TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

CONSULTA N. 932701

Consulente: Celso Cota Neto

Procedência: Município de Mariana

RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

EMENTA

CONSULTA. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. LICITAÇÃO. TRATAMENTO DIFERENCIADO E SIMPLIFICADO A MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. NECESSIDADE DE PREVISÃO DE REGRAS NO EDITAL PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO CONTIDO NO ART. 48, § 3º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. ALCANCE DA EXPRESSÃO "REGIONALMENTE".

1. Salvo se de outro modo disposto nas normas locais, a Administração poderá pagar até 10% (dez por cento) a mais do melhor preço válido na licitação para contratar licitantes enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente (art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06).

2. A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que, de forma expressa, constem, no ato convocatório, o percentual de preferência e as regras para a sua concessão, e, na fase interna, além desses elementos, também a justificativa.

3. No âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual, o sentido da expressão "regionalmente", prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.

4. Para os jurisdicionados municipais que não possuam norma específica, aplicam-se as disposições da Consulta nº 887734 quanto ao alcance da expressão "regionalmente".

PARECER

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

16ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, realizada no dia 01/06/2016

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Senhor Celso Cota Neto, Prefeito do Município de Mariana, por meio da formula os seguintes questionamentos:

> A dúvida, por parte do gestor, é, em caso de cumprir o § 3º do artigo 48, inserido pela LC 147/2014, em ambos os casos hipoteticamente apresentados, poderia o Município despender 10% do preço final, a mais do que, em tese, seria considerado o menor preço, apenas para favorecimento de uma microempresa local ou regional?
>
> Em ambas as hipóteses, se positiva a resposta, tal disposição deverá obrigatoriamente, ser inserida no instrumento convocatório ou basta a aplicação generalizada da lei por parte da Comissão de Licitação ou Pregoeiro?

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

> É possível, no próprio instrumento convocatório, definir o que entende a Administração por "regional" para fins de aplicação do dispositivo?

Autuada e distribuída à minha relatoria (fl. 04), a Consulta foi encaminhada à Assessoria de Súmula, Jurisprudência e Consultas Técnicas, que emitiu o relatório de fls. 07/11., informando que o Tribunal ainda não se manifestou especificamente sobre os questionamentos formulados pelo Consulente. Por outro lado, pontuou que, na Consulta nº 887734, o Tribunal delimitou o alcance da expressão "regionalmente" para os fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar

Observadas as disposições regimentais vigentes para a espécie, notadamente o § 1º do art. 210-B do Regimento Interno, conheço da Consulta.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, tenho uma declaração de suspeição da minha parte.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Declarada a suspeição do Conselheiro Wanderley Ávila.

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO HAMILTON COELHO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

De acordo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

ADMITIDA A CONSULTA, POR UNANIMIDADE; DECLARADA A SUSPEIÇÃO DO CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Mérito

Conforme relatado, o Consulente, por meio de três questionamentos, procura saber como deve ser interpretado e aplicado, pela Administração, o benefício conferido pelo art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06 às microempresas – ME e às empresas de pequeno porte – EPP.

Para responder às indagações formuladas pelo Senhor Celso Cota Neto, Prefeito de Mariana, convém iniciar a explanação pelo último dos três questionamentos, por meio do qual o Consulente pergunta se é possível que a Administração defina, no próprio edital, o alcance da expressão "regional", contida no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06.

Conforme pontuado pela Assessoria de Súmula, Jurisprudência e Consultas Técnicas, o Tribunal, no âmbito da Consulta nº 887734, apreciada na sessão de 03/07/13, respondeu questionamento bastante semelhante ao que ora se analisa. Naquela oportunidade, buscava-se saber o alcance da expressão "regionalmente" inserida no art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06.

No parecer aprovado pelo Tribunal Pleno, restou consignado que:

> O próprio gestor deverá delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o sentido e o alcance da citada expressão. Para tanto, deverão ser levadas em conta as especificidades do objeto licitado, o princípio da razoabilidade e, também, os três objetivos do tratamento diferenciado, quais sejam: 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.
>
> (...)
>
> 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.

Pouco mais de um ano após a apreciação da Consulta nº 887734, foi publicada a Lei Complementar nº 147/14, que alterou diversos dispositivos da Lei Complementar nº 123/06 e inseriu novos benefícios para as ME e EPP, dentre os quais se destacam a obrigatoriedade de realizar procedimento licitatório exclusivo para as microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$80.000,00 (oitenta mil reais) e o estabelecimento, em aquisições de bens de natureza divisível, de cota de até 25% do objeto para a contratação de ME e EPP.

Além desses benefícios, foi introduzido o § 3º no art. 48 Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

> Art. 48, § 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.

Por meio deste dispositivo legal, a Administração passou a ter a faculdade (e não o dever) de estabelecer margem de preferência de até 10% do menor preço válido para as ME e EPP sediadas "local ou regionalmente". No entanto, mais uma vez, não foram definidos o sentido e o alcance desta expressão.

Na esfera federal, o recente Decreto nº 8538/15, publicado com o intuito de regulamentar os novos benefícios introduzidos pela Lei Complementar nº 147/14, optou por considerar a expressão "âmbito regional" como sendo os "limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE" (art. 1º, § 2º, inciso II).

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Alternativamente, o § 3º do art. 1º do mencionado Decreto Federal nº 8538/15 estabeleceu a possibilidade de ser adotado outro critério de definição desde que respeitadas certas regras. A esse respeito, confira-se a redação do dispositivo regulamentar:

> Art. 1º, § 3º - Admite-se a adoção de outro critério de definição de âmbito local e regional, justificadamente, em edital, desde que previsto em regulamento específico do órgão ou entidade contratante e que atenda aos objetivos previstos no art. 1º.

Conquanto o Decreto nº 8538/15 somente seja aplicável à esfera federal, convém tecer breves considerações sobre as definições que ele apresentou, uma vez que os demais entes federados podem tomá-las não como regra, mas como parâmetro de interpretação.

Quanto à definição da expressão "âmbito regional", percebe-se que o Decreto nº 8538/15 adotou critério geográfico específico, restrito ao território de cada Estado. Este Tribunal, contudo, no âmbito da mencionada Consulta nº 887734, tomando como base entendimentos do Tribunal de Contas da União e da Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais chegou a conclusão distinta, uma vez que considerou que "o alcance da expressão 'regionalmente' não está restrito ao âmbito de cada Estado e irá variar conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto enfrentado pela Administração".

O critério geográfico restritivo não leva em consideração as peculiaridades de cada objeto licitado, uma vez que parte da presunção de que o mercado local dos Municípios de um Estado interage mais entre si do que com o mercado de Municípios situados em outro ente federado, bem como presume que todos os bens e serviços que a Administração pretende adquirir possuem mercado restrito aos limites do Estado.

No entanto, de forma pragmática, tem-se que o mercado local de Municípios situados próximos à "fronteira" do Estado muitas das vezes possuem interação maior com o mercado de Municípios do Estado vizinho, principalmente no caso de Minas Gerais, que possui a quarta maior extensão territorial do país.

Outro ponto constante no Decreto nº 8538/15 que merece ser analisado diz respeito à possibilidade de a Administração estabelecer outro critério, além do geográfico, para a definição do que vêm a ser "âmbito regional". Embora salutar essa faculdade conferida pelo Decreto Federal, veja-se que a adoção desse outro critério depende de previsão expressa no regulamento específico do órgão ou entidade.

O fato de condicionar a adoção de outro critério à previsão expressa em outro ato normativo pode acabar impedindo que a Administração tenha a flexibilidade necessária para adaptar o alcance da expressão às peculiaridades do objeto. A esse respeito, o Tribunal, na Consulta nº 887734, pontuou que "o alcance e o conceito da expressão "regionalmente" variarão de acordo com as peculiaridades de cada licitação, não sendo correto, portanto estabelecer uma definição fixa e genérica".

As ponderações feitas ao Decreto Federal nº 8538/15 podem, em menor escala, ser estendidas ao Decreto Estadual nº 44.630/07 (aplicável apenas aos órgãos e entidades do Estado de Minas Gerais), o qual, como regra, também adotou critério geográfico para a delimitação da expressão "regionalmente" [1], prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06.

---

1 Art. 9º-A, § 1º Para fins de aplicação dos benefícios dispostos neste Decreto, serão consideradas sediadas local ou regionalmente as microempresas e empresas de pequeno porte que possuam sede em Minas Gerais, podendo o instrumento convocatório definir outra delimitação, desde que respeitado o limite territorial do Estado de Minas Gerais.

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Por outro lado, ao contrário do regramento federal, o Decreto Estadual nº 44.630/07, fazendo nítida referência à Consulta nº 887734, estabeleceu o seguinte:

> § 2º Quando da delimitação e da definição do que é considerado regional ou local, o Administrador deverá demonstrar, motivadamente, que foram levados em consideração as particularidades do objeto licitado, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às pequenas empresas, previstos no art. 47 da Lei Complementar Federal nº 123, de 2006, e no art. 1° da Lei 20.826, de 31 de julho de 2013.

Verifica-se que, de forma alternativa, o art. 9º-A, § 2º, do Decreto Estadual nº 44.630/07, permitiu a adoção de outro critério sem a necessidade de previsão no regulamento próprio do órgão ou da entidade. Para a adoção desse critério, a norma estadual exigiu que os gestores utilizassem os mesmos parâmetros consagrados na Consulta nº 887734, quais sejam: a) motivação da escolha; b) particularidades do objeto; c) razoabilidade; e d) respeito aos objetivos do tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte.

Assim, havendo norma estadual específica para delimitar o sentido da expressão "regionalmente", prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, tem-se que, para os órgãos e entidades da Administração do Estado de Minas Gerais, o alcance da mencionada expressão deve ser aquele previsto no art. 9º-A, §§ 1º e 2º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.

Por outro lado, para os jurisdicionados municipais que não possuam norma específica para regulamentar o alcance da mencionada expressão permanecem plenamente aplicáveis as disposições da Consulta nº 887734 quanto à forma e o momento de delimitação do alcance da expressão "regionalmente".

Embora tal consulta tenha tido por objeto dispositivo legal distinto do que ora é questionado (naquela foi o art. 49, inciso II, e nesta é o art. 48, § 3º), deve-se interpretar o Estatuto das Microempresas como um "todo harmônico", não sendo razoável atribuir sentidos diferentes para a mesma expressão.

A esse respeito, a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul[2], fazendo menção à Consulta nº 887734 deste Tribunal, emitiu o parecer nº 16.481/15, tecendo as seguintes considerações:

> Assim, o 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

2 Disponível em: http://www2.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16481.pdf

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

> expressão utilizada pelo legislador é idêntica, denunciando a intenção de obter-se o mesmo objetivo final - o desenvolvimento econômico local (grifo nosso).

Desse modo, não havendo norma municipal específica definindo o alcance da expressão "regionalmente", o próprio gestor deverá delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o alcance da citada expressão, levando-se em conta as especificidades do objeto licitado, o princípio da razoabilidade e, também, os objetivos do tratamento diferenciado.

O Consulente questiona, ainda, se o Município poderia contratar com ME ou EPP que, no procedimento licitatório, apresentasse proposta de preço até 10% superior ao menor preço válido até o momento. Para responder a essa indagação, é necessário compreender de que forma deve ser aplicado o benefício previsto no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06.

A dúvida quanto a este ponto resume-se à seguinte pergunta: caso o edital da licitação preveja a aplicação do benefício contido no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06 e tendo uma ME apresentado proposta de preço até 10% superior ao menor preço válido até o momento, deve a Administração adjudicar o objeto em favor da microempresa, ou deve convocá-la para, se for do seu interesse, cobrir a menor proposta apresentada entre os licitantes?

No âmbito federal, o art. 9º do Decreto nº 8538/15 solucionou a questão estabelecendo que, ao aplicar o art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve o gestor realizar procedimentos análogos ao do empate ficto previsto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06. Ou seja, se uma ME ou EPP oferecer proposta de preço até 10% superior ao menor preço válido, deve ela ser convocada para, querendo, apresentar nova proposta inferior àquela considerada vencedora da licitação.

Essa, contudo, não parece ser a posição acolhida majoritariamente pela doutrina. De um modo geral, a leitura que se deve fazer do art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06 parte da premissa de que ele instituiu uma margem de preferência, semelhante àquela prevista no art. 3º, § 5º, da Lei nº 8.666/93, para a contratação de ME e EPP situadas no âmbito local ou regional.

A esse respeito, confira-se o seguinte excerto do parecer emitido pela Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco[3] sobre este tema:

> Foi acrescentado o §3º que permite, de forma justificada, que tais benefícios estabeleçam prioridades de contratação de ME e EPPs estabelecidas local ou regionalmente de até 10% (dez por cento) do melhor preço válido. Com essa disposição, permite-se, em homenagem ao desenvolvimento regional, que o objeto, nessas condições, seja adjudicado a um preço superior àquele que seria obtido, caso o benefício não fosse aplicável.
>
> Trata-se de uma prioridade de contratação, muito semelhante à margem de preferência estatuída no art. 3º da Lei nº 8.666/93, que aproveita apenas, porém, as ME e EPPs, e desde que elas estejam estabelecidas local ou regionalmente, segundo os critérios fixados no instrumento convocatório.
>
> Há de se diferenciar as consequências da prioridade de contratação com o já existente benefício do empate ficto, contemplado no art. 44 da LC nº 123/06. Neste, a ME/EPP melhor colocada que apresente preços até 5% superiores – ou 10% em caso do pregão – ao menor preço obtido no certame licitatório, tem a oportunidade de reduzir a sua

3 Disponível em: http://www.pge.pe.gov.br/app_themes/doc_consultiva_boletim_05_2015_maio.pdf

> proposta e ofertar um preço inferior àquele oferecido pela empresa detentora da melhor proposta. A premissa é conferir uma segunda oportunidade à ME/EPP, mas sem tolerar a contratação a preços superiores. No caso da prioridade de contratação, todavia, quando admitida, abre espaço para a possibilidade de a Administração contratar a preços superiores, conferindo tratamento privilegiado às ME e EPPs sediadas no local/região em que se processa o certame licitatório, mesmo que isso signifique maiores ônus financeiros para o contratante.

No mesmo sentido, Jair Santana[4] tece as seguintes considerações:

> Um novo benefício material foi introduzido no pacote de prerrogativas conferidas às micro e pequenas empresas: passa-se a ser possível "pagar-se mais" na localidade e na região até o limite de 10%.
>
> A regra pode parecer estranha ao primeiro olhar. Mas estamos falando, antes de tudo, da materialização de políticas públicas onde o poder de compra governamental deve ser utilizado para gerar renda, emprego e melhor distribuir as riquezas numa cidade ou região. (...) Pagar mais, mediante justificativas, é privilegiar o mercado local.

Veja-se, ainda, as ponderações feitas por Cláudia Corrêa Leite Bottesi[5], Assessora Técnico-Procuradora do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

> Aliando duas diretivas de cunho constitucional, quais sejam, os benefícios às MPEs e o fomento da economia local e regional, o legislador previu, no § 3º do artigo 48, a possibilidade de se estabelecer prioridade àquelas MPEs que estejam sediadas local ou regionalmente.
>
> Consoante este dispositivo, a Administração Pública poderá pagar preços superiores a melhor proposta para as microempresas e empresas de pequeno porte que estejam sediadas local ou regionalmente, desde que no limite máximo de 10% do melhor preço válido. Trata-se de vantagem competitiva criada para fomentar a economia local.

Da análise da Lei Complementar nº 123/06, não é razoável crer que ela estabeleceu dois benefícios semelhantes para as ME e EPP, sendo um obrigatório e outro facultativo, previstos, respectivamente nos arts. 45 e 48, § 3º, com a mesma metodologia de cálculo e com finalidades bastante parecidas.

Por esse motivo, o mais adequado é considerar que o referido dispositivo deve ser aplicado da mesma forma que é aplicada a margem de preferência prevista no art. 15, § 3º, da Lei nº 8.666/93, não se considerando, nesse caso, empate ficto entre a proposta da microempresa e aquela mais bem colocada até o momento.

Ressalte-se que o benefício contido no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06 consagra um dos princípios da ordem econômica nacional, previsto no art. 170, inciso IX, da Constituição Federal, qual seja, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Na busca pela melhor proposta na licitação, não deve a Administração se ater apenas ao impacto financeiro no curto prazo, mas, sim, às externalidades positivas decorrentes do

---

4 SANTANA, Jair. Novo Estatuto da ME e EPP: Lei Complementar 147 de 7 de agosto de 2014: compras públicas e pequenos negócios: essencialidades e orientações. Fórum: Belo Horizonte.

5 Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/sites/tcesp/files/downloads/20150708_-_artigo-claudine_-leicomplementar147-14.pdf

tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, como, por exemplo, o desenvolvimento do mercado local.

Portanto, respondendo à indagação formulada, tem-se que, caso o benefício contido no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06 esteja expressamente previsto no ato convocatório, a Administração poderá pagar até 10% a mais do melhor preço válido até o momento para contratar microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente

Por fim, o Consulente questiona se haveria necessidade de inserir o benefício contido no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, no edital da licitação, ou se esse decorreria diretamente dos termos do Estatuto das Microempresas.

Como já visto, a preferência contida no mencionado dispositivo legal é facultativa, de modo que fica a cargo da Administração inseri-la, ou não, no edital, de acordo com um prévio juízo de conveniência e oportunidade. Assim, caso o edital da licitação seja silente a seu respeito, o benefício não poderá ser concedido às ME e EPP. Por outro lado, havendo expressa previsão no ato convocatório, a sua observância torna-se obrigatória para a Administração.

Desse modo, a aplicação do benefício contido no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06 não decorre diretamente da lei, sendo necessário que conste no ato convocatório, de forma expressa, o percentual de preferência (limitado a 10% do menor preço válido) e as regras para a sua concessão. Importante frisar que é necessário, ainda, que, na fase interna, a Administração justifique o percentual escolhido para a concessão do referido benefício.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, respondo aos questionamentos formulados pelo Consulente, nos seguintes termos:

1. A Administração poderá pagar até 10% a mais do melhor preço válido na licitação para contratar licitantes enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente (art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06).

2. A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que conste na fase interna e no ato convocatório, de forma expressa, o percentual de preferência, a justificativa e as regras para a sua concessão.

3. No âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública estadual, o sentido da expressão "regionalmente", prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.

4. Para os jurisdicionados municipais que não possuam norma específica, aplicam-se as disposições da Consulta nº 887734 quanto ao alcance da expressão "regionalmente".

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO HAMILTON COELHO:

Senhor Presidente,

Eu gostaria, inicialmente, de parabenizá-lo pelo exauriente e bem lançado voto, que acompanho na íntegra.

Mostram-se oportunas as indagações formuladas pelo consulente, e ora integralmente respondidas, não apenas em razão da relevância óbvia do tema – fomento ao êxito dos pequenos empreendimentos, responsáveis pela maioria das vagas de trabalho disponibilizadas no País – mas também em razão de suas consequências diretas sobre o dever difuso, fixado na Constituição do Brasil, de preservação do equilíbrio ambiental.

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

As modernas aquisições públicas devem ser lastreadas e planejadas a partir de três princípios, contemplados no art. 3º da própria Lei Nacional de Licitações e Contratos: igualdade de tratamento entre os licitantes, vantajosidade para a Administração Pública e sustentabilidade voltada para a preservação ambiental, ressaltando-se que o paradigma "menor preço" foi substituído pelo "melhor preço", para a Administração e para o meio ambiente.

A partir da edição da Lei Complementar n.º 123, de 2006 – escrutinada com precisão no voto do Relator – desde que respeitado o princípio da proporcionalidade e as balizas normativas, é lícito preferir compras locais, de pequenas e médias empresas, prática que reduz impactos ambientais com transporte e embalagens, gera riqueza na própria região e amplia a oferta de mão de obra na área de consumo, promovendo o desenvolvimento sustentável local.

Isso porque a apuração do melhor preço, no procedimento licitatório, passa pela prática da licitação sustentável, que deve mostrar-se a um só tempo economicamente viável, ambientalmente correta e socialmente justa, tal como se verifica na hipótese explorada no caso em tela, no qual um pequeno ônus financeiro adicional para o órgão adquirente é largamente compensado por enormes benefícios sociais e tributários, além de reverter-se em óbvia economia em termos de encargos assistenciais e até serviços de saúde.

Conclui-se, portanto, que, a fim de assegurar que suas compras e contratações se mostrem sustentáveis, devem os diversos órgãos da Administração Pública adquirir produtos e serviços que ostentem qualidade ambiental, econômica e social, tripé da sustentabilidade.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Acompanho o voto de Vossa Excelência.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, peço vista dos autos.

Quero refletir, ainda, sobre algumas questões que foram colocadas.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO A SUBPROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

21ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, realizada no dia 06/07/2016

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

RETORNO DE VISTA

I – RELATÓRIO

Trata-se de consulta do então Prefeito do Município de Mariana, Sr. Celso Cota Neto, assim sintetizada pelo Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão:

> A dúvida, por parte do gestor, é, em caso de cumprir o § 3º do artigo 48, inserido pela LC 147/2014, em ambos os casos hipoteticamente apresentados, poderia o Município despender 10% do preço final, a mais do que, em tese, seria considerado o menor preço, apenas para favorecimento de uma microempresa local ou regional?
>
> Em ambas as hipóteses, se positiva a resposta, tal disposição deverá obrigatoriamente, ser inserida no instrumento convocatório ou basta a aplicação generalizada da lei por parte da Comissão de Licitação ou Pregoeiro?
>
> É possível, no próprio instrumento convocatório, definir o que entende a Administração por "regional" para fins de aplicação do dispositivo?

Na Sessão de 1º/6/2016, havendo o Conselheiro Wanderley Ávila declarado sua suspeição, o Colegiado admitiu a consulta, por unanimidade.

Na sequência, o Relator apresentou seu parecer, com as seguintes conclusões:

> 1. A Administração poderá pagar até 10% a mais do melhor preço válido na licitação para contratar licitantes enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente (art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06).
>
> 2. A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que conste na fase interna e no ato convocatório, de forma expressa, o percentual de preferência, a justificativa e as regras para a sua concessão.
>
> 3. No âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública estadual, o sentido da expressão "regionalmente", prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.
>
> 4. Para os jurisdicionados municipais que não possuam norma específica, aplicam-se as disposições da Consulta nº 887734 quanto ao alcance da expressão "regionalmente".

Naquela ocasião, após terem acompanhado o entendimento do Relator os Conselheiros Hamilton Coelho, Mauri Torres e José Alves Viana, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, devo aderir ao elogio que, na Sessão de 1º/6/2016, fez o Conselheiro em Substituição Hamilton Coelho ao voto do Relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

É que aquele voto, além de sintetizar habilmente as perguntas do consulente, contém subsídios valiosos para a solução do intricado labirinto que é o vigente Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.792, de 2013, pela Lei Complementar nº 147, de 2014, e pela Lei Complementar nº 154, de 2016).

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Permito-me, porém, sugerir acréscimos para o que será o parecer do Tribunal sobre a – nos termos do § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006 –, "prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente".

Meu ponto de partida é o seguinte trecho do voto do Relator:

> ... caso o edital da licitação preveja a aplicação do benefício contido no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06 e tendo uma ME apresentado proposta de preço até 10% superior ao menor preço válido até o momento, deve a Administração adjudicar o objeto em favor da microempresa, ou deve convocá-la para, se for do seu interesse, cobrir a menor proposta apresentada entre os licitantes?
>
> No âmbito federal, o art. 9º do Decreto nº 8538/15 solucionou a questão estabelecendo que, ao aplicar o art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve o gestor realizar procedimentos análogos ao do empate ficto previsto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06. Ou seja, se uma ME ou EPP oferecer proposta de preço até 10% superior ao menor preço válido, deve ela ser convocada para, querendo, apresentar nova proposta inferior àquela considerada vencedora da licitação.

Este segundo parágrafo despertou minha atenção para a circunstância de que, se o Poder Executivo Federal, ao regulamentar o § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, adotou o critério do empate ficto, podem muito bem tê-lo feito – ou virem a fazê-lo – os entes federados subnacionais.

A propósito, não se pode perder de vista que a Lei Complementar nº 123, de 2006, é veiculadora de "normas gerais"; e que ela explicitamente exige normatização por atos de escalão inferior, como ressai de diversos dispositivos seus, por exemplo:

> Art. 77. Promulgada esta Lei Complementar, o Comitê Gestor expedirá, em 30 (trinta) meses, as instruções que se fizerem necessárias à sua execução.
>
> § 1º O Ministério do Trabalho e Emprego, a Secretaria da Receita Federal, a Secretaria da Receita Previdenciária, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão editar, em 1 (um) ano, as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte.
>
> § 2º A administração direta e indireta federal, estadual e municipal e as entidades paraestatais acordarão, no prazo previsto no § 1º deste artigo, as providências necessárias à adaptação dos respectivos atos normativos ao disposto nesta Lei Complementar.
>
> ...

Note-se que os entes federados – incluídos os Estados e os Municípios – estão obrigados a normatizar, no âmbito de suas competências, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Daí que – perdoem-me a insistência – se o Poder Executivo Federal, ao regulamentar o § 3º do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, adotou o critério do empate ficto, podem muito bem tê-lo feito – ou virem a fazê-lo – os entes federados subnacionais.

Por isso, minha primeira proposta é de que se inclua ressalva no item 1 da conclusão do Relator, assim:

> 1. Salvo se de outro modo disposto nas normas locais, a Administração poderá pagar até 10% a mais do melhor preço válido na licitação para contratar licitantes enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente (art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06).

Volto, agora, minha atenção para o item 2 da conclusão do Relator: "A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que conste na fase interna e no ato

convocatório, de forma expressa, o percentual de preferência, a justificativa e as regras para a sua concessão."

Com a devida vênia, afigura-se-me excessiva a exigência de que conste expressamente no ato convocatório a justificativa para a concessão da preferência às microempresas e às empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente.

Recordo as lições – aqui aplicáveis, *mutatis mutandis* – de MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª ed., São Paulo, Dialética, 2002), para quem "O edital deverá prever as regras procedimentais que disciplinarão o procedimento licitatório" (p. 372); e "o edital deve conter apenas os requisitos necessários e úteis" (p. 373).

Atento a esses ensinamentos, e forte na minha convicção de que até por questões práticas os atos convocatórios não devem estender-se desnecessariamente, proponho que se dê ao item 2 da conclusão a seguinte redação:

> 2. A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que, de forma expressa, constem, no ato convocatório, o percentual de preferência e as regras para a sua concessão, e, na documentação da fase interna, além desses elementos, também a justificativa.

Percebo, ainda, a conveniência de aperfeiçoar-se o texto do item 3 da conclusão do Relator: "No âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública estadual, o sentido da expressão 'regionalmente', prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07."

Como sabido, os decretos baixados pelo Governador do Estado – e o Decreto Estadual nº 44.630, de 2007, é um deles – são, pela própria natureza, obrigatórios no âmbito do Poder Executivo estadual.

Especificamente, as normas e os procedimentos do Decreto Estadual nº 44.630, de 2007, conforme consta no § 1º do seu art. 1º, "aplicam-se à administração pública direta, autárquica e fundacional."

Assim, ou bem se abandona o item 3 (porque não foi objeto da consulta procedente do Município de Mariana), ou bem se adotam os termos seguintes:

> 3. No âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual, o sentido da expressão "regionalmente", prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.

Finalmente, aquiescendo à redação proposta pelo Relator para o item 4 da conclusão, registro que o Município de Mariana, de onde procede a consulta, conta com normatização própria – Lei Complementar Municipal nº 71, de 2010, art. 29, art. 31, inciso II, e art. 32 – à luz da qual é possível afirmar que, lá, no contexto de que se trata, a expressão "regionalmente" deve ser entendida como o conjunto dos "municípios circunvizinhos".

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto no voto do Relator e da contribuição que estou oferecendo, proponho que a consulta seja respondida nos seguintes termos:

1. Salvo se de outro modo disposto nas normas locais, a Administração poderá pagar até 10% a mais do melhor preço válido na licitação para contratar licitantes enquadradas como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente (art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06).

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

2. A aplicação desse benefício não decorre diretamente da lei, sendo necessário que, de forma expressa, constem, no ato convocatório, o percentual de preferência e as regras para a sua concessão, e, na fase interna, além desses elementos, também a justificativa.

3. No âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual, o sentido da expressão "regionalmente", prevista no art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07.

4. Para os jurisdicionados municipais que não possuam norma específica, aplicam-se as disposições da Consulta nº 887734 quanto ao alcance da expressão "regionalmente".

Em síntese, Senhores Conselheiros, estou acompanhando a essência do que foi proposto pelo Relator e apenas proponho alguns aperfeiçoamentos num ou noutro ponto da conclusão do voto.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, declaro a minha suspeição.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, a redação trazida pelo Conselheiro Gilberto Diniz é mais propícia a esclarecer adequadamente a resposta ao consulente. A estruturação sintática que ele traz, realmente, parece-me que ficou bem melhor do que a que eu trouxe para responder à consulta.

Por essa razão, vou aderir à divergência na redação trazida para a resposta, já que não há divergência quanto às fundamentações.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

Nós, deste Tribunal, já havíamos respondido a uma consulta, se não me engano de autoria do Conselheiro Cláudio Terrão, votada por unanimidade, em que definimos o critério para entendimento da expressão "regional", passando esta condição a quem fizer a licitação, de poder determinar, naquele caso, o conceito de "regional".

Não sei se seria interessante não nos limitarmos ao decreto estadual e deixarmos este conceito do "regionalmente"...

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Mas o decreto se limita à Administração Direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

Sim, Vossa Excelência faz o recorte para o âmbito estadual, não é? Mas, mesmo assim, imagino que numa compra descentralizada..., entendo que, também, o governo estadual deva estimular essas compras regionais.

É uma consideração que faço: se nós poderíamos deixar de incluir na resposta essa obrigatoriedade de obedecer ao decreto, mesmo porque o que se pretende é modernizá-lo de acordo com esse conceito de região.

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, penso que o decreto, uma vez vigente, deve ser observado no âmbito da Administração Direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo estadual.

Mas também, como deixei consignado na fundamentação do meu voto, considerando que a questão relacionada ao decreto estadual não foi objeto da consulta, se for retirada da resposta não fará nenhuma diferença.

Então, deixo à consideração do Relator a propositura de V. Exa., porque foi ele quem trouxe esta questão e eu só ofereci aperfeiçoamento na redação da resposta apresentada pelo Relator.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, estou sendo muito franco. Penso que a proposta de Vossa Excelência destrói a ideia da regulamentação trazida pela norma. O item que fala deste tópico é o item 3, que diz o seguinte:"

> *"No âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo estadual, o sentido da expressão¨ regionalmente" prevista no Art.48, §3º, da Lei Complementar 123/06 deve ser aquele contido no art. 9º-A, § 1º, do Decreto Estadual nº 44.630/07."*

Nós temos que obedecer ao decreto estadual, mas é claro que no âmbito estadual. A meu ver, ficou muito claro que cada unidade federada deverá dar, para uma maior segurança interpretativa, o conceito de "regionalmente" que ela entender.

Pode ser geográfico, pode ser econômico, enfim, a questão do "regionalmente", trazido e respondido naquela oportunidade, parece-me que foi exatamente na lacuna da norma. Não havendo a norma, "regionalmente" se entende com bom senso, em face das peculiaridades trazidas na motivação para aquelas contratações especificadas.

E aí, o bom senso pode trazer, como já disse aqui, ou o critério regional, ou o geopolítico ou o econômico. Isso já foi respondido.

Mas agora, nós estamos diante de uma normatização do Estado. Em face do Estado, penso que deve ser cumprida a norma. Não há espaço para outro caminho que não seja o de se cumprir a norma. Evidentemente, os municípios, tendo a condição de autonomia e de legislação específicas, podem definir cada qual os seus critérios específicos.

Vou pedir vênia para não aderir à ideia de Vossa Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

Vou então manifestar o meu entendimento no sentido de votar com o Relator, com as considerações e acréscimos feitos pelo Conselheiro Gilberto Diniz, mas votando contra o conceito de se obedecer ao que está hoje no decreto estadual, mesmo porque, se há uma alteração no decreto, esta consulta perderia o seu sentido didático de sinalizar o que é "regionalmente" e não traria nenhuma contribuição a essa ideia de descentralizar as aquisições do poder público, quer seja municipal, quer seja no âmbito estadual.

APROVADO O VOTO DO RELATOR, COM OS ACRÉSCIMOS COLOCADOS PELO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ E QUE FORAM POR ELE ADMITIDOS, VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO, NO CONCERNENTE AO

CONCEITO DE "REGIONAL" PARA O GOVERNO ESTADUAL. DECLARADA A SUSPEIÇÃO DO CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

O Conselheiro Mauri Torres quer fazer alguma manifestação?

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Continuo de acordo com o voto do Relator, uma vez que Sua Excelência acolheu as sugestões do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Pela mesma forma, Senhor Presidente, mantenho o meu voto de acordo com o Relator, que encampou as considerações do Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

A Conselheira Adriene Andrade foi substituída pelo Conselheiro Hamilton Coelho e o Conselheiro Wanderley Ávila declarou suspeição.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG SCHMIDT DE ANDRADE DUARTE.)

fg/rp

CERTIDÃO

Certifico que a **Ementa** desse **Parecer de Consulta** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

_____

Coordenadoria de Sistematização e Publicação das Deliberações e Jurisprudência