



Processo nº 05113-02.00/16-0

Parecer CT Coletivo nº 2/2017

Provada a inexistência de pelo menos três MEs ou EPPs no mercado local ou regional, em condições de contratar com a Administração, deve ser realizada, mediante novo edital, licitação ampla.

Se a administração optar por exigir a subcontratação de parcela não relevante, deve estabelecer seu limite no edital e no contrato e este deve ser fielmente respeitado pelo contratado.

Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço. Se forem empresas diferentes, não haverá problema em pagar preços desiguais. Se não houver vencedor para a cota reservada, poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal. E, em qualquer caso, o preço a ser pago deve ser inferior ao preço estimado.

A Administração tem o dever de reservar cota para participação exclusiva de ME e EPP em licitações quando for adquirir bens de natureza divisível, cabendo a si a definição do percentual, mediante justificativa técnica constante nos autos do processo licitatório.

Cabe à própria Administração delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o sentido e o alcance da expressão 'regionalmente', podendo orientar-se pelos critérios previstos no o § 2º do art. 1º do Decreto nº 8.538, de 06-10-2015.

A comprovação de inexistência pode se dar por realização de licitação anterior exclusiva para ME e EPP sem interessados, consulta ao cadastro próprio da Administração, ao mercado ou à Junta Comercial. Em qualquer desses casos, o responsável pela licitação deve registrar o fato formalmente no processo licitatório e realizar nova licitação com acesso de empresa de qualquer porte.



O Exmo. Sr. Cezar Augusto Schirmer, então Prefeito Municipal de Santa Maria, destacando anterior pronunciamento desta Corte sobre a interpretação da Lei Complementar nº 123/2006, a qual estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte – ME e EPP no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – Informação nº 034/2009¹, questiona sobre a **aplicabilidade dos arts. 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/2006**, na redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, conforme segue.

Cabe ressaltar que, embora tenha sido mencionada na inicial a juntada de parecer da Superintendência de Compras e Licitações, essa providência não ocorreu. Foi anexado apenas um memorando desse órgão confirmando a existência de dúvidas que, segundo a Superintendente, merecem ser esclarecidas para a operacionalidade do novo regramento (fl. 09).

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que, nos termos do disposto no § 2º do artigo 108 do Regimento Interno desta Corte, “a resposta à consulta não constitui prejudgamento de fato ou caso concreto”, razão pela qual serão oferecidas considerações tão-somente a título de colaboração, e em tese, não alcançando, obviamente, a presente análise aspectos outros a serem objeto de abordagem *in loco*, mediante o devido procedimento de auditoria, no exercício da competência fiscalizadora que compete a este Tribunal de Contas.

Isso posto, passa-se ao mérito.

1) Aspectos Introdutórios

De plano, importa destacar já ter esta corte se pronunciado no sentido de que a Lei Complementar nº 123/2006 não ofende o princípio da igualdade, pois é a própria

¹ Aprovada pelo Tribunal Pleno na Sessão de 31-03-2010 com a ressalva efetuada na manifestação do Auditor Substituto de Conselheiro César Santolim e do voto do Conselheiro-Relator.



Constituição Federal, nos seus artigos 170, inciso IX, e 179, que impôs ao legislador a criação de lei para favorecer as MEs e EPPs e que, “portanto, merecem ser protegidas e incentivadas”².

Segundo Marçal, o “direcionamento das licitações configura-se como um meio de promover a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, inclusive para cumprir o desígnio constitucional da redução das desigualdades regionais e da eliminação da pobreza”³.

No âmbito das contratações públicas, a alteração promovida pela Lei Complementar nº 147/2014 na Lei Complementar nº 123/2006 teve como finalidades: promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica⁴, mediante a utilização do poder de compra governamental. Seus dispositivos, em maioria, entraram em vigor a partir de sua publicação, ou seja, 08-08-2014. Alguns, entretanto, passaram a vigorar em 1º-01-2015 ou 1º-01-2016. Assim, como já estamos em 2017, todas as prescrições já são plenamente aplicáveis.

De uma maneira geral, as regras previstas na LC nº 123/2006 são autoaplicáveis e, portanto, não necessitam de regulamentação⁵. Também são normas imperativas que não deixam dúvidas acerca da obrigatoriedade do seu atendimento, a partir da nova redação. E, nos termos do § único do art. 47 da LC nº 123/2006, introduzido recentemente, “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”. Essa introdução legislativa teve como objetivo evitar que os entes federados aleguem a impossibilidade de conceder às MEs e EPPs o tratamento mais benéfico da indigitada lei em função da inexistência de legislação local.

Nesse contexto, a lei em tela foi regulamentada, no âmbito da União, pelo Decreto nº 8.538, de 06-10-2015⁶, o qual traz importantes subsídios para análise dessa

² Informação nº 034/2009, aprovada pelo Tribunal Pleno na Sessão de 31-03-2010 com a ressalva efetuada na manifestação do Auditor Substituto de Conselheiro César Santolim e do voto do Conselheiro-Relator.

³ Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos*. Ed. Dialética, 15ª edição, 2012, São Paulo, p. 97.

⁴ Art. 47 da LC 123/2006.

⁵ TCU, Acórdão nº 2505/2009. Tribunal Pleno em 28-10-2009. Relator Cons. Augusto Nardes.

⁶ Antes havia o Decreto nº 6.204/2007.



consulta e pode servir de orientação para regulamentação no âmbito do estado e dos municípios.

Ainda, cabe salientar ter sido esclarecido, por meio da introdução do art. 18-E pela LC nº 147/2014, que Microempreendedor Individual – MEI é modalidade de microempresa podendo, portanto, participar de licitações públicas, de forma ampla e irrestrita, como também usufruir dos benefícios conferidos às MEs e EPPs.

Feitas essas considerações preliminares, passa-se à análise dos questionamentos tal como apresentados pelo Consultente.

2) Questionamentos específicos

a) Qual o entendimento desta Corte sobre o procedimento cabível quando não for possível a adoção da medida prevista no inciso I do art. 48, que torna obrigatória a realização de procedimento licitatório destinado à participação exclusiva de ME e EPP, em razão da inexistência de fornecedores com essas características?

O dispositivo objeto da dúvida tem como redação:

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);
(...)

Quando o valor estimado por item ou lote for inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), levando-se em conta o prazo total de vigência contratual, inclusive com eventuais prorrogações, a Administração tem o dever de verificar, na fase interna da licitação, se há no mercado local ou regional microempresa ou empresa de pequeno porte em condições de contratar.

Se não existirem pelo menos três fornecedores dessas categorias de empresas em condições de contratar com a Administração, em razão do disposto no inciso II do art. 49 da LC nº 123/2006, é dispensada a realização de certame exclusivo. Contudo, esse fato deve ser mencionado em justificativa sustentada por prova nos autos do



processo licitatório, para que não parem dúvidas acerca do cumprimento da norma favorecedora.

Por outro lado, se existirem as empresas com essas características, mas nenhuma delas se interessar pela licitação exclusiva para ME e EPP, a administração deve providenciar novo edital de licitação com participação ampla.

Ressalta-se a impossibilidade da Administração, no mesmo edital de licitação exclusiva, prever que, se não comparecer ao certame ME ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte, porque, nesse caso, a própria licitação deserta ou fracassada é a prova da necessidade de realização de uma licitação ampla. Esse é o entendimento externado pelo Tribunal de Contas do Estado de Tocantins na Consulta do Tribunal de Justiça do mesmo Estado. Essa decisão foi vazada nos seguintes termos:

Nos termos do art. 48, I, da LC nº 123/2006, uma empresa que não seja ME e/ou EPP não poderá participar de uma licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte. Conforme inciso II do art. 49 da LC nº 123/2006, caso inexistir o número mínimo de três ME e/ou EPP, sediadas no local ou na região, e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, consequentemente, a realização de uma licitação exclusiva com fundamento neste inciso restará justificadamente afastada, e para tanto, o edital não poderá prever que não comparecendo nenhuma ME e/ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte.⁷

Registra-se que o Decreto nº 8.538, de 06-10-2015 reproduz na íntegra a regra prevista no inciso II do art. 49 no sentido da necessidade de existência de pelo menos três fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Dessa forma, **provada a inexistência de três MEs ou EPPs no mercado local ou regional, em condições de contratar com a Administração, deve ser realizada, mediante novo edital, licitação ampla.**

b) Quais os parâmetros para aplicação do inciso II do art. 48, o qual trata da possibilidade de exigência dos licitantes de subcontratação de ME e EPP, já que, com a alteração legislativa, foi excluído o limite de 30% (trinta por cento)?

⁷ Resolução TCE/TO nº 181/2015 - Pleno. Relator Conselheiro Substituto Leondiniz Gomez.
TC-02.1



Esse dispositivo apresenta o seguinte teor:

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

(...)

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

(...)

De fato, a Lei Complementar não fixa parâmetros para a subcontratação de ME e EPP. Mas José Anacleto⁸ esclarece que o “processo de subcontratação previsto na Lei opera de forma similar ao processo de subcontratação previsto na Lei 8.666/93, sobre as mesmas bases e parâmetros já fixados pelos órgãos de controle”.

Sobre isso, na condição de principal órgão de controle, o TCU admite a subcontratação parcial quando não se mostrar viável sob a ótica técnico-econômica a execução integral do objeto por parte da contratada e desde que tenha havido autorização formal do ente contratante⁹.

Por outro lado, a administração tem a faculdade de exigir ou não a subcontratação, levando em conta as características da obra ou serviço, o mercado, o interesse público subjacente à contratação e o princípio da razoabilidade.

Se a administração optar por exigir a subcontratação, deve estabelecer seu limite no edital e no contrato e este deve ser fielmente respeitado pelo contratado, nos termos do art. 72 da Lei nº 8.666/93, o qual tem a seguinte redação:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Caso contrário, o contrato poderá ser rescindido, uma vez que constitui causa para rescisão contratual a subcontratação total ou parcial do objeto não admitida no edital e no contrato¹⁰.

⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015, p. 134.

⁹ Acórdão 1.151/2011-2ª Câmara e Acórdão 3.378/2012-Plenário.

¹⁰ Art. 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93.



Julieta Vareschini, no artigo intitulado “Alterações promovidas nas licitações pela Lei Complementar nº 147/14 e pelo Decreto 8.538/15” esclarece:

(...) a Lei de Licitações permite a subcontratação, por parte do contratado de **parcela não relevante das obrigações contratuais em favor de terceiro, desde que prevista em edital e contrato**, sendo que essa transferência de execução de obrigações deverá ser de acordo com os limites e moldes previamente autorizados pela Administração, que aceitará ou não a subcontratação de parte do objeto, mediante justificativa e juízo de conveniência em face das peculiaridades de cada caso concreto.¹¹

Nesse ponto da análise, importa transcrever o art. 7º do Decreto nº 8.538, de 10-06-2015, aplicável no âmbito da União, mas que pode ser utilizado como norte, *in verbis*:

Art. 7º Nas licitações para contratação de serviços e obras, os órgãos e as entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais, determinando:

I - o percentual mínimo a ser subcontratado e o percentual máximo admitido, a serem estabelecidos no edital, sendo vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal da contratação;

II - que as microempresas e as empresas de pequeno porte a serem subcontratadas sejam indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;

III - que, no momento da habilitação e ao longo da vigência contratual, seja apresentada a documentação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º;

IV - que a empresa contratada comprometa-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou a demonstrar a inviabilidade da substituição, hipótese em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada; e

V - que a empresa contratada responsabilize-se pela padronização, pela compatibilidade, pelo gerenciamento centralizado e pela qualidade da subcontratação.

§ 1º Deverá constar do instrumento convocatório que a exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for:

I - microempresa ou empresa de pequeno porte;

II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666, de 1993; e

¹¹ https://www.jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=133. Acesso em 17-04-2017



III - consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

§ 2º Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios.

§ 3º O disposto no inciso II do **caput** deverá ser comprovado no momento da aceitação, na hipótese de a modalidade de licitação ser pregão, ou no momento da habilitação, nas demais modalidades, sob pena de desclassificação.

§ 4º É vedada a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas.

§ 5º Os empenhos e pagamentos referentes às parcelas subcontratadas serão destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Portanto, se a administração optar por exigir a subcontratação de parcela não relevante, deve estabelecer seu limite no edital e no contrato e este deve ser fielmente respeitado pelo contratado.

c) Em relação ao inciso III do art. 48 que estabelece a cota reservada de 25% (vinte e cinco por cento) para ME e EPP na aquisição de bens de natureza divisível questiona:

c1) se ocorrerem dois preços diferentes para o mesmo item, o que fazer?

c2) se existe percentual mínimo para essa cota reservada?

O dispositivo em destaque está redigido nestes termos:

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.

(...)

c1) Essa norma somente se aplica para aquisição de bens que podem ser divididos em lotes ou itens, configurando-se em licitações autônomas e independentes em um único processo licitatório. Assim, caso seja essa a conjuntura, o edital de abertura da licitação deve prever expressamente as condições para a formação da cota reservada e as regras procedimentais que regerão o certame.

Nesse contexto, a ocorrência de preços diferentes não é uma irregularidade. O espírito da norma é favorecer o micro e pequeno empreendedor por meio da contratação



com o ente público, mesmo que venha até a pagar preço um pouco superior do que despenderia se não houvesse essa cota reservada, desde que inferior ao preço estimado da contratação, o qual deve espelhar o preço de mercado. Por isso, o § 3º do art. 8º do Decreto nº 8.538, de 10-06-2015, esclarece que se “a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço”. A contrário senso, se forem empresas diferentes não há problema em pagar preços diferentes.

Quando não houver vencedor para a cota reservada, mencionado decreto determina que a cota reservada “poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal”¹².

Tratando-se de licitações por Sistema de Registro de Preços ou por entregas parceladas o edital “deverá prever a prioridade de aquisição dos produtos das cotas reservadas, ressalvados os casos em que a cota reservada for inadequada para atender as quantidades ou as condições do pedido, justificadamente”¹³.

Logo, se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço. Se forem empresas diferentes, não haverá problema em pagar preços desiguais. Se não houver vencedor para a cota reservada, poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal. E, em qualquer caso, o preço a ser pago deve ser inferior ao preço estimado.

c2) A administração tem o dever de reservar cota para participação exclusiva de ME e EPP em licitações quando for adquirir bens de natureza divisível. Mas tem o poder discricionário de definir seu percentual em, por exemplo, 10% ou 20%, desde que respeite o limite máximo de 25%. Entretanto, para demonstrar a correição do percentual definido pela administração, é imprescindível constar nos autos do processo administrativo a justificativa técnica da escolha efetuada.

¹² § 2º.

¹³ § 4º.



Quanto ao percentual mínimo de reserva de cota, a LC nº 123/2006 não traz nenhum parâmetro. Entretanto, entende-se não ser possível esvaziar o conteúdo legal a ponto de ser fixado um percentual irrisório, incapaz de favorecer empresas dessa natureza, pois, nesse caso, estar-se-ia contrariando o espírito da lei e o comando do art. 179 da Constituição Federal que estabelece a obrigatoriedade de toda a administração pública dispensarem às MEs e EPPs tratamento jurídico diferenciado.

Portanto, **a administração tem o dever de reservar cota para participação exclusiva de ME e EPP em licitações quando for adquirir bens de natureza divisível, cabendo a si a definição do percentual, mediante justificativa técnica constante nos autos do processo licitatório.**

d) O que o TCE entende por “regionalmente” para fins da aplicação do § 3º do art. 48 que institui o benefício de prioridade de contratação até o limite de 10% do melhor preço válido para as ME e EPP sediadas local ou regionalmente?

Mencionada norma tem como redação, *in verbis*:

§ 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.

Embora antes da alteração promovida pela LC nº 147/2014 na LC 123/2006, o Tribunal de Contas de Minas Gerais respondeu consulta de ente jurisdicionado e concluiu:

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



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
CONSULTORIA TÉCNICA**

Tribunal de Contas	
Fl.	Rubrica



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, previstos no art. 47 da Lei Complementar n. 123/06.¹⁴
(grifou-se)

Esse Aresto foi levado em consideração pelo Tribunal de contas do Estado de São Paulo que igualmente deliberou que o “termo ‘regional’ deverá ser delimitado, definido e justificado pela própria Administração, no âmbito de cada procedimento licitatório”¹⁵.

Por sua vez, o Professor e Doutrinador José Anacleto¹⁶ orienta:

Deve-se entender por “sediadas regionalmente” as ME e EPP sediadas na região - espaço geográfico – eleita pelo órgão promotor da licitação como destinatária da ação de fomento por intermédio da contratação pública. Caberá então, a cada Administração Pública indicar, **no edital da licitação ou em norma legal ou infralegal** as regiões nas quais pretende que a contratação seja instrumento da promoção do desenvolvimento social e econômico.

Nessa linha de interpretação os Municípios e órgãos ou entidades municipais podem realizar licitações com tal margem de preferência para ME e EPP neles sediadas.

Os Estados (por seus órgãos e entidades) podem realizar licitações com o privilégio para fomentar ME e EPP situadas regionalmente ou localmente. E a união (por seus órgãos e entidades) pode igualmente estabelecer nos editais de licitação ou em normas infralegais o âmbito de aplicação da referida margem de preferência.

A região de abrangência ou local deve ser fixada no edital ou em norma infralegal, sempre de forma fundamentada, indicando as razões de fato e de direito para que sejam privilegiadas ME e EPP sediadas na circunscrição eleita para aplicação do benefício – é preciso, em homenagem ao princípio da motivação, apresentar os argumentos objetivos pelos quais se demonstrará que a adoção do benefício poderá, e em que medida contribuir para o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

(grifou-se)

Embora de observância obrigatória apenas no âmbito da União, aqui também cabe considerar o **Decreto nº 8.538, de 06-10-2015**, cujo § 2º do art. 1º traz elementos

¹⁴ TCE-MG, Processo nº 887734 j. pelo Tribunal Pleno em 03-07-2013. Relator Cons. Cláudio Couto Terrão.

¹⁵ TCE-SP, Processo nº 18508/026/13 j. em 06-08-2014, Relator Cons. Sidney Estanislau Beraldo.

¹⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015, pp. 141 e 142.



para definição de “âmbito local” e “regional”. Para efeitos dessa norma, considera-se:

- I - âmbito local - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;
- II - âmbito regional - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; e
- (...)

Por outro lado, o parágrafo seguinte desse mesmo artigo admite a **adoção de outro critério em edital** desde que essa escolha seja feita justificadamente com previsão em regulamento específico do contratante, atendendo a aos objetivos previstos no art. 1º¹⁷. Esses objetivos são:

- I - promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional;
- II - ampliar a eficiência das políticas públicas; e
- III - incentivar a inovação tecnológica.

Assim, por exemplo, podem ser beneficiadas, mediante justificativa no processo licitatório, as ME ou EPP situadas nas regiões das Hortênsias, do Vale do Caí, do Vale dos Vinhedos, do Alto do Jacuí, do Litoral, do Médio Uruguai, das Missões ou Metropolitana.

Ressalta-se, novamente, que, de uma maneira geral os benefícios da LC nº 123/2006 são autoaplicáveis e não dependem de regulamentação ou de norma própria dos entes da federação para serem concedidos. Entretanto, o benefício aqui tratado (§ 3º do art. 4º) deve ser previsto no instrumento convocatório ou em norma específica, para que seja definido pela administração quais as localidades que compreendem a região que a administração pretende beneficiar.

Esse entendimento é corroborado pelo teor do art. 11 do Decreto nº 8.538, de 06-10-2015, o qual ressalta que os “critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte deverão estar expressamente previstos no instrumento convocatório”.

¹⁷ § 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.



Dessa forma, **cabe à própria administração delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório ou em norma específica, o sentido e o alcance da expressão 'regionalmente', podendo orientar-se pelos critérios previstos no o § 2º do art. 1º do Decreto nº 8.538, de 06-10-2015.**

e) Como comprovar a inexistência de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME e EPP sediados local ou regionalmente para fins do disposto no inciso II do art. 49?

O artigo em tela estabelece que não “se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando”:

(...)

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;

(...)

Aqui não basta a existência de três empresas no mercado. É preciso que elas tenham condições de concorrerem no certame e atendam às exigências da Administração.

Isso se dá por uma razão muito simples: se não existirem pelo menos três fornecedores nessas condições, a lei presume que não haverá competição e, conseqüentemente, o contrato oriundo desse certame será desvantajoso para a administração.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao responder consulta de jurisdicionado, considerando o teor do Decreto nº 6.204, de 05-09-2007, em vigor na época dessa manifestação, recomendou a instituição de **cadastro** ou **credenciamento** prévio, nos seguintes termos¹⁸:

Revela-se, para mais, de todo conveniente, inclusive para fins do disposto no inciso II do artigo 49 do referido diploma legal, que, na regulamentação da matéria, seja prevista a instituição de cadastro ou credenciamento

¹⁸ TCE-SP, Processo nº 18508/026/13 j. em 06-08-2014, Relator Cons. Sidney Estanislau Beraldo.
TC-02.1



prévio, que demonstre a existência de pelo menos três Mês e EPPs âmbito regional ou local aptas a atender ao objeto predefinido.

Atualmente, essa matéria, está regulada, no plano federal, no art. 2º do Decreto nº 8.538, de 06-10-2015:

Art. 2º Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou as entidades contratantes deverão, sempre que possível:

I - instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, juntamente com suas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e as subcontratações;

II - padronizar e divulgar as especificações dos bens, serviços e obras contratados, de modo a orientar as microempresas e empresas de pequeno porte para que adequem os seus processos produtivos;

III - na definição do objeto da contratação, não utilizar especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente;

IV - considerar, na construção de itens, grupos ou lotes da licitação, a oferta local ou regional dos bens e serviços a serem contratados; e

V - disponibilizar informações no sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade contratante sobre regras para participação nas licitações e cadastramento e prazos, regras e condições usuais de pagamento.

Parágrafo único. O disposto nos incisos I e II do **caput** poderá ser realizado de forma centralizada para os órgãos e as entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG e conveniados, conforme o disposto no Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994.

Portanto, segundo esse decreto, a entidade contratante deve instituir cadastro próprio identificando as empresas sediadas regionalmente. Embora essa norma seja de aplicação obrigatória apenas no âmbito da União, nada impede que seja instituído esse cadastro no âmbito local ou regional, desde que ele seja objeto de constantes atualizações. Essa providência pode resultar em grande economia de tempo para a administração pública.

Quanto à prova da inexistência de empresas com essas características, o Professor José Anacleto orienta que ela deve ser objetiva, na fase interna da licitação, competindo ao responsável pela licitação a averiguação da existência de ME e EPP capazes ou potencialmente capazes na execução do objeto pretendido que registrará o



fato formalmente no processo licitatório e produzirá decisão fundamentada afastando a instauração de licitação exclusiva¹⁹.

Sobre esse assunto o Tribunal de Contas do Estado de Tocantins na Consulta do Tribunal de Justiça do mesmo Estado assim concluiu:

o gestor público deverá planejar-se, ainda na fase interna, para que se adiante e identifique a eventual ausência de micro ou pequenas empresas aptas a atender o objeto almejado, bem como justificar exaustivamente tal situação, nos autos do respectivo processo licitatório, a fim de evitar alegações de desrespeito à Lei Complementar nº 123/06, por parte dos órgãos de controle acerca da inobservância das novas regras estabelecidas pelo Estatuto da Microempresa. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins Tudo no escopo de atender aos princípios da economicidade, isonomia, impessoalidade, publicidade e supremacia do interesse público, dentre outros.²⁰

Niebuhr, recomendando consulta à Junta Comercial, registra que o “desafio é apurar previamente quantas microempresas e empresas de pequeno porte são capazes de executar dado objeto”²¹.

Sendo assim, **a comprovação de inexistência pode se dar por realização de licitação anterior exclusiva para ME e EPP sem interessados, consulta ao cadastro próprio da Administração, ao mercado ou à Junta Comercial. Em qualquer desses casos, o responsável pela licitação deve registrar o fato formalmente no processo licitatório e realizar nova licitação com acesso de empresa de qualquer porte.**

3) Conclusões

3.1) provada a inexistência de pelo menos três MEs ou EPPs no mercado local ou regional, em condições de contratar com a Administração, deve ser realizada, mediante novo edital, licitação ampla;

3.2) se a administração optar por exigir a subcontratação de parcela não relevante, deve estabelecer seu limite no edital e no contrato e este deve ser fielmente respeitado pelo contratado;

¹⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2ª. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015, pp. 147 e 148.

²⁰ Resolução TCE/TO nº 181/2015 - Pleno. Relator Conselheiro Substituto Leondiniz Gomez.

²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 7ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 138.



3.3) se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço. Se forem empresas diferentes, não haverá problema em pagar preços desiguais. Se não houver vencedor para a cota reservada, poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal. E, em qualquer caso, o preço a ser pago deve ser inferior ao preço estimado;

3.4) a administração tem o dever de reservar cota para participação exclusiva de ME e EPP em licitações quando for adquirir bens de natureza divisível, cabendo a si a definição do percentual, mediante justificativa técnica constante nos autos do processo licitatório;

3.5) cabe à própria administração delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o sentido e o alcance da expressão ‘regionalmente’, podendo orientar-se pelos critérios previstos no o § 2º do art. 1º do Decreto nº 8.538, de 06-10-2015;

3.6) a comprovação de inexistência pode se dar por realização de licitação anterior exclusiva para ME e EPP sem interessados, consulta ao cadastro próprio da Administração, ao mercado ou à Junta Comercial. Em qualquer desses casos, o responsável pela licitação deve registrar o fato formalmente no processo licitatório e realizar nova licitação com acesso de empresa de qualquer porte.

É o parecer.

Em 25 de abril de 2017.

Larissa Job de Vargas,
Auditora Pública Externa.

Jonas Faviero Trindade,
Auditor Público Externo.



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
CONSULTORIA TÉCNICA**

Tribunal de Contas	
Fl.	Rubrica



Decisão:

O Tribunal Pleno, em sessão de 28-06-2017, por unanimidade, acolhendo o voto do Conselheiro-Relator, por seus jurídicos fundamentos, destaca, preliminarmente, nos termos do que dispõe o § 2º do artigo 108 do Regimento Interno desta Corte, que a resposta à presente Consulta não constitui prejudgamento de fato ou caso concreto, e decide acolher o Parecer CT Coletivo n. 2/2017 (folhas 12 a 19), enviando cópia da referida manifestação ao Prefeito do Município de Santa Maria, como resposta ao questionamento formulado.

PARECER ACOLHIDO

