

Processo n. : 932.701

Natureza : Consulta

Consulente : Prefeitura Municipal de Mariana

Relator : Conselheiro em Substituição Licurgo Mourão

I – RELATÓRIO

Trata-se de Consulta protocolizada nesta Corte em 29 de setembro de 2014 e autuada sob o n. 932.701, formulada pelo Prefeito Municipal de Mariana, Sr. Celso Cota Neto, conforme prerrogativa preceituada no art. 210, I, do RITCEMG, nos seguintes termos:

[...] consulta o entendimento do TCE acerca da **interpretação e aplicação do §3º, do artigo 48**, supra transcrito, diante da situação hipotética que se apresenta:

Hipótese 1 – Licitação exclusiva para Microempresa

Supondo que o Município proceda a abertura de certame licitatório, exclusivo a participação de microempresas (art. 48, §1º) em ocorrendo disputa de preços, do qual resulte diferença a maior em até 10% do preço final, é possível declarar vencedora aquela Microempresa situada no local ou região, que apresente o preço maior (limitado a 10%) em detrimento daquela que, embora tenha apresentado preço menor, não esteja localizada no local ou na região? (*sic*)

Hipótese 2 – Licitação não exclusiva a Microempresa

Em um certame licitatório franqueado a qualquer empresa, aplicando-se a rigor o artigo 47, em ocorrendo disputa de preços que resulte diferença a maior em até 10% do preço final, é possível declarar vencedora Microempresa (local ou regional), que tenha ofertado o preço maior, em detrimento daquela outra (microempresa ou não) que, embora tenha ofertado preço menor, não esteja situada no local ou região.

A dúvida por parte do gestor é, em caso de cumprir o §3º do artigo 48, inserido pela LC 147/2014, 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?

A Consulta foi distribuída ao Conselheiro Cláudio Couto Terrão à fl. 04, e redistribuída ao Conselheiro em Substituição Licurgo Mourão à fl. 05, que, nos termos do art. 210-B, §2º, do RITCEMG, determinou o encaminhamento dos autos a esta Assessoria de Súmula,

Jurisprudência e Consultas Técnicas, para elaboração de relatório técnico com a indicação das deliberações desta Corte de Contas acerca das questões suscitadas e respectivos fundamentos.

II – HISTÓRICO DE DELIBERAÇÕES ACERCA DAS QUESTÕES SUSCITADAS

- 1. Ocorrendo disputa de preços em um certame licitatório com a participação exclusiva de microempresas (art. 48, I), da qual resulte diferença a maior em até 10% do preço final, é possível declarar vencedora aquela microempresa situada no local ou região, que apresente o preço maior (limitado a 10%) em detrimento daquela que, embora tenha apresentado preço menor, não esteja localizada no local ou na região?**
- 2. Em caso de disputa de preços em certame licitatório franqueado a qualquer empresa (art. 47), da qual resulte diferença a maior em até 10% do preço final, é possível declarar vencedora microempresa (local ou regional), que tenha ofertado o preço maior, em detrimento daquela outra (microempresa ou não) que, embora tenha ofertado preço menor, não esteja situada no local ou região?**
- 3. Em cumprimento ao §3º do artigo 48, inserido pela LC 147/2014, poderia o Município despendar 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 pesquisa realizada nos sistemas de pesquisa “MapJuris” e “TCJuris”, nos Informativos de Jurisprudência e nos Enunciados de Súmula deste Tribunal, **não** foram localizadas deliberações enfrentando questionamentos nos exatos termos ora formulados pelo consulente.

Cumprе salientar, no entanto, que “a viabilidade de concessão de incentivos diferenciados às micro e pequenas empresas tem previsão constitucional”, na medida em que a Lei Complementar n. 123/2006¹ “operacionaliza o art. 179 da CR/88, disciplinando o tratamento jurídico diferenciado a ser dispensado²”, consoante parecer aprovado em resposta à Consulta n. 812.006 (30/3/2011).

¹ O art. 1º da LC n. 123/2006 preceitua que a “Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

[...]

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

² “O tratamento diferenciado que a Lei Complementar n. 123/06, confere às micro e pequenas empresas, por exemplo, constitui nítida manifestação do princípio da isonomia, entendida como a necessidade de ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade’. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, considera admissível empregar tratamentos distintos para situações diferenciadas, desde que haja uma correlação lógica entre o fato discriminante e a situação diferenciada. Do mesmo modo, esse tratamento conferido à pequena e microempresa consiste em típica expressão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que fomenta o desenvolvimento econômico e social local ou regional”, nos termos exarados pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão nos autos da Denúncia n. 874.066 (24/10/2013).

Nesse diapasão, a recente Lei Complementar n. 147, de 7 de agosto de 2014, instituiu uma nova regra em prol das microempresas ou empresas de pequeno porte locais e regionais, ao incluir o §3º no art. 48 da LC 123/2006, *in verbis*:

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**.

Observa-se que a legislação vigente estabelece, expressamente, uma margem de preferência que possibilita a contratação prioritária de ME's e EPP's sediadas local ou regionalmente, permitindo que a Administração Pública, nesse caso, pague um valor superior ao melhor preço válido, até o limite de 10% (dez por cento).

4. Na hipótese de resposta positiva, tal disposição deverá, obrigatoriamente, em ambos os casos, ser inserida no Instrumento Convocatório ou basta a aplicação generalizada da lei por parte da Comissão de Licitação ou Pregoeiro?

Ultimada a pesquisa, **não** foram localizadas deliberações em face do presente questionamento, nos exatos termos ora formulados pelo consulente.

Colaciona-se, por oportuno, o teor dos dispositivos da Lei Complementar n. 123/2006 afetos à questão:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, **enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.** (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (GN)

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:
I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório; (GN)

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

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

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

5. É possível, no próprio Instrumento Convocatório, definir o que entende a administração por “regional”, para fins de aplicação do dispositivo?

No que tange ao presente questionamento, registra-se que este Tribunal de Contas, nos autos da Consulta n. 887.734 (3/7/2013), instado a se manifestar acerca do alcance da expressão “regionalmente”, para fins do art. 49, II, da Lei Complementar n. 123/2006, asseverou 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 Administração³”.

Transcreve-se a ementa do parecer exarado pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão:

EMENTA: CONSULTA - ESTATUTO NACIONAL DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE - TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - HIPÓTESES EM QUE A LEI PROÍBE O TRATAMENTO DIFERENCIADO - ART. 49 DA LC N. 123/2006 ALCANCE DA EXPRESSÃO “REGIONALMENTE”, PARA FINS DO ART. 49, INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 - DELIMITAÇÃO E DEFINIÇÃO EM CONFORMIDADE COM AS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO, NECESSARIAMENTE JUSTIFICADO - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DO DISPOSTO NO ART. 47 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006.

a) O alcance da expressão “regionalmente”, para fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar n. 123/06, deve ser delimitado, definido e justificado pela própria Administração, no âmbito de cada procedimento licitatório.

b) Quando da delimitação e da definição, 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 MEs e EPPs,

³ Nesse sentido, a Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais - órgão integrante da Advocacia-Geral União - já teve a oportunidade de analisar esta questão quando da edição da Orientação Normativa CJU/MG nº 60/10. Veja-se o que diz a referida norma: 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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diretoria Geral

Assessoria de Súmula, Jurisprudência e Consultas Técnicas

previstos no art. 47 da Lei Complementar n. 123/06.

III – CONCLUSÃO

Concluiu-se, no mérito, que este Egrégio Tribunal de Contas **não** possui deliberações que tenham enfrentado, de forma direta e objetiva, os questionamentos suscitados pelo consulente, restando atendido, portanto, o pressuposto do inciso V do artigo 201-B do RITCEMG.

No entanto, conforme demonstrado alhures, informa-se que esta Corte de Contas já se pronunciou no sentido de que:

- O alcance da expressão “regionalmente”, para fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar n. 123/06, deve ser delimitado, definido e justificado pela própria Administração, no âmbito de cada procedimento licitatório. Consulta n. 887.734 (3/7/2013)

Assevera-se, por fim, que o relatório produzido por esta Assessoria não se consubstancia em parecer conclusivo, tendo por escopo delinear o entendimento da Casa acerca da matéria, de forma lata, sem análise profícua das especificidades porventura aplicáveis aos questionamentos formulados na presente Consulta.

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2014.

Reuder Rodrigues Madureira de Almeida

Assessoria de Súmula Jurisprudência e
Consultas Técnicas
Analista - TC 2695-3

Camilo Flávio Santos Fonseca

Assessoria de Súmula, Jurisprudência e
Consultas Técnicas
Assessor, em exercício - TC 2911-1