



CONSULTA

(PARECER TÉCNICO EMITIDO PELA SECEX)

OBJETO: Interpretação e aplicação do art. 47 e parágrafo único, da Lei Complementar nº 123/2006 – Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – com o cerne na possibilidade de realização de **licitações exclusivas às pequenas ou microempresas sediadas em determinadas localidades ou regiões** (via legislação suplementar e local mais benéfica e/ou previsão e justificativa no edital do certame), com objeto na promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

DO QUE SE TRATA?	O QUE SE CONCLUIU?
Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Rogério Vilela Victor de Oliveira, Prefeito Municipal de Comodoro, por meio da qual solicita que este Tribunal de Contas se pronuncie formalmente sobre a possibilidade de realização de licitações exclusivas às pequenas ou microempresas que estejam sediadas em determinadas localidades ou regiões.	<p>Da análise dos autos, concluiu-se que se trata de processo conexo ao reexame de tese ofertado nos autos protocolados sob o nº 71.026-1/2021, o qual se encontra em tramitação nesta Corte de Contas.</p> <p>Por isso, sugeriu-se o apensamento deste ao processo nº 71.026-1/2021, evitando-se que sejam proferidas decisões conflitantes entre si.</p> <p>O citado processo foi instruído com a sugestão pela revisão do “item 7” da Resolução de Consulta nº 17/2015, visando a possibilitar a delimitação geográfica nas licitações realizadas com base no inciso I do art. 48 do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e nas cotas reservadas previstas em seu inciso III em situações específicas, lá detalhadas.</p>

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	2
2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE	3
3. DO EXAME DE MÉRITO.....	6
4. DA CONEXÃO	13
5. CONCLUSÃO	14
6. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO	14





PROCESSO N.º : 80.369-3/2021

PRINCIPAL : PREFEITURA MUNICIPAL DE COMODORO

ASSUNTO : CONSULTAS

RELATOR : VALTER ALBANO – CONSELHEIRO

EQUIPE TÉCNICA : FRANCIS BORTOLUZZI – AUDITOR PÚBLICO EXTERNO

ORDEM DE SERVIÇO : 82/2022

1. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Sr. Rogério Vilela Victor de Oliveira, Prefeito Municipal de Comodoro, por meio da qual solicita que este Tribunal de Contas se pronuncie formalmente sobre a possibilidade de realização de licitações exclusivas às pequenas ou microempresas que estejam sediadas em determinadas localidades ou regiões.

2. Em síntese, a dúvida foi encaminhada nos seguintes termos:

[...] dúvida quanto à interpretação e aplicação do art. 47 e parágrafo único, da Lei Complementar n.º 123/2006 – Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – e a possibilidade de realização de licitações exclusivas às pequenas ou microempresas sediadas em determinadas localidades ou regiões (via legislação suplementar e local mais benéfica e/ou previsão e justificativa no edital do certame), com objeto na promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

3. O consultante fundamentou o seu pedido com base nas seguintes considerações:

- a) que o inciso IX do art. 170, da Constituição Federal elenca como um dos princípios gerais da atividade econômica o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;
- b) que o art. 179, da CF/88, estabelece 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 incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei;
- c) que para concretização destes princípios constitucionais foi instituída em âmbito nacional a Lei Complementar n.º 123/2006, que 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;
- d) que o art. 47 e seu parágrafo único, da LC n.º 123/2006, preconizam que 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, e que 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;

- e) que à vista dessa sistemática normativa, também o art. 86, da LC n.º 123/06 reza que *as matérias tratadas nesta Lei Complementar que não sejam reservadas constitucionalmente a lei complementar poderão ser objeto de alteração por lei ordinária*;
- f) que, por outro lado, em que pese a *mens legis* ora tratada, e que a política de incentivo às micro e pequenas empresas vise à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a administração não pode descurar da observância aos princípios licitatórios descritos no art. 3º, da Lei 8.666/93, notadamente o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;
- g) que nos termos do inciso I do §1º do art. 3º, da Lei n.º 8.666/93, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos editais de licitação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo;

4. Feita a apresentação inicial do objeto desta consulta, passa-se à análise dos requisitos de admissibilidade visando ao processamento no âmbito desta Corte de Contas.

2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

5. De acordo com os termos da Nota Técnica nº 02/2021/SEGECEX, os requisitos de admissibilidade compreendem o cumprimento de certas exigências legais consideradas necessárias ao regular desenvolvimento do processo. No âmbito do TCE/MT, o descumprimento de qualquer um dos requisitos de admissibilidade do processo de consulta ensejará o arquivamento do processo, mediante julgamento singular do Relator, de acordo com o § 2º, do art. 232 do Regimento Interno do TCE/MT - RITCE/MT. Portanto, os requisitos devem ser atendidos de forma cumulativa.

6. Deste modo, preliminarmente, é preciso verificar se a dúvida foi formulada por autoridade legítima, requisito de admissibilidade exigido pelo art. 233, do RITCE/MT. Para maior clareza, é conveniente que se transcreva o inciso II, do artigo referenciado, o qual trata dos legitimados no âmbito municipal:

Art. 233. Estão legitimados a formular consulta:

[...]

II. No âmbito municipal:

a) O Prefeito;

b) O Presidente da Câmara Municipal;

c) Os dirigentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas e mantidas pelo Município, consórcios municipais e conselhos constitucionais e legais;

[...] [grifo nosso]





7. Assim, resta evidente que o consulente subscritor, Exmo. Sr. Rogério Vilela Victor de Oliveira, Prefeito Municipal de Comodoro, se enquadra no rol *numerus clausus* estabelecido no aludido dispositivo regimental, consoante se depreende da leitura acima.

8. Por sua vez, o inciso II, do art. 232, do mesmo Regimento, exige, como requisito de admissibilidade, que a dúvida tenha sido **formulada em tese**, ou seja, não deve ter sido produzida centrada em caso concreto.

9. A apreciação de casos concretos em processo de consulta, de regra, é **incompatível** com as atribuições do Tribunal de Contas, pois, além de caracterizar assessoramento jurídico direto da gestão, pode configurar julgamento antecipado do fato ou do caso concreto, prejudicando eventuais e futuras ações fiscalizatórias. Para estas situações, devem ser consultadas as procuradorias ou assessorias jurídicas do respectivo consulente.

10. Por outro lado, pontua-se que o §1º, do art. 232, do RITCE/MT, prevê **exceção** a esta regra, permitindo a análise de caso concreto em processo de consulta, **quando presente relevante interesse público**.

11. A finalidade do instituto da Consulta é o esclarecimento de dúvida sobre matéria legal da competência do Tribunal de Contas, promovendo, assim, segurança jurídica aos jurisdicionados, notadamente quando constatada divergência na interpretação ou aplicação de ato normativo.

12. A interpretação de determinada lei, por meio de decisão que possui caráter normativo, poderá ser adotada em proveito de outros atores institucionais. Disso, percebe-se a relevância da decisão em processo de consulta.

13. Da apreciação do pedido inicial, verifica-se que **a dúvida foi apresentada em tese**, com possibilidade de a sua conclusão ser aproveitada para qualquer ente jurisdicionado da Corte de Contas.

14. Em ato sequencial da análise da admissibilidade, é preciso verificar, conforme consta do inciso III, do art. 232, do RITCE/MT, se a consulta **contém a apresentação objetiva dos quesitos, com indicação precisa da dúvida quanto à interpretação e aplicação de dispositivos legais e regulamentares**, ou seja, deve-se verificar se o consulente apresentou sua dúvida de forma direta, precisa e delimitada, não sendo, portanto, genérica, ampla e abrangente, tudo conforme a Nota Técnica nº 02/2021/SEGECEX.

15. No caso dos autos, verifica-se que a contextualização da dúvida formulada também





superá este requisito.

16. Por último, é preciso analisar se a consulta **versa sobre matéria de competência do Tribunal de Contas**, conforme exigência do inciso IV, do art. 232, do RITCE/MT.

17. De uma forma geral, as competências do TCE/MT estão dispostas nos arts. 46 e 47 da Constituição do Estado de Mato Grosso.

Art. 46. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e das entidades da Administração Pública direta e indireta, quanto aos aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou, por qualquer forma, administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 47. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas, anualmente, pelo Governador do Estado, mediante parecer prévio a ser elaborado em sessenta dias, a contar de seu recebimento e enviado à Assembleia Legislativa para julgamento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Pública direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - [inciso declarado inconstitucional pela ADI 2821 julgada em 05/11/19 pelo STF];

IV - realizar, por iniciativa própria, da Assembleia Legislativa, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado, diretamente ou através dos seus órgãos da Administração Pública direta ou indireta, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres;

VI - apreciar, para registro, os cálculos para transferência aos Municípios de parcelas do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços;

VII - velar pela entrega, na forma e nos prazos constitucionais, dos recursos aos Municípios das parcelas a que se refere o inciso anterior;

VIII - prestar as informações solicitadas pela Assembleia Legislativa, ou por qualquer de suas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, bem como sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

IX - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, dentre outras cominações, multas proporcionais ao vulto do dano causado ao erário;

X - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

XI - sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa;

XII - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

18. Especificamente sobre as licitações, verifica-se a previsão contida no art. 113 da Lei





8.666/93:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo **Tribunal de Contas competente**, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao **Tribunal de Contas** ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os **Tribunais de Contas** e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

19. No mesmo sentido, a previsão contida no art. 169 da Lei nº 14.133/21:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

[...]

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo **tribunal de contas**.

20. Da análise dos citados dispositivos, verifica-se que os assuntos relacionados às licitações promovidas pelos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual e Municipal poderão ser objeto de consulta no âmbito do TCE/MT.

21. Assim, constata-se que todos **os requisitos formais de admissibilidade de Consulta**, previstos no art. 232 do RITCE/MT, **foram atendidos**.

3. DO EXAME DE MÉRITO

22. Preliminarmente, é preciso registrar que o estabelecimento de alguma restrição à participação de empresas em processos licitatórios deve ser observado com muita cautela, visto que a regra estabelecida pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93 ou a atual Lei nº 14.133/21) é a de se obter a proposta mais vantajosa à Administração Pública assegurando a ampla competição, não se permitindo tratamento diferenciado entre os potenciais participantes.

23. Observa-se que este Tribunal de Contas dispõe da **Resolução de Consulta nº**





17/2015, que trata sobre o tema, sendo que o seu **item 7** é específico sobre o caso em apreço:

Resolução de Consulta nº 17/2015-TP (DOC, 11/11/2015). Licitação. Tratamento favorecido e simplificado a micro e pequenas empresas.

- 1) Para efeito de aplicação do § 3º do art. 48 e do inciso II do artigo 49, da LC 123/2006, a expressão “sediadas no local” reporta-se ao município (ente federado) no qual se realiza a licitação para a contratação pública.
- 2) Para efeito de aplicação do § 3º do art. 48 e do inciso II do artigo 49, da LC 123/2006, a abrangência do termo “regionalmente” deve ser delimitada e fixada na fase interna do certame, no Termo de Referência ou no Projeto Básico, conforme for o caso, e devidamente justificada pela própria Administração Pública, considerando as especificidades de cada objeto a ser adquirido, o princípio da razoabilidade, o respectivo mercado fornecedor e o cumprimento dos objetivos insculpidos no caput do artigo 47 da Lei.
- 3) Na fase interna da licitação, a Administração licitante deve aferir se existem no mínimo três fornecedores competitivos enquadrados como MPEs, sediados local ou regionalmente, e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. Não existindo, aplica-se a regra excludente prevista no inciso II do artigo 49 da LC 123/2006.
- 4) As informações necessárias para a aferição do disposto no item anterior devem constar nos autos do respectivo processo licitatório e poderão ser obtidas por meio de cadastros próprios específicos instituídos pela Administração, pesquisas mercadológicas realizadas junto às entidades representativas de segmentos econômicos (Sindicatos Patronais, Associações de Comerciais, sites especializados, etc.) e pesquisas na Junta Comercial do Estado, entre outros meios hábeis.
- 5) É obrigatória a realização de licitações exclusivas para MPEs (inciso I do art. 48 da LC 123/2006), nos casos de contratação de produtos e serviços cujos itens ou lotes perfaçam o valor de até R\$ 80.000,00, onde não houver norma específica, de valor diferentes, aprovado por lei;
- 6) Quando a licitação exclusiva para MPE contiver itens ou lotes de valores estimados em até R\$ 80.000,00, ou de valor diferente, onde houver norma específica, aprovado por lei e, também, itens ou lotes de valores estimados acima desse valor, o edital do certame poderá ser único, desde que se faça a distinção para cada grupo de empresas participantes. Nesse caso, deverão ser expressamente evidenciados e separados os itens e lotes exclusivos para MPE e aqueles destinados às empresas em geral;
- 7) **A participação em licitações exclusivas para MPEs (inciso I do art. 48 da LC 123/2006), por itens ou lotes de até R\$ 80.000,00, é facultada a todas as MPEs, independentemente de estarem, ou não, situadas no mercado local ou regional.**
- 8) É vedada a contratação direta exclusiva de MPEs, quando a licitação exclusiva for declarada deserta, conforme interpretação sistemática do artigo 49, inciso II, da LC 123/06, com o artigo 24 da Lei 8666/93.
- 9) Diante da inexistência de norma geral da União acerca do procedimento a ser adotado no caso de a licitação exclusiva para MPE deserta, cabe à Administração, neste caso, à luz da discricionariedade e da razoabilidade administrativa, optar por realizar contratação direta não exclusiva de MPEs, realizar novo processo licitatório geral, realizar novo processo licitatório exclusivo para MPEs, tudo motivadamente, ou, em se tratando do Estado, legislar concorrentemente, ou, em se tratando de Município, legislar supletivamente, prevendo o procedimento que entenda mais adequado, tal como o fez a União, por meio da edição do Decreto Federal 6.204/07.
- 10) É possível a acumulação do benefício da licitação exclusiva (inciso I do art. 48 da LC 123/2006) com a aplicação da margem de preferência para contratação de MPEs sediadas local ou regionalmente em até 10% sobre o melhor preço válido oferecido pelas MPEs licitantes (§ 3º do art. 48 da LC 123/2006), tendo em vista a possibilidade de ampliar os benefícios concedidos às empresas situadas no mercado local ou no regional.





24. Como se percebe, o item 7 contém dispositivo que não permite restrição em relação à participação das Micro e Pequenas Empresas (MPEs), asseverando que a participação em licitações exclusivas para MPEs “é facultada a todas as MPEs, independentemente de estarem, ou não, situadas no mercado local ou regional”.

25. Por outro lado, é importante observar os fundamentos que levaram o consulente ao interesse na pacificação, por meio de decisão em processo de consulta, da interpretação e aplicação do art. 47 e parágrafo único, da Lei Complementar nº 123/2006 – Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – com o viés de verificar a possibilidade de realização de licitações exclusivas às pequenas ou microempresas sediadas em determinadas localidades ou regiões, ao contrário, portanto, ao que estabelece explicitamente o item 7 da Resolução de Consulta nº 17/2015.

26. Além de o consulente apresentar construção jurisprudencial voltada à possibilidade de execução de licitação restritiva, trouxe aos autos, a título de exemplo, o Prejulgado nº 27, o qual foi exarado pelo Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Paraná¹ (pgs. 22 a 46 do **doc. digital nº 255.908/2021**), cuja ementa é a seguinte:

- i) É possível, mediante expressa previsão em lei local ou no instrumento convocatório, realizar licitações exclusiva à microempresas e empresas de pequeno porte, sediadas em determinado local ou região, em virtude da peculiaridade do objeto a ser licitado ou para implementação dos objetivos propostos no art. 47, Lei Complementar nº 123/2006, desde que, devidamente justificado;
- ii) Na ausência de legislação suplementar local que discipline o conteúdo do art. 48, § 3º da LC nº 123/2006, deve ser aplicado o limite de preferência definido pela Legislação Federal às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas local ou regionalmente, desde que dentro do preço máximo previsto no edital;
- iii) Conforme o disposto no art. 48, inciso I da Lei Complementar nº 123/2006, é obrigatória a realização de licitação exclusiva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte sempre que os itens ou lotes submetidos à competição tenham valor adstrito ao limite legal de R\$ 80.000,00(oitenta mil reais). Para bens de natureza divisível, cujo valor ultrapasse o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a Administração deve reservar uma cota de 25% (vinte e cinco por cento) para disputa apenas entre as pequenas e microempresas. Com relação aos serviços de duração continuada, o teto deve ser considerado para o calendário financeiro anual;
- iv) A aplicação dos instrumentos de fomento dos incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 é obrigatória à Administração Pública, somente podendo ser afastada nas hipóteses retratadas no art. 49 do mesmo diploma legislativo, exigindo-se, em qualquer caso, motivação específica e contextualizada quanto à sua incidência.

¹ Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Prejulgado nº 27. Acórdão nº 2.122/2019 – Tribunal Pleno.** Protocolo nº 465.761/17 (TCE/PR). Relator: Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Sessão Ordinária do Tribunal Pleno nº 26, de 31.07.2019. Publicado no Diário Eletrônico do TCE-PR nº 2.130, de 27.08.2019. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2020/5/pdf/00344760.pdf>>. Acesso em 16.02.2022.





27. É importante observar que a Lei Complementar nº 147/2014 alterou a Lei Complementar nº 123/2006 (**Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**) para obrigar que as licitações com valores de itens de contratação estimados em até R\$ 80.000,00 sejam destinadas exclusivamente à participação de Micro e Pequenas Empresas (inciso I, do art. 48).

28. A LC nº 147/2014, por sua vez, ampliou os incentivos inicialmente previstos, permitindo aos entes federados a implementação de medidas voltadas ao desenvolvimento socioeconômico e à ampliação da eficiência das políticas públicas por meio de legislação suplementar mais favorável, conforme consta do art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006:

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).

29. Como se percebe do parágrafo único do normativo exposto, no que diz respeito às compras públicas, **os entes federados podem suplementar a legislação federal** com norma mais favorável a fim de concretizar o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando:

- (a) a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional;
- (b) a ampliação da eficiência das políticas públicas; e
- (c) o incentivo à inovação tecnológica.

30. Observa-se que está em tramitação nesta Corte o processo de reexame de tese nº 71.026-1/2021, o qual recebeu Parecer da Secex no sentido de revisar o “**item 7**” da **Resolução de Consulta nº 17/2015** para que seu texto conste da seguinte forma:





Licitação. Tratamento favorecido e simplificado a micro e pequenas empresas.

[...]

7) A participação em licitações exclusivas para MPEs (inciso I e III do art. 48 da LC 123/2006), por itens ou lotes de até R\$ 80.000,00, **poderá conter limitação geográfica** a fim de contemplar, exclusivamente, MPEs situadas no mercado local ou regional, nas seguintes situações, restando consignada a justificativa detalhada para a sua incidência (princípio da motivação):

7.1) diante da peculiaridade do objeto a ser licitado;

7.2) para a implementação dos objetivos principiológicos definidos pelo artigo 47 da LC 123/2006, contemplando três hipóteses:

7.2.1) promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional;

7.2.2) ampliação da eficiência das políticas públicas, desde que prevista em legislação suplementar, consubstanciada em estudos técnicos, capazes de delinear o raio de incidência dos incentivos propostos, sob a perspectiva de se efetivar o tratamento diferenciado às MPEs e o fomento de determinada localidade, **sendo vedada a sua previsão de forma genérica**; e

7.2.3) para incentivo à inovação tecnológica.

[...]

31. No citado processo, constou observação de que a referida legislação suplementar mais benéfica não deve conter previsão genérica, mas ser suportada por estudos técnicos capazes de delinear o raio de incidência dos incentivos propostos, sob a perspectiva de se efetivar o tratamento diferenciado às MPEs e o fomento de determinada localidade, no mesmo sentido, aliás, do argumentado pelo ora consulente.

32. Também constou naqueles autos a informação de que “a restrição territorial deve ser avaliada à luz do Princípio Constitucional da Isonomia, esculpido no art. 37, XXI, e dos incentivos trazidos às MPEs nos no inciso IX do art. 170² e art. 179³, todos da Constituição Federal”. Além disso, “os princípios da igualdade, do interesse público, da economicidade, da vantajosidade, da livre concorrência e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, presentes no art. 3º da

² **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País

³ **Art. 179.** 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.





Lei 8.666/1993 e, também, no art. 5º da nova Lei de Licitações (14.133/2021), norteadores das contratações públicas, precisam ser sopesados e interpretados de forma **harmônica**, à medida que a incidência de um não afaste a aplicação dos demais”.

33. Nesse sentido, conforme leciona Robert Alexy⁴, a aplicação de um princípio não pode significar a declaração de invalidade de um segundo. O que ocorre, é que um dos princípios, **sob determinadas condições**, tem precedência em face do outro.

[...] Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. [...]

34. Por isso, na interpretação dos normativos, há a necessidade de se exercer ponderação entre os princípios licitatórios a fim de contemplar os valores constitucionais e legais vigentes para que o equilíbrio se estabeleça. Uma medida nesse sentido, conforme constou das razões que fundamentaram o **Acórdão nº 166/2021-TP** (processo nº 13.500-3/2016 - Representação de Natureza Interna – Prefeitura Municipal de Campo Verde), publicado em 02.07.2021, seria a que não veda, deliberadamente, a restrição territorial nas licitações exclusivas às MPEs, e, de forma concomitante, que a limitação geográfica não seja utilizada, indistintamente, pela simples vontade do legislador municipal.

35. O ora consultente, assim como esta equipe técnica, coaduna com a tese decidida pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná⁵ em que se entende possível a delimitação geográfica nas licitações realizadas com base no inciso I do art. 48 do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e nas cotas reservadas previstas em seu inciso III, nas seguintes situações:

- 1) diante da peculiaridade do objeto a ser licitado;
- 2) para a implementação dos objetivos principiológicos definidos pelo artigo 47, do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, que se divide em três hipóteses:
 - 2.1) a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional;
 - 2.2) ampliação da eficiência das políticas públicas; e
 - 2.3) incentivo à inovação tecnológica.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94.

⁵ Tribunal de Contas do Estado do Paraná. **Prejulgado nº 27. Acórdão nº 2.122/2019 – Tribunal Pleno**. Protocolo nº 465.761/17 (TCE/PR). Relator: Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Sessão Ordinária do Tribunal Pleno nº 26, de 31.07.2019. Publicado no Diário Eletrônico do TCE-PR nº 2.130, de 27.08.2019. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2020/5/pdf/00344760.pdf>>. Acesso em 16.02.2022.





36. Conforme constou do citado Prejulgado 27 da Corte de Contas do Estado do Paraná, a restrição territorial em razão da **peculiaridade do objeto** “deve ocorrer sempre quando a situação em concreto assim exigir, para se garantir a vantajosidade de uma contratação, que se feita de outra forma traria prejuízos à Administração Pública”, observando-se que “os aspectos que podem ensejar vantagens em uma determinada contratação”, não estão centrados “unicamente ao aspecto econômico”, razão pela qual, as justificativas “devem ser consistentes e de fácil verificação”.

37. A seguir, apresenta-se a doutrina de José Anacleto Abduch Santos e Marçal Justen Filho, tal como citada no referido prejulgado e, do mesmo modo, apresentada nas razões do ora consultente, a qual, esta equipe técnica filia-se a sua tese:

*A conjugação hermenêutica das duas normas pode levar a concluir que está autorizada a licitação exclusiva para a participação de ME e EPP sediada local ou regionalmente. Explica-se: como o tratamento diferenciado e simplificado (no qual se inclui a licitação exclusiva) objetiva o desenvolvimento econômico e social municipal e regional e como a lei exige que, para a aplicação dele, existam no mínimo 3 ME e EPP sediadas local ou regionalmente, o sentido da norma seria o de efetivamente favorecer as empresas locais e regionais por força de licitações exclusivas para a participação delas. Parece ser este o sentido da norma. Para tanto, deve haver consistente motivação orientada a demonstrar que a licitação exclusiva para a participação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente se prestará efetivamente para contribuir com o desenvolvimento municipal ou regional, ou constituir instrumento para a ampliação da eficiência das políticas públicas, ou ainda, de incentivo à inovação tecnológica. Logo, desde que, fundamentadamente, amparada em planejamento público consistente que contemple algum dos valores jurídicos tutelados pela norma do artigo 47, poderá haver licitação exclusiva para a participação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente” (SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações & o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 132)*

E

*“Verifica-se, no caso, a conjugação de princípios. Pode-se admitir licitação restrita à participação de ME e EPP sediadas em certas regiões, sem que isso configure violação ao princípio da Federação. A controvérsia poderia surgir porque a CF/1988 vedava, no art. 19, III, a discriminação entre os brasileiros ou entre as próprias pessoas políticas. Essa vedação não é infringida na hipótese examinada porque se reconhece a ausência de condições das ME e EPP estabelecidas em regiões carentes de competir com aquelas que atuam em locais com maior índice de desenvolvimento econômico, social e tecnológico. 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. É evidente, porém, que a validade dessa medida concreta dependerá da sua aptidão para realizar os fins e os princípios constitucionais. Não será válido aos Municípios e aos Estados adotarem de modo genérico a restrição de participação de sujeitos estabelecidos fora de seu território”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 140).*





38. Em relação à **ampliação da eficiência das políticas públicas**, verifica-se, conforme constou das razões que sustentaram o Acórdão nº 166/2021-TP⁶, a necessidade “de legislação suplementar mais benéfica, consubstanciada em estudos técnicos, capazes de delinear o raio de incidência dos incentivos propostos, sob a perspectiva de se efetivar o tratamento diferenciado às MPEs e o fomento de determinada localidade, **sendo vedada a sua previsão de forma genérica**, fazendo-se constar nos autos do processo licitatório a devida justificativa”.

4. DA CONEXÃO

39. Por tudo, verifica-se que este processo de consulta, em verdade, se reveste de características de processo de reexame de tese, visto a existência da Resolução de Consulta nº 17/2015, em especial do seu item 7, o qual, necessariamente, precisará ser reexaminado em caso de decisão que com o ele conflita.

40. Nesse sentido, conforme exposto, reforça-se que há prévio processo de reexame de tese⁷ tramitando neste Tribunal cuja causa de pedir é idêntica. Ou seja, ambos processos foram protocolados porque objetivam que a tese contida no item 7 da Resolução de Consulta nº 17/2015 seja reexaminada.

41. Observa-se que o §6º, do art. 129, do Regimento Interno desta Corte de Contas, prevê que “reputam-se **conexos** 2 (dois) ou mais processos quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir”. No mesmo sentido, o art. 55 e seu §1º, da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil)⁸.

42. Assim, embora os pedidos dos dois processos citados não sejam idênticos (um pede reexame de tese e outro pede consulta ao TCE/MT), a **causa de pedir** o é. Por isso, sugere-se que este processo seja encaminhado ao Relator do processo de reexame de tese nº 71.026-1/2021, visando ao seu **apensamento por conexão**, a fim de se evitar decisões conflitantes.

⁶ Processo nº 13.500-3/2016 - Representação de Natureza Interna – Prefeitura Municipal de Campo Verde.

⁷ Esta consulta foi protocolada em **18.11.2021**; o reexame de tese nº 71.026-1/2021, por sua vez, foi protocolado em **13.10.2021**, decorrente do Acórdão nº 166/2021-TP (processo nº 13.500-3/2016 - Representação de Natureza Interna – Prefeitura Municipal de Campo Verde), publicado em **02.07.2021**.

⁸ O Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente aos processos de competência do Tribunal de Contas, conforme disposto pelo art. 144, do Regimento Interno.





5. CONCLUSÃO

43. Destarte, da análise do pedido do consulente, verifica-se que se trata de processo conexo ao pedido de reexame de tese ofertado nos autos protocolados sob o nº 71.026-1/2021, o qual se encontra em tramitação nesta Corte de Contas. Neste sentido, sugere-se o apensamento deste ao processo nº 71.026-1/2021, evitando-se que sejam proferidas decisões conflitantes entre si.

6. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

44. Pelo exposto, de acordo com o art. 139 e §6º, do art. 129, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, sugere-se que os autos sejam encaminhados ao gabinete do Conselheiro Relator do processo de **reexame de tese nº 71.026-1/2021**, para fins de **apensamento por conexão**, evitando-se que sejam proferidas decisões conflitantes entre si.

É o parecer técnico da Secex.

Secretaria de Controle Externo de Administração Municipal do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em Cuiabá-MT, 16 de fevereiro de 2022.

(assinatura digital)⁹
FRANCIS BORTOLUZZI
Auditor Público Externo

⁹ Documento firmado por assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006 e Resolução Normativa nº 9/2012 do TCE/MT.

