2. Ofício 5-2017 - STP

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO

Ofício nº 5/17-STP

Curitiba, 23 de Junho de 2017

Assunto: Comunicação entre Unidades

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATTOS COSTA SANTA CATARINA 100

Senhor(a) Diretor(a),

Informo que na Sessão Ordinária nº 19 do Tribunal Pleno, foi aprovada a instauração de prejulgado (conforme ata em anexo), suscitado pelo Conselheiro FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, para fins de consolidar entendimento acerca da possibilidade dos entes federados restringirem a participação em licitações às MEs e EPPs sediadas em local ou regionalmente, e, ainda, sobre os exatos contornos do art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06, especialmente sobre a incidência do teto de R$ 80.000,00 para cada item/lote da licitação ou sobre o valor global da licitação, sendo designado pelo Presidente como relator o Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO.

Atenciosamente,

MARIA ESTEPHANIA DOMENICI
Secretária do Tribunal Pleno – matrícula nº 506338

ILUSTRÍSSIMA SENHORA CLEUZA BAIS LEAL
Diretora da Diretoria de Protocolo

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR O2VD.WNJ4.DUZ3.HT56.C

3. Termo de distribuição

Tribunal de Contas do Estado do Paraná
Diretoria de Protocolo

TERMO DE DISTRIBUIÇÃO Nº 3988/17

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 102

Processo nº : 465761/17
Data e hora da distribuição : 26/06/2017 10:59:00
Assunto : PREJULGADO
Entidade : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
Interessado : TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
Exercício :
Modalidade de distribuição : designação conforme Ata de Sessão Ordinária 19/2017 - Secretaria do Tribunal Pleno
Relator : Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO
Impedimentos :

DP, em 26/06/2017

Cleuza Bais Leal – Diretora
Matr. 51.032-7

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR O2VD.WNJ4.DUZ3.HT5T.J

4. Despacho

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA
SANTA CATARINA
103

PROCESSO Nº: 465761/17
ENTIDADE: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
INTERESSADO: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
ASSUNTO: PREJULGADO
DESPACHO: 1260/17

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 104

Encaminhem-se às manifestações da Coordenadoria de Fiscalização de Transferências e Contratos e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, nos termos do disposto no artigo 411 do Regimento Interno [1].

Após, retornem.

Gabinete do Relator, 26 de junho de 2017.

LUCIANO CROTTI [2]
Diretor de Gabinete

wk

[1] Art. 411. O incidente do prejulgado será formalizado em autos apartados, mediante ofício encaminhado pelo Presidente ao Relator designado, que determinará sua autuação e a manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal, no prazo de 10 (dez) dias, facultando-se ao Relator, preliminarmente, a remessa do processo à unidade técnica competente para manifestação, em igual prazo.
[2] Por delegação do Relator, conforme a Instrução de Serviço nº 95/15.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR O2VD.WNJ4.DUZ3.HT8Z.E

5. Parecer

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA
SANTA CATARINA
105

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Coordenadoria de Fiscalização de Transferências e Contratos

Processo nº: 465761/17
Entidade: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
Assunto: PREJULGADO
Parecer nº: 35 – COFIT

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA
106

EMENTA: Incidente de prejulgado. Licitações. Estatuto das Micro e Pequenas Empresas (MPEs). Licitação exclusiva a MPEs locais ou regionais. Possibilidade da limitação de competição pela restrição territorial ser excepcional. Exigência de previsão em lei para a criação do instituto, o qual deve ter harmonia com as demais disposições da Lei Complementar (LC) nº. 123/2006. Aplicabilidade do artigo 48, I, da LC nº. 123/2006. Licitação exclusiva a MPEs apenas quando o seu valor global seja inferior ao montante estabelecido no dispositivo, de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Caso o valor global estimado da contratação seja superior ao montante previsto no artigo 48, I, utilização das cotas exclusivas previstas no inciso III do mesmo dispositivo, em se tratando de objeto constituído por bens divisíveis. Ponderação entre os princípios da isonomia, vantajosidade e livre concorrência.

1. RELATÓRIO

Trata-se de incidente de prejulgado, instaurado a partir de proposição do Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães no processo de Representação de nº. 487.974/16.

O objetivo é consolidar entendimento a respeito da possiblidade, ou não, de ente federado restringir participação em procedimento licitatório apenas às empresas sediadas no local ou região delimitado pela Administração Pública. Outrossim, busca o presente incidente definir o escopo da regra preceituada no artigo 48, I, da Lei Complementar nº. 123/06, de modo a definir se a licitação para contratação exclusivamente de Microempresas (MEs) e Empresas de Pequeno Porte (EPPs) deve ser limitada a objetos cujo valor global

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA CATARINA MATOS COSTA 107

seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou se tal montante deve ser considerado para cada item/lote do certame.

A medida encontra respaldo no artigo 79 da Lei Complementar Estadual nº. 113/2005 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná), a qual estabelece a possibilidade de pronunciamento do Tribunal Pleno sobre a interpretação de qualquer norma jurídica ou procedimento da administração, a fim de reconhecer a importância da matéria de direito e de sua aplicabilidade de forma geral e vinculante até que o prejulgado venha a ser reformado.

Autuado e distribuído o feito, o Exmo. Relator, Conselheiro Artagão de Mattos Leão, entendeu pertinente a manifestação desta unidade técnica (Coordenadoria de Fiscalização de Transferências e Contratos), a qual opinara pela formação do presente incidente em análise durante a Instrução nº 2377/16 (processo Representação nº 487.974/16). Após, determinou o Relator o encaminhamento ao Ministério Público de Contas para pronunciamento do *parquet*.

É a breve síntese.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA EXCLUSIVIDADE DE LICITAÇÃO ÀS EMPRESAS SEDIADAS LOCAL OU REGIONALMENTE

Versa a análise sobre a interpretação que deve ser aplicada ao artigo 48, §3º, da Lei Complementar nº. 123/06, cuja redação se transcreve a seguir:

> "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)
> 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;
> 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.
> **§ 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**

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA CATARINA 108

ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido" (grifo nosso).

Esse dispositivo, assim como diversos outros introduzidos na LC nº. 123/06, seja em seu texto original ou após a publicação da LC nº. 147/2014, almeja instrumentalizar o tratamento diferenciado que deve ser concedido às MEs e EPPs, conforme previsto na Constituição Federal (CF) de 1988[1].

Almeja-se, com essa forma de fomento, promover o desenvolvimento nacional (objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, consoante art. 3º, II, da CF[2]).

A diferença de tratamento para MEs e EPPs não é inovação do ordenamento jurídico pátrio, tendo sido estabelecida, historicamente, pela primeira vez no período da Segunda Guerra Mundial, pelos Estados Unidos, após constatadas as dificuldades das MEs e EPPs em competirem no mercado com grandes empresas[3].

Pode-se afirmar que as Micro e Pequenas Empresas (MPEs) constituem a base da economia nacional, tendo em vista que representam a maior parte dos estabelecimentos empresariais e dos empregos formais no país. Estatisticamente, isso pode ser comprovado ao se analisar o "Anuário do Trabalho nos Pequenos Negócios", de 2015, que foi produzido pelo SEBRAE em conjunto com o DIEESE[4], do qual se extraem dos gráficos e tabelas a seguir:

---

[1] Art. 170 da CF: "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".
Art. 179 da CF: "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".

[2] Art. 3º da CF: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II - garantir o desenvolvimento nacional".

[3] GUIMARÃES, Yuri. *O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório*. In: https://menezeseguimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/116490691/o-tratamento-diferenciado-das-micro-e-pequenas-empresas-me-e-empresas-de-pequeno-porte-epp-no-certame-licitatorio Acessado em 09/04/2018

[4] SEBRAE (Org.) *Anuário do trabalho nos pequenos negócios: 2015*. 8.ed. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas; Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos [responsável pela elaboração da pesquisa, dos textos, tabelas, gráficos e mapas]. Brasília, DF: DIEESE, 2017. Disponível em: www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/anuário%20do%20trabalho%202015.pdf Acessado em 09/04/2018.

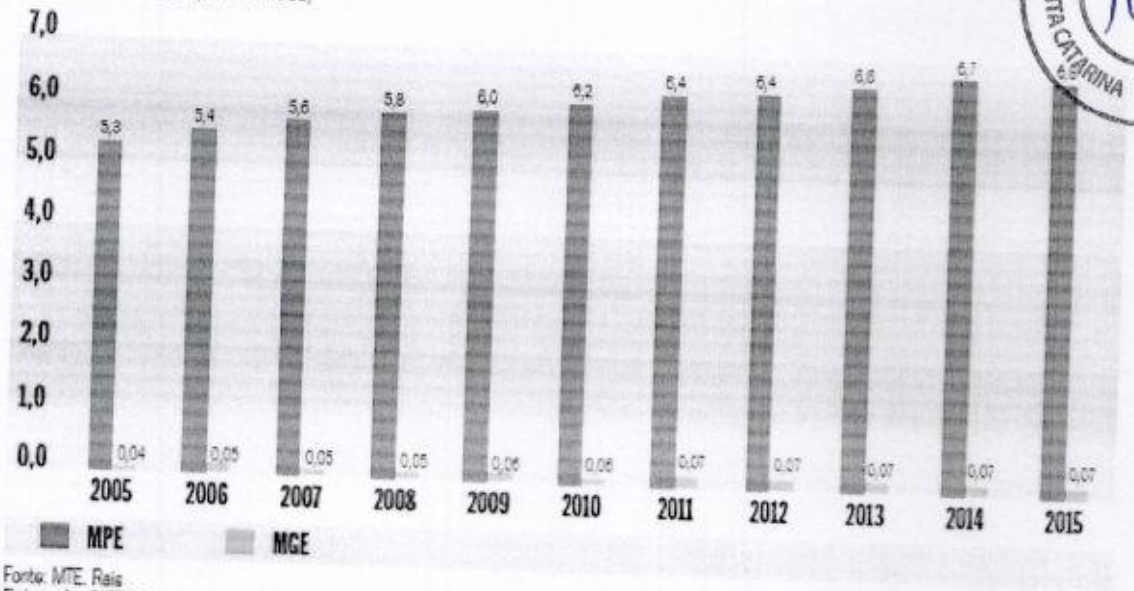
DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 109

GRÁFICO 1

Evolução do número de estabelecimentos por porte

Brasil 2005-2015 (em milhões)



Fonte: MTE, Rais
Elaboração: DIEESE
Obs.: Para efeito de nomenclatura, os termos MPE e micro e pequenas empresas equivalem-se a "Pequenos Negócios"

TABELA 33 Evolução da distribuição dos empregos por porte do estabelecimento e por sexo - Brasil 2005-2015 (em %)

Porte	2005	2006	2007	2008	2009
MPE	11.070.979	11.677.232	12.342.054	13.186.027	13.817.310
Micro	5.146.937	5.398.185	5.616.442	5.957.857	6.263.212
Pequena	5.924.042	6.279.047	6.725.612	7.228.170	7.554.096
MGE	9.380.966	10.157.980	11.287.161	12.045.736	12.546.841
Média	3.242.793	3.492.894	3.790.332	4.020.361	4.166.658
Grande	6.138.173	6.665.086	7.496.829	8.025.375	8.380.183
TOTAL	20.451.945	21.835.212	23.629.215	25.231.763	26.364.151
Porte	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**
MPE	14.959.135	15.887.711	16.556.345	17.071.291	17.463.807	17.192.686
Micro	6.705.756	7.114.273	7.447.914	7.713.340	7.946.837	7.957.818
Pequena	8.253.379	8.773.438	9.108.431	9.357.951	9.516.970	9.234.868
MGE	13.965.026	14.820.111	15.313.447	15.686.208	15.743.452	14.688.652
Média	4.607.526	4.786.063	4.910.685	5.027.167	5.003.637	4.668.277
Grande	9.357.500	10.034.048	10.402.762	10.659.041	10.739.815	10.020.375
TOTAL	28.924.161	30.707.822	31.869.792	32.757.499	33.207.259	31.881.338

Fonte: MTb, Rais
Elaboração: DIEESE
Obs.: a) Setores considerados: indústria, construção, comércio e serviços
b) Para efeito de nomenclatura, os termos MPE e micro e pequenas empresas equivalem-se a "Pequenos Negócios".

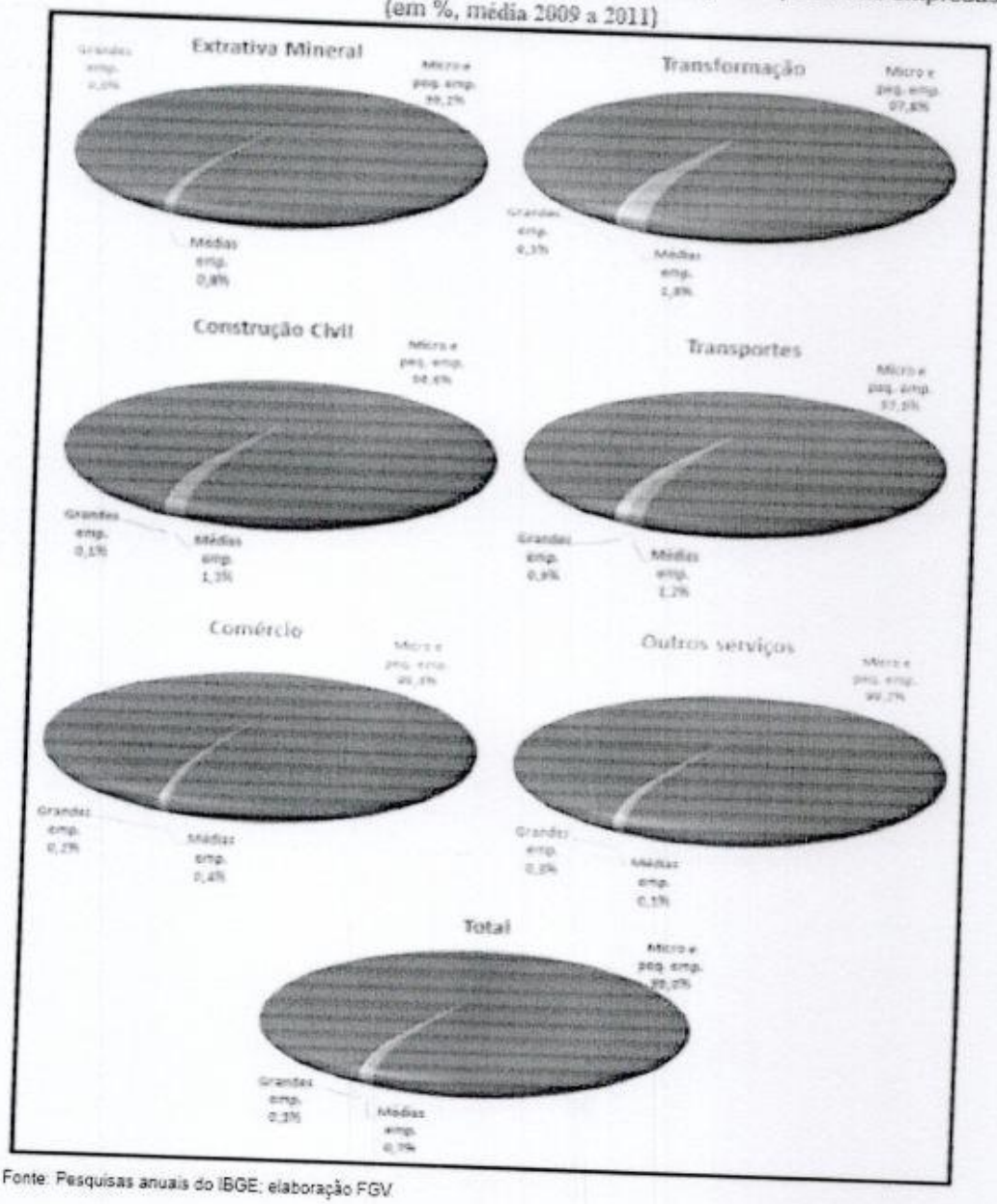
DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA
110

No estado do Paraná, a presença das MEs e EPPs possui semelhante representatividade ao volume nacional, consoante atestou o Relatório de Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira, Região Sul, do SEBRAE[5]:

Gráfico 4.12

Paraná - Número de empresas, por setores de atividade, segundo porte das empresas (em %, média 2009 a 2011)



Fonte: Pesquisas anuais do IBGE; elaboração FGV

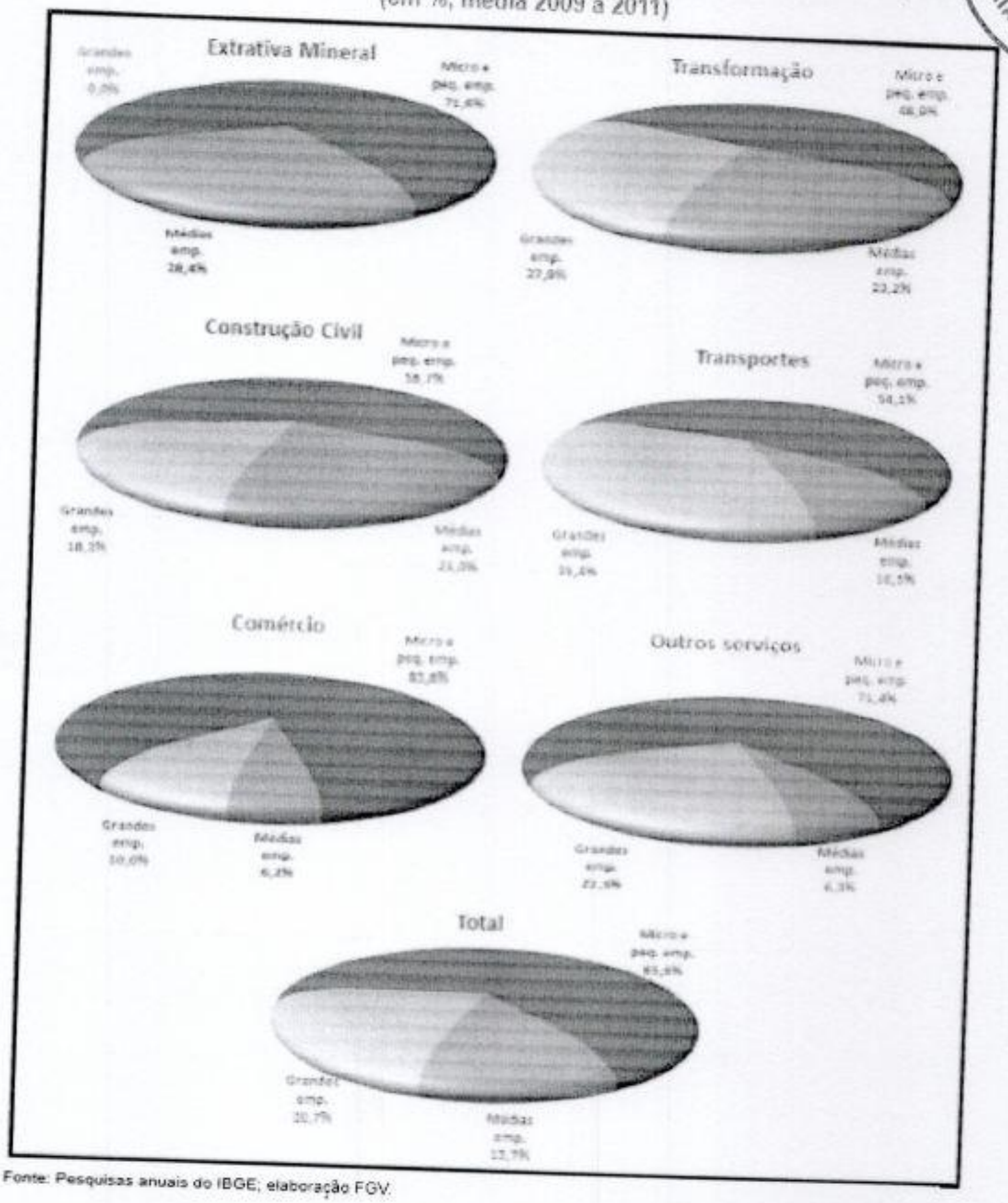
[5] Disponível em: www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Relatório%20Sul.pdf Acessado em 09/04/2018.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA
SANTA CATARINA
111

Gráfico 4.13

Paraná - Pessoal ocupado, por setores de atividade, segundo porte das empresas
(em %, média 2009 a 2011)



Fonte: Pesquisas anuais do IBGE; elaboração FGV.

Conforme leciona MORAES[6], por muito tempo a busca pela concretização do desenvolvimento nacional ocorreu fundamentalmente apenas por meio de políticas públicas. As licitações e os contratos administrativos possuíam apenas caráter acessório na busca da Administração Pública para consecução daquele objetivo (tratavam-se de meras ferramentas para aquisição de bens a serem utilizados e dos serviços a serem prestados), de modo que

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 112

o enfoque nos certames era somente na vantajosidade da contratação. Ou seja, priorizava-se apenas a escolha da proposta de menor preço – desde que garantidas a competitividade e a isonomia (aqui entendida apenas como tratamento igual entre todos os participantes).

Entretanto, com o decorrer do tempo, passou-se a analisar tais institutos também tendo em vista as demais diretrizes estabelecidas na Constituição, de forma que se passou a considerar a "função social do contrato administrativo", o qual seria apto, não apenas atender à necessidade imediata da Administração (bens e serviços), como também a ser mecanismo de desenvolvimento econômico e social, capaz de eliminar desigualdades individuais e coletivas, bem como propiciar o atingimento de fins constitucionalmente protegidos. Tal responsabilidade é reforçada em função do montante de recursos que circulam em função das contratações públicas – em torno de 10% a 15% de todo o Produto Interno Bruto nacional, segundo Santos[7].

É com essa perspectiva que foi publicada a LC nº. 123/06, a qual, em meio a outros benefícios concedidos às Micro e Pequenas Empresas (MPEs), dispôs sobre a regularidade fiscal tardia, a prioridade de contratação em caso de empate ficto e a possibilidade de os entes públicos abrirem licitações com participação exclusiva de MPEs, tudo visando o incentivo a essa parcela tão vital do mercado econômico brasileiro. Com o tratamento diferenciado, buscava-se alcançar a verdadeira isonomia (tratamento igual para os iguais, mas desigual para os desiguais/hipossuficientes) na disputa pela contratação com o Estado, tendo em vista a disparidade estrutural entre as MPEs e as grandes empresas.

Importante, ainda, destacar a relevância que ganhou a noção de sustentabilidade na contratação, culminando na edição da Lei nº. 12.349/2010, a qual alterou o artigo 3º da Lei nº. 8.666/93 para incluir o desenvolvimento nacional sustentável como um dos alicerces da licitação, reforçando os valores da preservação ambiental[8].

Passou-se, então, a ser avaliado o procedimento licitatório com base em um trinômio composto por vantajosidade, isonomia e desenvolvimento sustentável.

Todavia, até a edição da LC nº. 147/14, a prerrogativa de licitação exclusiva ou com cotas exclusivas para MPEs era uma faculdade dos gestores públicos. Conquanto a quase totalidade dos municípios paranaenses possuísse legislação regulamentando os

---

[6] MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de. *Desenvolvimento local através das licitações públicas*. Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. – n. 6, (2017) - Curitiba: Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, 2017, p 10-39.

[7] SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações & o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015, p.143.

[8] Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos 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.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 113

certames diferenciados para MPEs, não se fazia uso desse expediente para priorizar a contratação dessas empresas[9].

Em consequência, pretendendo dar efetividade a tal instrumento, foi publicada a aludida LC nº. 147/14, que retirou, em parte, essa discricionariedade dos gestores públicos. Com a alteração, os entes passaram a ser obrigados a realizar licitações exclusivas nos casos previstos na lei (elencados dentro do artigo 48 da LC nº 123/06, já transcrito anteriormente).

À época, em meio à divulgação da modificação legislativa, o SEBRAE/PR realizou pesquisa junto aos micro e pequenos empresários locais e aos servidores públicos responsáveis pelas licitações, visando a conhecer quais seriam as preocupações com a aplicação da nova lei[10].

Entre os empresários, constatou-se que grande parte não possuía conhecimento prévio dos objetos que seriam licitados (ausência de divulgação por parte da Administração de suas futuras demandas). Havia, ainda, receio de que as licitações seriam direcionadas.

No tocante aos membros da Administração, temia-se que haveria um amplo aumento das despesas, visto que os valores ofertados por MPEs tendem a ser maiores.

Cenário um pouco distinto é aquele que se observa atualmente, motivando a instauração do presente incidente de prejulgado.

Muitos municípios, não se limitando apenas aos instrumentos de tratamento diferenciado previstos na LC nº. 123/06 (somados àqueles acrescidos pela LC nº. 147/14), passaram a legislar sobre a matéria, com fundamento no disposto no artigo 47, parágrafo único[11], adicionando ainda mais institutos para favorecer as MPEs em contratações públicas.

Entre tais inovações, recorrentemente têm sido submetidos à fiscalização desta Corte de Contas casos em que o ente municipal determina a exclusividade de participação a MPEs sediadas local ou regionalmente, não se restringindo apenas à hipótese de prioridade de contratação do artigo 48, §3º, da LC nº. 123/06.

---

[9] Conforme leciona MORAES, 384 municípios do Paraná publicaram leis municipais estabelecendo a aplicação de tratamento diferenciado e favorecido às MPEs (MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de. Condicionantes à realização das licitações diferenciadas previstas no estatuto das micro e pequenas empresas. **Controle externo: coletânea de artigos nas diversas áreas da administração pública**. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Escola de Gestão Pública. Curitiba: Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 2016, p. 188-234).

[10] Informação repassada pelo SEBRAE no Debate sobre a LC nº. 147/14, realizado no Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR) nos dias 30/09/2015 e 01/10/2015.

[11] 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. 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.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 114

Ainda, vislumbram-se situações em que o município nem mesmo chega a legislar prevendo a concessão dessa prerrogativa. Apenas é alegado pelo ente que a licitação exclusiva às MPEs locais ou regionais seria uma interpretação possível do dispositivo legal em comento (art. 48, §3º, da LC nº. 123/06).

De fato, nota-se que o entendimento é controverso a respeito do instrumento preceituado no artigo 48, §3º, da LC nº. 123/06.

Jamil Manasfi e Simone Zanotello de Oliveira consideram que a aplicabilidade da preferência deve ser igual àquela designada pela Lei nº. 12.349/2010, que trouxe a preferência aos produtos nacionais na Lei nº. 8.666/93. Destarte, a Administração poderia pagar preço superior à melhor oferta válida, no limite de até 10%, para contratar MPEs sediadas local ou regionalmente[12]. Igual tese defende Fortini[13].

Ao regulamentar o tema no Decreto nº. 8.538/15[14], a União adotou entendimento de que o instituto se equivaleria ao do empate ficto. Encerrada a etapa classificatória normal da licitação, é conferida oportunidade à MPE local ou regional melhor classificada de apresentar proposta com valor inferior àquele da oferta vencedora até aquele momento – hipótese em que lhe será adjudicado o objeto do certame, caso exerça esse direito. Se essa MPE não oferecer proposta mais vantajosa, serão convocadas MPEs locais ou regionais

---

[12] MANASFI, Jamil; OLIVEIRA, Simone Zanotello de. Considerações sobre as licitações em face das alterações do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123/2006) provenientes da Lei Complementar nº 147/2014. In: https://admjamil.jusbrasil.com.br/artigos/259631495/consideracoes-sobre-as-licitacoes-em-face-das-alteracoes-do-estatuto-nacional-da-microempresa-e-empresa-de-pequeno-porte Acessado em 10/04/2018.

[13] FORTINI, Cristina. Licitações Diferenciadas: Arts. 47 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006 e Arts. 6º a 10 do Decreto Federal nº 8.538/2015. **Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos** / coordenação Jessé Torres Pereira Junior. São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 756.

[14] Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º: (...) II - poderá ser concedida, justificadamente, prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos:
a) aplica-se o disposto neste inciso nas situações em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço;
b) a microempresa ou a empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;
c) na hipótese da não contratação da microempresa ou da empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente com base na alínea "b", serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na situação da alínea "a", na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;
d) no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta;
e) nas licitações a que se refere o art. 8º, a prioridade será aplicada apenas na cota reservada para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte;
f) nas licitações com exigência de subcontratação, a prioridade de contratação prevista neste inciso somente será aplicada se o licitante for microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente ou for um consórcio ou uma sociedade de propósito específico formada exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente;
g) quando houver propostas beneficiadas com as margens de preferência para produto nacional em relação ao produto estrangeiro previstas no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, a prioridade de contratação prevista neste artigo será aplicada exclusivamente entre as propostas que fizerem jus às margens de preferência, de acordo com os Decretos de aplicação das margens de preferência, observado o limite de vinte e cinco por cento estabelecido pela Lei nº 8.666, de 1993; e
h) a aplicação do benefício previsto neste inciso e do percentual da prioridade adotado, limitado a dez por cento, deverá ser motivada, nos termos dos arts. 47 e 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 115

que estejam dentro da margem de 10% do melhor preço válido, na ordem classificatória, para o exercício da mesma prerrogativa. Ou seja, para que a MPE local ou regional seja contratada, deverá oferecer preço inferior ao da proposta com menor preço na etapa classificatória anterior, não bastando que sua oferta esteja dentro da margem de 10% para que lhe seja adjudicado o objeto. Em síntese, deve ser conferido tratamento semelhante àquele estabelecido nos arts. 44 e 45 da LC nº. 123/2006 (que prevê margem de preferência para contratação de qualquer MPE – não apenas locais ou regionais – perante empresas de médio e grande porte).

Inclusive, críticas são merecidas ao legislador, por não ter disposto com o mesmo rigor o instituto do art. 48, §3º, da LC nº. 123/2006 em comparação à margem de preferência determinada nos arts. 44 e 45 da mesma lei, a qual tem seu entendimento mais facilitado devido à clareza das normas. Sequer é definido pela lei qual o critério para definição do território local ou regional que irá conferir a benesse.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho aduz que as licitações diferenciadas (aquelas previstas nos arts. 47 e 48 da LC nº. 123/2006) apenas têm aplicabilidade após a sua regulamentação pelo ente federado, seja em lei específica ou por meio de decreto (como o já aludido Decreto nº. 8.538/2015, a nível federal)[15]. Segundo o autor, diferentemente das normas nos arts. 42 a 45 (que preceituam, por exemplo, a regularização fiscal tardia e a margem de preferência das MPEs perante empresas de médio e grande porte), as quais seriam autoaplicáveis, a LC nº 123/2006 autonomamente seria insuficiente para implantar de modo imediato os benefícios das licitações diferenciadas[16].

No âmbito deste Tribunal de Contas, houve a instauração do Processo de Consulta nº. 88.672/15 a respeito de determinados aspectos do dispositivo em análise (art. 48, §3º, da LC nº. 123/2006). Extrai-se do Acórdão nº. 877/16 (deliberação do órgão colegiado sobre a Consulta):

> **c) Qual interpretação deve ser conferida ao termo "justificadamente", presente no § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006?**
>
> R: A justificativa para aplicação de margem de preferência deve ter por parâmetro a busca de ao menos um dos objetivos dispostos no caput do artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

[15] 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. 139.
[16] Tese diferente defende Santos, para quem bastaria a previsão em edital para a concessão do benefício da licitação diferenciada (SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações & o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 144).

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 116

Ademais, a margem de preferência somente poderá ser aplicada quando as seguintes condições forem cumulativamente preenchidas:

(i) O benefício esteja expressamente previsto no ato convocatório, caso em que a Administração será obrigada a contratar a microempresa ou empresa de pequeno porte local ou regional que oferecer o melhor preço, se dentro da margem de preferência e se o valor ofertado espelhar a realidade do mercado;

(ii) A microempresa ou empresa de pequeno porte tenha efetivamente participado do certame e oferte durante o procedimento licitatório preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência;

(iii) Trate-se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado); e

(iv) O preço enquadrado dentro da margem de preferência seja compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte.

d) A disposição do § 3º do art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, admite seja estabelecida prioridade de contratação unicamente em favor de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente, ou há obrigatoriedade de se contemplar as sediadas regionalmente.

Uma interpretação gramático-literal do artigo 48, § 3º, evidencia que o uso da conjunção "ou" estabelece que o ente poderá estabelecer, alternativamente, a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente. Desta forma, os requisitos "local" e "regional" não são cumulativos, sendo de discricionariedade do gestor optar pelo modo que melhor atender ao interesse público, assim como aos princípios reitores da Administração Pública. Por óbvio que a escolha da opção "regional" necessariamente abarca os fornecedores locais. Caso opte por conceder o benefício unicamente a microempresas e empresas de pequeno porte sediadas "localmente", ao contrário, excluem-se aquelas "regionais" e não "locais". Entretanto, apõe-se a ressalva de que somente poderá a Administração Municipal restringir a prioridade de contratação a empresas locais quando comprovada a existência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte competitivas naquele mesmo âmbito.

Nota-se, portanto, que, nesse feito (Consulta nº. 88.672/15), o Tribunal de Contas elucidou o teor do termo "justificadamente" (presente na redação do dispositivo), bem como se manifestou a respeito da discricionariedade do gestor em relação ao território (local ou

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.I.

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 117

regional) ao qual será conferida a prioridade da contratação. Entretanto, não houve questionamento específico sobre a possibilidade de restrição da licitação para participação unicamente de MPEs locais ou regionais ou qual seria a forma de aplicação da margem de preferência (se seria semelhante àquela estabelecida para os produtos nacionais ou se seria uma espécie de empate ficto).

Em síntese, constata-se que existem três correntes de pensamento sobre o instituto do art. 48, §3º, da LC nº. 123/06:

1) Margem de preferência semelhante à margem de preferência dos produtos nacionais frente aos estrangeiros disposta no art. 3º da Lei 8.866/93: ao estabelecer a margem no Edital, nas licitações diferenciadas do artigo 48 da LC nº. 123/06 (licitações exclusivas ou nas cotas reservadas às MPEs), participam MPEs de fora do território (local ou regional conforme definição prévia, impessoal) e de dentro do território, dando-se preferência de contratação à MPE situada no local ou região do ente público contratante, ainda que seu preço seja maior que o ofertado por uma MPE de fora do território, mas desde que dentro da margem de 10% do melhor preço válido e dentro do preço máximo estabelecido no edital;

2) Empate ficto: ao estabelecer a margem no Edital, nas licitações diferenciadas do artigo 48 da LC nº. 123/06 (licitações exclusivas ou nas cotas reservadas às MPEs), participam MPEs de fora do território (local ou regional conforme definição prévia, impessoal) e de dentro do território. No caso de o melhor preço válido ter sido ofertado por uma MPE de fora do território, verifica-se se, dentro da margem do empate ficto (10% do melhor preço), há proposta de uma MPE de dentro do território. Em havendo, verifica-se se ela quer exercer o direito de apresentar proposta mais vantajosa que a MPE de fora. Em caso afirmativo, é adjudicado o objeto a essa MPE. É a forma como é aplicada no âmbito federal, conforme regulamenta o Decreto nº. 8.538/2015.

3) Possibilidade de restrição de participação somente às empresas locais ou regionais: somente participam empresas estabelecidas no território delimitado pelo ente – local ou regional – para licitações diferenciadas (exclusivas ou com cotas).

Conforme já exposto, a parcela que defende a aplicação da terceira tese enumerada acima, da qual muitos municípios retiram fundamento para legislar sobre a restrição territorial, defende que o próprio Estatuto das MPEs teria conferido prerrogativa ao ente federado de preceituar normas ainda mais benéficas às MPEs pela redação do seu art. 47, parágrafo único. Tudo objetivando o desenvolvimento de políticas públicas para fomento

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 118

econômico e social no âmbito municipal e regional, conforme o *caput* do mesmo dispositivo[17].

Já se demonstrou que as licitações, atualmente, devem ser balizadas pela ponderação entre três princípios: vantajosidade, isonomia e desenvolvimento sustentável, previstos no art. 3º da lei nº 8.666/93[18].

Do embate entre esses atributos fundamentais para a contratação pública, permite o ordenamento jurídico que sejam promovidas licitações em que:

- Haja aumento da especificação técnica de um produto para melhor atender a necessidade da Administração (maior vantajosidade), embora isso ocasione restrição da competição (menor isonomia), visto que reduz o número de fornecedores capazes de atender à especificação técnica;
- Seja determinado o fornecimento de bens que gerem um menor impacto ambiental (maior desenvolvimento sustentável), conquanto tais produtos tenham custo de aquisição maior para o Estado (menor vantajosidade, vista aqui em seu caráter de economicidade);
- Promova-se a contratação por um preço superior ao oferecido por outro potencial contratado (menor vantajosidade, novamente no quesito economicidade), **mas ainda dentro da margem de custo do mercado**, buscando fomentar as MPEs, incapazes de competir em igualdade com grandes empresas devido a sua hipossuficiência (maior isonomia).

Nota-se que o perfeito equilíbrio entre os três princípios nem sempre é desejável ao atendimento do interesse público. Em muitos casos é necessário suprimir, em parte, um atributo – menos fundamental à necessidade da Administração naquela oportunidade.

Contudo, a limitação de participação em função do aspecto territorial, da forma como vem sido estabelecida pelos entes municipais (em qualquer tipo de licitação, sem um critério bem definido), não é admissível.

O favorecimento às empresas locais e regionais, determinado pelo Estatuto das MPEs, já é garantido pela própria preferência da margem de preço de 10% que é conferida

---

[17] Art. 47 da LC nº. 123/06: "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.
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".

[18] Art. 3º da Lei nº. 8.666/93: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 119

a essas empresas. O argumento de que a restrição territorial busca contribuir para o desenvolvimento local e regional é louvável – e, em alguns casos, até mesmo justificável, conforme será demonstrado adiante –, mas essa regra, quando imposta sem a devida cautela, não apenas afeta a vantajosidade da contratação (por não permitir à Administração ter acesso a possíveis propostas mais econômicas, advindas de participantes de fora do território), como também afronta a sua própria isonomia. Ao invés de equiparar as condições para um participante hipossuficiente, proíbe a entrada na competição de outros interessados, lesionando princípios constitucionais da ordem econômica como a livre iniciativa e a livre concorrência[19].

Percebe-se que essa não foi a finalidade do legislador, que expressamente consignou não fossem realizadas licitações diferenciadas às MPEs quando estas fossem desvantajosas para a administração pública ou representassem prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado[20].

É evidente que, quanto mais restrito for o número de participantes – o que se vislumbra na hipótese de uma licitação exclusiva a empresas sediadas em um determinado território –, menos vantajoso tende a ser o preço classificado como vencedor do certame. Por outro lado, melhores tendem a ser as ofertas apresentadas à medida que mais participantes são admitidos. Trata-se de simples observação da máxima da "lei da oferta e da procura".

Se a diferença de preços ofertados entre a empresa do local ou região e aquela de fora do território é tão discrepante (superior à diferença de 10% que foi fixada pelo legislador nacional como margem de preferência), optar por esse preço superior implica uma afronta à vantajosidade tão grave que acaba por não compensar – na maioria dos casos, frise-se – o desenvolvimento local ou regional que teoricamente é fomentado.

Há ainda a vantagem naturalmente imposta às micro e pequenas empresas do município ou região, em relação às demais licitantes: devido a sua proximidade geográfica com o ente contratante, essas MPEs já apresentam vantagem nos custos de logística, transporte, deslocamento e frete, seja para participar efetivamente no certame ou para a própria execução do objeto.

Excepcionalmente, contudo, poderia ser admitida a restrição territorial, em duas hipóteses.

---

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.

[19] Art. 170 da CF/88: 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: (...) IV - livre concorrência;

[20] Art. 49 da LC nº. 123/2006: Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: 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;

AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JC.3ILM.YM6S.L
DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 120

A primeira delas seria em virtude da **peculiaridade do objeto** a ser licitado, desde que exaustivamente justificado pelo ente. Alguns exemplos são emblemáticos:

O primeiro deles seria uma licitação visando à aquisição de combustíveis para a frota municipal. Independentemente da diferença de preços que seria encontrada entre a oferta de uma empresa local e outra de fora do território, deve-se levar em conta, para apurar a vantajosidade da contratação, que o gasto realizado com o deslocamento dos veículos até um posto de combustível localizado a dezenas de quilômetros (ida e volta) acabaria por contrabalancear a diferença de preços verificada entre o participante local e aquele de fora – isso sem mencionar o maior tempo desperdiçado, que poderia estar sendo utilizado para execução de serviço público. Há, ainda, o caso dos veículos pesados (por exemplo, tratores), para os quais simplesmente é inviável o deslocamento por distâncias mesmo relativamente curtas, para o abastecimento.

Outra hipótese seria de contratação de veículo impresso de jornal para ser o meio oficial de publicação. Como o Diário Oficial do Município deve estar em jornal com circulação local ou regional, não é admissível que uma empresa de fora do território seja contratada.

Em tais situações, é compreensível e justificável a limitação territorial de participação, pois aqueles que são afetados pela aparente quebra de isonomia (e são impedidos de participar na licitação) simplesmente não seriam aptos a prestar o serviço desejado pela Administração.

Isso não impede o ente municipal de fundamentar o processo licitatório demonstrando essa vantajosidade. Como a questão deve ser observada caso a caso, para fins de fiscalização desta Corte de Contas e de outros meios de controle, é indispensável que o gestor registre, durante o processo licitatório, qual é a peculiaridade do objeto que oportuniza a limitação territorial naquela situação.

Ainda, deve essa exclusividade ser determinada de maneira menos restritiva possível. Não é razão idônea, por exemplo, que o município imponha restrição à participação de empresas locais – essa definida pelo ente como o território do município – em uma licitação para aquisição de combustíveis a serem utilizados apenas por automóveis comuns ("leves"), caso o município vizinho, a menos de 5 km de distância, possua postos que poderiam concorrer naquele certame.

A outra hipótese permissiva à restrição territorial na licitação seria caso fosse implementada pelo ente uma **política pública bem definida** para o desenvolvimento local ou regional. Não se trata de uma exigência que possa ser satisfeita de forma genérica, com mera declaração feita pelo gestor ou por previsão aberta do legislador municipal – como comumente se constata nos atos de fiscalização desta Corte de Contas sobre os municípios

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 121

paranaenses –, mas de estudo econômico concreto, comprovado por meio de pesquisa estatística, que efetivamente torne válido o desenvolvimento econômico-social.

Moraes[21] cita exemplo de como essa situação pode ser verificada:

> *"Suponha-se que o município de Mariana (MG) elabore uma Política Pública de desenvolvimento econômico, social e ambiental com a finalidade de gerenciar seu passivo ambiental com resíduos da atividade de mineração, de fomentar a inovação tecnológica e a abertura de empresas na localidade para geração de empregos.*
>
> *Para tanto, através da Política Pública, determinar-se-ia que toda a Administração Direta e Indireta do Município passasse a utilizar em suas obras, os tijolos feitos a partir da lama de barragem das mineradoras que atuam na região, e que foram desenvolvidos pela Universidade Federal de Ouro Preto[22] (inovação).*
>
> *Não atende à demanda da Administração de Mariana/MG a compra de tijolos produzidos por empresas de outros Estados, mas somente de empresas locais que utilizem a matéria-prima local (lama da barragem), haja vista a necessidade de redução de seu passivo ambiental.*
>
> *Assim, com base no art. 47 da Lei Complementar nº. 123/06 e numa Política Pública bem elaborada, com metas definidas e controles de execução das ações adequadamente detalhados, poder-se-ia interpretar pela possibilidade de limitação de participação nestas licitações, de fornecimento de tijolos, apenas às empresas locais ou da região das barragens, em atenção a outros valores constitucionalmente relevantes como: preservação ao meio ambiente, fomento à atividade econômica, geração de empregos e inovação tecnológica".*

Frise-se: a justificativa de Política Pública para estabelecimento de restrição territorial não pode ser declaração exageradamente abstrata feita pelo município. Deve-se promover detalhado Planejamento Estratégico para que seja demonstrado quais são os objetivos que a Administração pretende atingir com as licitações exclusivas.

Nesse contexto, é fundamental que os gestores adotem ferramentas de Governança Pública no gerenciamento das aquisições que pretendem realizar. Com o auxílio dessa metodologia, a Administração Pública será capaz de identificar quais são as oportunidades de desenvolvimento local ou regional que irão ao encontro das forças da economia daquele território. Inclusive, utilizando-se desse instrumento o desenvolvimento local pode ser incentivado sem nem mesmo ser imposta a restrição territorial.

---

[21] MORAES, Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira Cavalcante de. Desenvolvimento local através das licitações públicas. Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. – n. 6, (2017) - Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2017, p 10-39.

[22] FRANCO, Luiza Carvalho; DOS SANTOS, Diego Haltiery; ROSA, Paula Ponciano Gomes; SILVA, Guilherme Jorge Brigolini; PEIXOTO, Ricardo Fiorotti. Aplicação de Rejeitos de Mineração como Agregado para a produção de Concreto. Disponível em http://www.reciclos.ufop.br/media/uploads/downloads/artigo_Ibracon_Luiza_R5.pdf Acesso em 12/04/2018

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA
122

Conforme citado anteriormente, um dos maiores entraves à contratação das MPEs, constatado junto aos próprios pequenos empresários pelo SEBRAE[23], é de que estes desconhecem quais são os objetos que a Administração tem interesse em adquirir.

Tal obstáculo poderia ser facilmente superado com a elaboração pelo município de um plano de divulgação prévio – por exemplo, anualmente – sobre as possíveis futuras contratações que a Administração terá necessidade de fazer. A divulgação das possíveis compras, além de reforçar a transparência da gestão pública, faria com que o mercado local potencialmente se ajustasse à demanda do contratante público.

Por exemplo: para promover o incentivo ao desenvolvimento local, realiza-se estimativa dos quantitativos e relação dos hortifrutigranjeiros que o município precisará ao longo do ano; em seguida, faz-se o levantamento do mercado produtor local (agricultores, cooperativas etc.), divulgando-se para este a potencial futura demanda; a seguir, ministram-se cursos sobre a participação em licitações, por meio de parcerias com instituições como a EMBRAPA, o SEBRAE e o SENAI. É evidente que mais interessados estarão qualificados para competir nas licitações que o ente vier a realizar, aumentando a competitividade dos certames e potencialmente reduzindo o preço das aquisições, além de garantir a circulação dos recursos dentro da região (contrariamente ao que ocorreria caso fosse contratada empresa de fora).

Ressalte-se: a própria LC nº 147/2014 já prevê o incentivo ao desenvolvimento local ou regional, quando estabelece a margem de preferência de 10% para prioridade de contratação das MPEs do território. A contratação por um preço superior a essa faixa – o que potencialmente ocorre, quando há restrição de participação por limitação territorial – é uma dura supressão na vantajosidade da contratação. Dessa forma, deve ser feita apenas de forma excepcional, balizada nos mais completos estudos técnicos e estatísticos sobre a vocação econômica do município.

Justen Filho é outro autor que compartilha, em parte, a tese aqui exposta. Em um primeiro momento, à época da edição da LC nº 123/06, o administrativista entendeu que a reserva de certas contratações pelo Estado para empresas de pequeno porte estabelecidas em certa localidade seria inconstitucional, visto que afrontaria a sistemática federativa brasileira e a vedação constitucional à distinção entre brasileiros ou a preferências entre si (art. 19 da CF)[24].

Contudo, em manifestação mais recente, o jurista reviu sua interpretação e adotou posição favorável à restrição, de forma excepcional, pelos entes públicos:

[23] Debate sobre a LC nº. 147/14, realizado no Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR) nos dias 30/09/2015 e 01/10/2015.

[24] JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. 2 ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007, p. 39.

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA CATARINA MATOS COSTA 123

> "*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 veda, 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.***"[25] (grifo nosso).

Almejando o desenvolvimento regional/local, pode-se até mesmo considerar, por exemplo, no âmbito do Estado do Paraná, uma política de incentivo às localidades que compõem os Arranjos Produtivos Locais, via limitação de participação às empresas que deles façam parte[26].

Lembrando que é imperativo, em qualquer hipótese de aplicação dos instrumentos de tratamento diferenciado a MPEs dos arts. 47 e 48 da LC nº. 123/06, que o município comprove a existência de, no mínimo, 3 (três) fornecedores competitivos classificados como MPEs sediados local ou regionalmente (conforme o âmbito territorial limitado) e capazes de cumprir as exigências determinadas no instrumento convocatório da licitação. Essa condicionante decorre de comando da própria LC nº. 123/06[27].

Nesse sentido, corrobora a tese aqui exposta os ensinamentos de Santos[28], para quem uma interpretação sistêmica das normas previstas nos arts. 47 e 49 da LC nº. 123/06 resulta na possibilidade de licitação exclusiva para a participação de MPEs sediadas local ou regionalmente, com o objetivo de se promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional:

---

[25] 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.

[26] Disponível em http://www.planejamento.pr.gov.br/arquivos/File/Mapa_APLs_PR.png Acessado em 12/04/2018.

[27] Art. 49. 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;

[28] SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações & o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 132.

AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L
DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 124

"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"* (grifo nosso).

É indispensável que, para a concessão dessa prerrogativa às MPEs (quer na hipótese de peculiaridade do objeto, quer no caso de implantação de política pública), seja editada lei pelo ente federado prevendo a sua criação, com base no artigo 47, parágrafo único. Isso porque, dentro apenas da LC nº. 123/06, não há qualquer dispositivo que permita a restrição territorial de participação, mas apenas margem de preferência. Qualquer benesse além daquelas preceituadas no art. 48 da LC nº. 123/06 que não esteja disposta em lei municipal simplesmente carece de amparo legal e deve ser vista como uma irregularidade.

Outrossim, mesmo a margem de preferência também deve ser regulamentada pelo ente para sua aplicação – seja no próprio edital ou por meio de lei ou decreto –, devido à controvérsia em torno de sua efetivação. Na ausência de qualquer regulamentação, contudo, aplica-se, por analogia[29], os mesmos critérios do art. 45 da LC nº. 123/06 (empate ficto), visto que são instrumentos instituídos pela mesma lei.

A regulamentação pelo ente também se faz necessária – seja no próprio instrumento convocatório ou em lei ou decreto – em relação ao âmbito territorial que será estabelecido pela Administração como local ou regional, tendo em vista o silêncio da LC nº. 123/06 no tocante a essa definição.

[29] Art. 4º do Decreto-lei nº. 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro): "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS
AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L

PREFEITURA MUNICIPAL DE MATOS COSTA SANTA CATARINA 125

Por fim, mas de maneira ainda mais importante, adotando-se uma interpretação sistemática de toda a LC nº. 123/06 em conjunto com o restante do ordenamento jurídico, entendemos que a exclusividade de participação a MPEs locais/regionais, quando estabelecida, deve se restringir às licitações cujo valor estimado de contratação não supere o disposto no art. 48, I, daquele diploma.

Se o legislador nacional, ao criar o instituto da licitação exclusiva para todas as MPEs (não apenas as locais ou regionais), designou um limite de valor – previsto no art. 48, I, em R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) –, não haveria harmonia com a lei caso uma licitação pudesse ser restrita exclusivamente para MPEs locais/regionais tendo objeto orçado em valor acima desse montante. Acreditamos que, mesmo que uma lei municipal previsse tal prerrogativa, iria afrontar a competência geral da União[30] para legislar regras gerais sobre licitações, tendo em vista que iria contrariar a lei nacional (LC nº. 123/06) sobre o tema.

O máximo que se pode admitir, nesses casos (valor estimado da contratação superior a R$ 80.000,00), também em entendimento sistemático da LC nº. 123/06 (art. 48, III), é a exclusividade territorial em cotas de até 25% do total do objeto, caso este seja a aquisição de bens de natureza divisível.

Quanto ao escopo do limite de valor disposto no art. 48, I, da LC nº. 123/06, considerações mais aprofundadas serão expostas em seguida.

Resta evidente, portanto, que a limitação de competição pela restrição territorial deve ser excepcional, apenas justificada em virtude da peculiaridade do objeto a ser contratado ou por Política Pública bem específica, que seja exaustivamente demonstrada. Deve, ainda, estar prevista em lei. Do contrário, o art. 48, §3º, da LC nº. 123/06 deve ser aplicado apenas como "empate ficto", nos mesmos moldes da margem de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte frente aos demais licitantes, disposta no art. 45 da LC nº. 123/06, cabendo ao ente público regulamentar, através do edital ou por lei ou decreto, essa aplicação, definindo também o âmbito territorial (local ou regional) em que se dará a exclusividade. Por fim, deve a licitação exclusiva local ou regional atender às condicionantes do art. 49 da Lei nº 123/06 e ser restrita às contratações cujo valor estimado não supere aquele estabelecido no art. 48, I, da mesma lei, admitido, caso superado esse montante, a exclusividade em cotas de até 25% do objeto (nos moldes do art. 48, III, também da LC nº. 123/06), caso este tenha natureza divisível.

[30] Art. 22, da CF: "Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III".

AUTENTICIDADE E ORIGINAL DISPONÍVEIS NO ENDEREÇO WWW.TCE.PR.GOV.BR, MEDIANTE IDENTIFICADOR NWBP.X1JG.3ILM.YM6S.L
DOCUMENTO E ASSINATURA(S) DIGITAIS