Possibilidade de priorizar a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no local da licitação ou regionalmente.

Por Amanda Torquato Duarte

Em consonância com os arts. 170, IX¹ e 179² da Constituição/88 foram editadas a Lei Complementar nº 123/06 e a Lei Complementar nº 147/14, ambas com o objetivo de regulamentar o tratamento diferenciado a ser concedido às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

No âmbito das contratações públicas, tornou-se obrigatória a aplicação desse tratamento favorecido aos pequenos negócios, com a introdução dos parágrafos 14 e 15 aos art. 3º e art. 5º-A, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), merecendo destaque as disposições acrescidas pela Lei Complementar nº 147/14 (grifamos):

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.

*[...]§ 14. **As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.***

*§ 15. **As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.***

*Art. 5º-A. **As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.***

¹ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

² 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.

A da Lei Complementar nº 123/06 definiu três instrumentos para aumentar a participação das pequenas empresas nos procedimentos licitatórios: **i)** licitação destinada exclusivamente à participação de ME ou EPP, quando o valor do objeto for até R\$ 80.000,00; **ii)** fracionamento do objeto licitatório com a finalidade de destinar parte à ME ou EPP, e; **iii)** subcontratação compulsória.

Especificamente em relação à licitação exclusiva às ME e EPP, observa-se frequentes questionamentos acerca do efetivo alcance de sua aplicação. Se deve ser assegurado apenas para as pequenas empresas locais e regionais ou para todas as pequenas empresas, sem delimitação geográfica. Tal hesitação decorre da própria estrutura legislativa, que não define com nitidez o alcance do privilégio.

O art. 47, *caput*, da LC nº 123/06, estabelece objetivos inerentes à concessão dos tratamentos favoráveis às ME e EPP no acesso aos procedimentos licitatórios, dentre eles a **necessidade de promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional** - finalidade corroborada pelo artigo seguinte (art. 48, *caput*), que determina a aplicação dos benefícios descritos em seus incisos em cumprimento ao artigo precedente.

Dessa forma, ao menos em tese, não se revela equivocada a interpretação de que a licitação exclusiva deve abranger apenas ME e EPP localizadas no município interessado ou regionalmente, ante a necessidade de cumprimento do objetivo imposto pelo legislador de favorecer o desenvolvimento econômico e social nessas localidades.

Outra disposição legal que reforça essa interpretação está no artigo 49, II, da mesma norma complementar, que confere isenção ao gestor público da prática de licitações diferenciadas, quando não houver um mínimo de três fornecedores sediados no local ou regionalmente. Ou seja, a licitação exclusiva com ME e EPP em geral sequer teria validade, caso não evidenciada a ausência de três pequenas empresas locais ou regionais no curso do procedimento interno da licitação.

Esses argumentos, entretanto, são confrontados pelo §3º, do art. 48, que garante a possibilidade de priorizar a contratação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente quando o valor ofertado for superior em até 10% ao melhor preço válido. Afinal, não faria sentido privilegiar mencionadas empresas se a licitação fosse destinada exclusivamente a elas. Nesse aspecto, importante o posicionamento de Renato Geraldo Mendes³:

“É preciso deixar claro que a interpretação conjunta dos referidos enunciados não é nada simples. Aliás, é possível dizer que extrair dos referidos enunciados uma racionalidade harmônica e coerente com os fins visados pelo art. 47 é extremamente difícil, visto que os dois outros preceitos (arts. 48 e 49) têm uma contradição lógica. [...]

O art. 47 é categórico ao definir o objetivo que deve ser alcançado com o tratamento diferenciado. Sem prejuízo de outros, tal objetivo é, fundamentalmente, ‘promover o desenvolvimento econômico e social nos âmbitos local e regional’. Não cabe, nessa análise, discutir se ele é adequado ou não, mas apenas reconhecer que há um objetivo bem definido e claramente fixado na ordem jurídica.

A questão que surge em decorrência do objetivo definido é: qual a melhor forma de promover os desenvolvimentos local e regional de modo a atender a finalidade do art. 47? A resposta é óbvia: assegurando tratamento às pequenas empresas locais e regionais, não a todas as pequenas empresas em geral, tal como ocorreu até a edição da LC nº 147/14. [...]Então, a pergunta é: por que foi introduzida a condição prevista no §3º do art. 48?

Uma primeira possível explicação para justificar a inclusão do §3º do art. 48 é o fato de que quem redigiu o aludido preceito se baseou na praxe adotada antes da aprovação da LC nº 147/14, a qual acolheu a ideia de que as licitações exclusivas e com cotas reservadas poderiam ser abertas para todas as MEs/EPPs, não apenas para as locais e regionais. Com efeito, duas razões viabilizaram tal entendimento adotado antes da LC nº 147/14: a) a ideia de faculdade presente nos arts. 47 e 48 e b) o fato de não ter sido percebida a condição prevista no inc. II do art. 49 da LC nº 123/06, que impediria que MEs/EPPs sediadas em outros locais e regiões pudessem também participar do certame, em razão da lógica nele presente. [...]

Além do argumento acima, é possível fixar outra possibilidade de “leitura” para o §3º do art. 48. Essa outra interpretação toma como parâmetro duas locuções presentes no referido enunciado: o substantivo “benefícios” e a expressão “melhor preço válido”. [...]

Com base na premissa de que a expressão “melhor preço válido” se refere ao preço apresentado na licitação, a única possibilidade é entender que o §3º do art. 48 somente poderá ser aplicado no caso específico do inc. III do

³Advogado. Coordenador-geral da Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC). Coordenador da obra Lei de Licitações e contratos anotada. 9. Ed. Curitiba: Zênite, 2013. 1.594p. Autor das obras: O regime jurídico da contratação pública. Curitiba: Zênite, 2008. 287 p; O processo de contratação pública – Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012. 472p; e A quarta dimensão do direito. Curitiba: Zênite, 2013. 192p.

art. 48, ou seja, apenas ao caso de a licitação ter cota principal e a cota reservada. Explica-se: na licitação com cotas, uma das cotas será reservada exclusivamente para as pequenas empresas locais e regionais e a outra cota (dita principal) será destinada para todas as demais empresas, isto é, para as grandes, médias e pequenas empresas em geral, inclusive para as sediadas local e regionalmente. Bem, com isso, é possível que o melhor preço ofertado pelas pequenas empresas locais e regionais na cota reservada possa ser superior ao preço válido para a cota principal.. [...]

É possível também ampliar o sentido a ser atribuído à expressão “melhor preço válido”. Tal ampliação possibilitaria entender, por exemplo, que a referida expressão não se refere apenas ao “melhor preço válido” na licitação, mas sim no mercado. [...] Assim, haveria um limitador para a aceitação do preço proposto pelas empresas locais ou regionais nas licitações exclusivas e com cota reservada. Tal limitador é percentual de 10% sobre o “melhor preço válido” no mercado. É como se o legislador adotasse uma lógica semelhante à adotada no art. 3º da Lei nº 8.666/93, o qual prevê margem de preferência sobre o preço dos produtos importados. O que o legislador estaria prevendo é a possibilidade de aceitar, na licitação, o preço da pequena empresa local ou regional mesmo que este fosse superior, em até 10%, ao melhor preço válido no mercado, o que não é difícil hoje de ser apurado.

O fundamental é entender que a interpretação a ser dada ao §3º do art. 48 precisa ser harmonizada com o in. II do art. 48 da LC nº 123/06 e com o objetivo previsto no art. 47, e que, em ambos os preceitos, extrai-se a ideia indiscutível de que as condições previstas no art. 48 devem beneficiar as pequenas empresas locais ou regionais. Aliás, foi por isso que foram alterados os termos dos arts. 47 e 48 da LC nº 123/06⁴.

Aludido entendimento reconhece que, independentemente da interpretação dada ao art. 48, §3º, incumbe ao Administrador Público promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, sob pena de se frustrar os objetivos do tratamento diferenciado ao ME e EPP.

Os Tribunais de Contas vêm apresentando entendimentos diferentes sobre a matéria, ora garantindo-se o desenvolvimento econômico e social mediante limitação da participação às empresas locais e regionais, ora vedando essa restrição para permitir a participação de qualquer microempreendedor ME ou EPP. O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso e o Tribunal de Contas da

⁴ MENDES, Renato Geraldo. Licitação exclusiva e com cota reservada – Direito de todas as MEs/EPPs ou apenas das sediadas no local ou região? Uma nova luz sobre os arts. 47 a 49 da LC nº 123/06. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 257, p. 628-631, jul.2015.

União defendem a participação mais ampla, consoante se observa das seguintes ementas:

“[...]Nesse contexto, observa-se que essa licitação exclusiva para MPE não deve se restringir apenas às pequenas empresas sediadas no município ou na região eleita pela Administração licitante, tendo em vista que o comando inserto no inciso I do art. 48 da LC 123/2006 é amplo e deve ser aplicado indistintamente a todas as empresas enquadradas como MPE, independentemente da sua localização geográfica.

Assim, a comprovação prévia da existência de no mínimo 3 fornecedores competitivos enquadrados como MPE, sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório da licitação (inciso II do art. 49 da LC 123/2006), é condição sine qua non para o deferimento dos benefícios previstos nos arts. 47 e 48 da Lei. Satisfeita essa condição inicial, da licitação exclusiva poderão participar quaisquer empresas enquadradas como MPE, da região ou não, excluindo-se, portanto, as demais empresas em geral.” (TCE/MT. Processo nº 19.396-8/2015. Relatora Jaqueline Jacobsen. Tribunal Pleno. Sessão em 21/10/2015)

“Nesse diapasão, o que a aludida LC nº 123/2006 considerou apenas como uma faculdade (art. 48, inciso I), o Decreto nº 6.204/2007 transformou em um dever para a administração pública federal (art. 6º), mas o legislador efetivamente não limitou o universo de licitantes às MP e EPP sediadas local ou regionalmente. Se assim o tivesse feito, estaria levando a um extremo a flexibilização do princípio da isonomia, o qual a legislação em questão já traz como resultado inevitável da adoção do novo paradigma das compras governamentais, pois as licitações deverão ser usadas com o objetivo de promover e desenvolver apenas as ME e EPP, dentro dos limites e condições estabelecidas pela mencionada LC nº 123/2006 e pelo citado Decreto nº 6.204/2007. Obviamente, aquilo que o legislador não limitou ou proibiu explicitamente, o agente público tampouco pode limitar ou proibir pela via da interpretação. Além disso, o próprio conceito de ‘âmbito regional’ constante da LC nº 123/2006 e do Decreto nº 6.204/2007 não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado. [...] Portanto, [...] não se deve restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no Estado onde estiver sediado o órgão licitante.” (TCU. Processo nº 2.957/2011. Relator André Luís de Carvalho. Sessão em 09/11/2011)

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por sua vez, reconheceu em duas oportunidades recentes - Denúncias nº 987.564 e 1.012.006 - a possibilidade de priorizar a contratação das ME e EPP situadas no local ou em região próxima ao órgão licitante, com o objetivo de cumprir a finalidade estabelecida pelo art. 47 da LC nº 123/06. Cite-se ementa do primeiro precedente (o julgamento do segundo ocorreu em 26.10.2017, sem publicação do acórdão até o momento):

“A denunciante apontou como irregular a cláusula IV, item 4.2, alínea “g” do edital (fl. 8v), que restringe a participação no certame às microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedor individual, com sede principal no município. [...] Segundo a denunciante, por ser o município de Brazópolis “pequeno e com um comércio não muito expressivo”, teria poucas chances de oferecer três fornecedores competitivos para atender ao certame. [...] Com relação à necessidade de justificativa da Administração para a exigência de que as empresas participantes devam ser sediadas em Brazópolis, verifica-se, conforme indicado pela Unidade Técnica, que esta consta da fase interna do procedimento licitatório (fl. 209), quando o então Prefeito Municipal, fundamentou tal restrição com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional, de ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica, em consonância com o estabelecido no art. 47 da referida Lei Complementar n. 123/2006.

Quanto ao número mínimo de fornecedores competitivos enquadrados como Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual, constata-se que foi realizada prévia pesquisa de mercado (fls. 103/159) com 5 (cinco) empresas, sendo 3 (três) delas microempresas sediadas no município e que, nos termos da ata da sessão (fl. 446), três microempresas do município participaram do certame [...]. Assim sendo, entendo que o edital cumpriu as determinações da Lei Complementar n. 123/2006 ao destinar a licitação exclusivamente à ME's e EPP's e Empreendedores Individuais, sendo a limitação geográfica ao município fundamentada pelo seu artigo 49, II.” (Cons. Rel.: Wanderley Ávila. Segunda Câmara. Sessão em 09/03/2017)

Em virtude dessa divergência, a melhor orientação a ser indicada aos municípios mineiros é a que coincide com o posicionamento defendido pelo TCE/MG, considerando ser este o órgão constitucional de controle externo da gestão dos recursos públicos estaduais e municipais, a quem compete fiscalizar os respectivos procedimentos licitatórios.

Essa inclinação autoriza a realização de procedimentos licitatórios que condicionam a participação exclusiva de ME e EPP sediadas no local ou região próxima para garantir o efetivo desenvolvimento econômico e social nessas localidades.