, serviços e obras. Assim, deverá ser entendido “compra” enquanto “contratação”. Se fosse considerada compra como aquisição de bens, não haveria sentido na menção ao inciso I, que se refere somente a obras e serviços de engenharia.

Ultrapassada esta primeira premissa, deve ser observado também o uso do vocábulo “preferencialmente”. Isto significa que o uso

será obrigatório, a menos que haja uma justificativa para não fazê-lo. Ou seja, a regra seria a contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor encontra-se nos limites dos incisos I e II da Lei de Licitações. A não exclusividade seria exceção, em decisão devidamente motivada pelo gestor.

Neste sentido, tem-se a lição de Hélio Mileski (ob. cit., p. 67):

“Nessa situação regulada pelo inciso IV, na forma redacional trazida pela LC nº 147/2014, ficam excepcionadas do óbice legal as dispensas mencionadas nos incisos I e II da Lei nº 8.666/93, qual sejam, nas obras e serviços de engenharia: 10% do limite previsto para convite R\$ 150.000,00; outros serviços e compras de pequeno valor: 10% do valor do limite previsto para o convite R\$ 80.000,00. Nessas situações excepcionadas, a dispensa de licitação permitida deverá ser realizada com preferência assegurada às microempresas e empresas de pequeno porte.”

Assim, a resposta ao último questionamento – será obrigatório que a cotação eletrônica seja feita apenas entre microempresas e empresas de pequeno porte em todos os casos cuja dispensa seja em razão do valor? - é que **PREFERENCIALMENTE** a cotação eletrônica, nestes casos, será feita entre microempresas e empresas de pequeno porte. Em caso de não adoção da preferência, a decisão deverá ser devidamente justificada.

Cita-se como exemplo da possibilidade de afastamento da exclusividade quando, em uma primeira cotação eletrônica, todas as microempresas e empresas de pequeno porte concorrentes ofertarem preço superior ao valor de referência, ou forem todas desabilitadas. Ademais, o próprio art. 49, nos incisos I a III, refere outras situações em que não se aplica a exclusividade tratada nos artigos anteriores.

Ante o exposto, conclui-se que:

1) a partir da publicação da Lei Complementar nº 147/14, todas as licitações cujo valor de contratação seja de até R\$ 80.000,00 serão destinadas exclusivamente à participação das microempresas e empresas de pequeno porte;

2) nas aquisições de bens de natureza divisível, uma cota de 25% será reservada para disputa somente entre microempresas e empresas de pequeno porte, podendo, ao final do certame, haver dois vencedores – um referente à cota de 25% e outro referente aos 75% restantes;

3) a expressão “local ou regionalmente” trazida pelo §3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 deverá ser avaliada a cada caso, conforme ditames do Acórdão nº 2.957/11 do Tribunal de Contas da União;

4) o benefício trazido pelo §3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 deverá ser aplicado nos mesmos termos do art. 45 da legislação em comento;

5) a cotação eletrônica nos casos de contratação direta, com base nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93, deverá ser feita preferencialmente entre microempresas e empresas de pequeno porte. Nos casos em que não adotada a exclusividade, deverá haver a devida justificativa.

Por derradeiro, recomenda-se a revisão do texto da Lei Estadual nº 13.706/11 e do Decreto Estadual nº 48.160/11, tendo em vista que se encontram em desacordo com as alterações procedidas na Lei Complementar nº 123/06. Para tanto, deverá ser remetida cópia do presente Parecer à Casa Civil, para adoção das medidas cabíveis.

É o parecer.

Porto Alegre, 12 de março de 2015.

MARLISE FISCHER GEHRES
Procuradora do Estado