



RESOLUÇÃO TCE/TO Nº 181/2015 - Pleno

1. Processo nº: 7902/2014
2. Classe de assunto: 3. Consulta
- 2.1. Assunto: 5. Consulta relacionada às recentes alterações da Lei Complementar nº 123/2006, introduzidas pela Lei complementar nº 147/2014, referente às contratações públicas
3. Responsável: Ângela Prudente - Presidente
4. Órgão: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
5. Relator: Conselheiro Substituto Leondiniz Gomes
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral de Contas Litza Leão Gonçalves
7. Procurador constituído nos autos: Silvino Cardoso Batista – Assessor Jurídico – OAB-TO/4357

EMENTA: CONSULTA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. CONSULTA RELACIONADA ÀS RECENTES ALTERAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, INTRODUZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014, DE 07 DE AGOSTO DE 2014. APLICABILIDADE. CONHECIMENTO. RESPOSTA EM TESE. PUBLICAÇÃO.

8. Decisão:

VISTOS, relatados e discutidos os autos de nº 7902/2014, que versam sobre consulta formulada pela Desembargadora Ângela Prudente, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, visando obter orientações sobre os seguintes pontos:

- 1) Em alusão ao art. 48 e incisos da LC nº 123/2006, nas licitações com valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais):
 - a) a cota de 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada em cada item?
 - b) Ou serão separados itens especificados do certame que correspondam a 25% do objeto para serem disputados exclusivamente por ME/EPP?
 - c) Se a cota for calculada por item, a fase de lances deverá ser iniciada com os itens reservados para ME/EPP?

- 2) Em licitações com valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou com cota de 25% exclusiva para ME/EPP (art. 48, I e III da LC nº 123/2006), poderá o edit al prever que não comparecendo nenhuma destas, será permitida a participação de empresas de maior porte? Ou somente poderão participar as microempresas e empresas de pequeno porte nos certames de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

3) Com fulcro no art. 49, inc. II da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006 será aplicável somente quando comparecerem, no mínimo, três empresas ME/EPP na sessão da licitação? Ou deverá a Administração durante fase interna da licitação aferir tal existência no mercado local/regional para concessão do tratamento diferenciado ainda que compareça apenas uma ME/EPP?

4) A não vantajosidade para a administração pública ou o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, previsto no art. 49, III, precisarão ser motivados?

Considerando que a resposta à presente consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, nos termos dos art. 150, § 3º e art.152 do Regimento Interno deste Tribunal;

Considerando que o estudo ora apresentado, por sua natureza e peculiaridade, deve ser aproveitado, como fonte de orientação, aos demais agentes políticos;

Considerando os pareceres do Corpo Especial de Auditores e do Ministério Público de Contas;

Considerando, por fim, tudo que dos autos consta,

RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em consonância com o parecer do Corpo Especial de Auditores e do Ministério Público de Contas, com fundamento nas disposições contidas no artigo 1º, XIX, da Lei Estadual nº 1.284/2001 c/c artigos 151 e 152, do RITCE/TO, em:

8.1 conhecer desta consulta, por atender aos requisitos fixados no art. 150 do Regimento Interno deste Tribunal;

8.2 esclarecer à consulente que a resposta à presente consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, nos termos dos art. 150, § 3º e art.152 do RITCE/TO;

8.3. responder à consulta nos seguintes termos:

- 1) Em alusão ao art. 48 e incisos da LC nº 123/2006, nas licitações com valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais): a) a cota de 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada em cada item? b) Ou serão separados itens especificados do certame que correspondam a 25% do objeto para serem disputados exclusivamente por ME/EPP? c) Se a cota for calculada por item, a fase de lances deverá ser iniciada com os itens reservados para ME/EPP?



R: No que se refere aos questionamentos “a” e “b”, observa-se que a cota de até 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada pelo quantitativo do objeto divisível e não pelo valor estimado da contratação. Cabe ressaltar que não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem preço do primeiro colocado, bem como se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação de quaisquer das cotas deverá ocorrer pelo preço da que tenha sido menor.

Quanto ao questionamento da letra “c”, a respeito de lances serem iniciados com os itens reservados para MEs e EPPs, em atenção as alterações realizadas na Lei Complementar nº 123/06 pela Lei Complementar nº 147/14 verifica-se que se referem às questões de ordem operacional, no caso, voltadas à ordem em que, nesta hipótese, serão desenvolvidos os trabalhos licitatórios. Deste modo, entendemos que o próprio edital estabelecerá como será feita a disputa, se ocorrerá em primeiro lugar o julgamento referente à cota reservada às MEs e EPPs, ou o inverso. Ficará a critério da Administração, por motivos de interesse e conveniência, determinar a ordem dos trabalhos, desde que, por óbvio, sejam observadas as regras contidas na Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02.

- 2) Em licitações com valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou com cota de 25% exclusiva para ME/EPP (art. 48, I e III da LC nº 123/2006), poderá o edital prever que não comparendo nenhuma destas, será permitida a participação de empresas de maior porte? Ou somente poderão participar as microempresas e empresas de pequeno porte nos certames de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?

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

Quanto à licitação diferenciada a que alude o inc. III do art. 48 da LC nº 123/2006 (a reserva de cota de até 25% do objeto licitado), à similitude do que ocorre na esfera federal (art. 8º, § 2º, do Decreto 6204/2007), o edital poderá prever a adjudicação da cota reservada ao vencedor da cota principal, e, no caso de recusa deste, aos demais licitantes, desde



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

que aceitem o preço oferecido pelo vencedor. Essa mesma solução poderia ser praticada em situação inversa: se não houvesse vencedor na disputa da cota principal, nada impediria que houvesse a sua adjudicação em favor da ME ou EPP melhor classificada.

- 3) Com fulcro no art. 49, inc. II da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006 será aplicável somente quando comparecerem, no mínimo, três empresas ME/EPP na sessão da licitação? Ou deverá a Administração durante fase interna da licitação aferir tal existência no mercado local/regional para concessão do tratamento diferenciado ainda que compareça apenas uma ME/EPP?

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

- 4) A não vantajosidade para a administração pública ou o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, previsto no art. 49, III, precisarão ser motivados?

R: A Administração Pública deverá motivar seus atos, ou seja, descrição dos fatos da realidade que levaram a Administração Pública, considerar o disposto no art. 49, III, da Lei nº 123/2006, bem como fundamentar as decisões exaradas tanto na fase interna quanto na fase externa do certame, de modo a que elas tenham sustentabilidade jurídica perante os órgãos de controle, para alcançar a sempre objetivada realização do interesse público.

8.4 determinar a publicação desta decisão no Boletim Oficial do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, nos termos do artigo 341, §3º do Regimento Interno deste sodalício, para que surta os efeitos legais necessários;

8.5 determinar à Secretária do Tribunal Pleno-SEPLE que remeta à consulente cópia do Relatório, Voto e Decisão;

8.6 determinar à Secretária do Tribunal Pleno que encaminhe cópia do Relatório, Voto e Decisão à Diretoria-Geral de Controle Externo e, excepcionalmente, à Primeira Diretoria de Controle Externo, a fim de que procedam às anotações e às cautelas de praxe;



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

8.7 encaminhar, por fim, à Coordenadoria de Protocolo Geral-COPRO, para as anotações de mister e posterior encaminhamento à origem.

Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, Sala das Sessões, em Palmas, Capital do Estado, ao 1º dia do mês de abril de 2015.

1. Processo nº: 7902/2014
2. Classe de assunto: 3. Consulta
- 2.1. Assunto: 5. Consulta relacionada às recentes alterações da Lei Complementar nº 123/2006, introduzidas pela Lei Complementar nº 147/2014, referente às contratações públicas
3. Responsável: Ângela Prudente - Presidente
4. Órgão: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
5. Relator: Conselheiro Substituto Leondiniz Gomes
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral de Contas Litza Leão Gonçalves
7. Procurador constituído nos autos: Silvino Cardoso Batista – Assessor Jurídico - OAB-TO/4357

8. RELATÓRIO Nº 44/2015

8.1 Por meio dos presentes autos, a Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Desembargadora Ângela Prudente, formula consulta a este Tribunal de Contas, nos exatos termos que seguem:

01 - Em alusão ao art. 48 e incisos da LC nº 123/2006, nas licitações com valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais):

- a) a cota de 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada em cada item?
- b) Ou serão separados itens específicos do certame que correspondam a 25% do objeto para serem disputados exclusivamente por ME/EPP?
- c) Se a cota for calculada por item, a fase de lances deverá ser iniciada com os itens reservados para ME/EPP?

02 - Em licitações com valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou com cota de 25% exclusiva para ME/EPP (art. 48, I e III da LC nº 123/2006), poderá o edital prever que não comparecendo nenhuma destas, será permitida a participação de empresas de maior porte? Ou somente poderão participar as microempresas e empresas de pequeno porte nos certames de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

03 - Com fulcro no art. 49, inc. II da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006 será aplicável somente quando comparecerem, no mínimo, três empresas ME/EPP na sessão da licitação? Ou deverá a Administração durante a fase interna da licitação aferir tal existência no mercado local/regional para concessão do tratamento diferenciado ainda que compareça apenas uma ME/EPP?

04 - A não vantajosidade para a administração pública ou o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, previstos no art. 49, III, precisarão ser motivados?

8.2 A presente consulta, em conformidade com o artigo 150, V do RITCE/TO, foi instruída com Parecer Jurídico nº 978/2014, subscrito pelo Assessor Jurídico Administrativo da Diretoria-Geral, Silvino Cardoso Batista.

8.3 Por meio do Despacho nº 894/2014, desta Relatoria, determinou-se que os autos fossem impulsionados à Coordenadoria de Protocolo Geral, em cumprimento aos artigos 171 c/c 176 do RI/TCE/TO, bem como à Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Convênios; Corpo Especial de Auditores e Ministério Público de Contas, em cumprimento ao estabelecido nos artigos 151 e 155 do RITCE/TO.

8.4 A Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Convênios se pronunciou através do Parecer Técnico-Jurídico nº 0155/2014, nos seguintes termos, transcritos *ipsis litteris*:

1. No que tange a cota de 25% entendo que a cota a ser reservada é sob o montante de todos os itens, já a fase de lances por cautela administrativa deve dar-se no final do certame.

2. Nesse caso a lei é clara, o mencionado artigo determina que a Administração Pública realize o procedimento com a finalidade exclusiva de contratação com as microempresas e empresas de pequeno porte nos itens cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), não havendo margem à discricionariedade.

3. Levando-se em conta que a Administração deve proceder de modo a alcançar o maior número possível de concorrentes, neste caso deve a Administração esperar a realização do certame para somente após aferir se as empresas concorrentes enquadram-se no conceito de microempresa ou empresa de pequeno porte, mesmo porque a persecução



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

desse levantamento pela Administração importaria em elevação de custo e de recursos humanos desnecessários.

4. Sim, tendo em vista que os atos Administrativos devem ser motivados, pois é dever da Administração Pública justificar seus atos com fundamento no regramento legal.

8.5 O Corpo Especial de Auditores, por seu representante, Auditor Orlando Alves da Silva, opina para que a consulta seja conhecida e, no mérito, assim responda objetivamente:

1. O art. 48, inciso III da Lei Complementar 123/2006 com a redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, assevera que a Administração Pública poderá realizar processo licitatório estabelecendo para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento), essa regra tem relação com a aplicabilidade do art. 23, §§ 1º, 2º e 5º da Lei 8.666/93. Logo, se o objeto do certame licitatório for divisível, o edital poderá estabelecer itens que somente sejam cotados por microempresas e empresas de pequeno porte, assegura ainda, que num mesmo objeto, 25% (vinte e cinco por cento), seja cotado por essas empresas, essas regras são complementadas no art. 49 da Lei 123/2006.
2. Com relação à pergunta, a resposta esta cristalina no texto do art. 48, incisos I e III da Lei Complementar 123/2006, quando determina que a Administração Pública realize o procedimento com a finalidade exclusiva de contratação com as microempresas e empresas de pequeno porte cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Assim sendo, não resta dúvida que atuação agente público é restrita a determinação legal, não havendo margem à discricionariedade.
3. Em resposta, entendemos que o inciso II do art. 49 da Lei Complementar 123/2006, esclarece plenamente a indagação, pois, determina que não havendo um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos sediados no local ou na região capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, a Administração Pública não deve aplicar o disposto nos arts. 47 e 48 da Lei. Diante disso, considerando o princípio da economicidade e da razoabilidade, a Administração Pública deve aferir se os participantes enquadram no conceito de microempresa ou empresa de pequeno porte, na fase de interna, que por sua vez compõe-se por procedimentos formais, tais como elaboração do edital, definição do tipo e modalidade de licitação e os critérios que será utilizado para delinear localidade e regionalidade.



4. Esclarecemos, por oportuno, que a aplicabilidade do tratamento diferenciado privilegiando as microempresas e empresas de pequeno porte, deve se confrontar com a necessidade de haver uma razoável proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionais. A resposta é: sim, tendo em vista que os atos Administrativos devem ser motivados, pois é dever da Administração Pública justificar seus atos com fundamento no regramento legal.

8.6 O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por meio do Parecer nº 2.288/2014, subscrito pela Procuradora-Geral de Contas, Litza Leão Gonçalves, manifestou nos seguintes termos:

Ante o exposto, esta representante Ministerial junto a esta Egrégia Corte de Contas, opina para que a consulta seja conhecida e, no mérito, entende que a quesitação poderia, em síntese, ser respondida nos seguintes termos:

1. A cota de até 25% deverá ser calculada tendo-se em vista a quantidade total de objetos contratados no certame licitatório.

2. Independentemente do valor global a ser atribuído à licitação, naquelas em que a administração destinar a participação das micro e pequenas empresas nos itens de até oitenta mil reais, estes deverão ser atribuídos exclusivamente às ME's ou EPP's. Nas licitações que forem destinadas a estas empresas, nestas condições do Inciso I, não poderá haver a substituição por outras empresas de composição de capital diferente, pois que haveria subversão das preferências atribuídas a estas empresas.

3. O tratamento diferenciado deverá prevalecer quando existirem, no mínimo, 3 (três) micro e/ou pequenas empresas capacitadas para atender o reivindicado pela administração pública na licitação, localizadas em âmbito local ou regional. Por conseguinte, não importam quantas empresas registradas como ME's ou EPP's compareçam efetivamente à licitação, mas quantas delas deterem condições empresariais para honrar os compromissos assumidos em uma eventual contratação com o poder público.



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

4. Deve o gestor público bem fundamentar a atitude excepcional, para que se compatibilize as preferências existentes para as microempresas e empresas de pequeno porte com o interesse público nas licitações.

É o relatório.

9. VOTO

DA ADMISSIBILIDADE

9.1 No que tange ao juízo de admissibilidade da presente consulta, admite-se respondê-la, em tese, considerando que a matéria abordada está entre aquelas de competência legal desta Corte de Contas e considerando, sobretudo, o relevante interesse público que envolve a dúvida apresentada.

9.2 Da análise dos presentes autos verifica-se que a consulta em questão fora subscrita por autoridade competente – Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Desembargadora Ângela Prudente, cumprindo, portanto, ao que estabelece o artigo 150, § 1º, I, “c” do Regimento Interno deste Tribunal.

9.3 De igual maneira, acompanha a citada consulta o Parecer Jurídico nº 978/2014, subscrito pelo Assessor Jurídico, Silvino Cardoso Batista, atendendo, assim, o imperativo do artigo 150, V do Regimento Interno do TCE/TO.

9.4 Consigna-se que a consulta cumpre também as dicções dos incisos II, III e IV do artigo 150 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

9.5 Destaque-se ainda o que prevê o § 3º do art. 150 do Regimento Interno:

Art. 150. A consulta quanto a dúvidas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, formulada ao Tribunal de Contas, deverá revestir -se das seguintes formalidades:

§ 3º - A consulta poderá ser formulada em tese, ou versar sobre dúvidas quanto à interpretação e aplicação da legislação em caso concreto, mas a resposta oferecida pelo Tribunal será sempre em tese.



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

9.6 Este Sodalício recepcionou o instituto consulta no artigo 1^o, XIX, § 5^o de sua Lei Orgânica (Lei Estadual nº 1.284/2001), bem como no Capítulo X, do Regimento Interno (artigo 150 e seguintes) desta Egrégia Corte de Contas.

9.7 Posto isso, nos termos dos incisos I a V, do artigo 150 do Regimento Interno, verifica-se que esta consulta preenche os requisitos de admissibilidade.

9.8 Vencidas as preliminares, apresenta-se o estudo acerca da análise da presente consulta, enfrentando o mérito da questão.

DO MÉRITO

9.9 A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, trouxe benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, instituindo o Simples Nacional e, principalmente, objetivando reduzir a desigualdade das mesmas em relação às demais no mercado comercial, acarretando, com isso, uma concorrência de mercado com maior grau de igualdade de condições entre as empresas em geral. Neste diapasão, esta Lei Complementar tem amparo Constitucional, em seus artigos 170, inciso IX, e 179, in verbis;

(...)

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)

(...)

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.

(...)

9.10 Nesse, sentido a Lei Complementar nº 123/2006 foi alterada recentemente, através da Lei Complementar nº 147/2014, visando estimular o

¹ Art. 1^o. Ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, órgão de controle externo, compete, nos termos das Constituições Federal e Estadual, e na forma estabelecida nesta Lei:

XIX - decidir sobre consulta que lhe seja formulada acerca de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno;

§ 5^o. A resposta à consulta referida no inciso XIX deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

crescimento das micros e pequenas empresas, conforme dispõe o art. 47 do referido diploma legal:

“(...)objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas(...)”.

9.11 A Lei Complementar nº 147/2014, ao promover as alterações na Lei Complementar nº 123/2006, provocou também modificações na Lei nº 8.666/93, de modo a manter a coerência no sistema jurídico concernente às compras públicas realizadas por meio das micros e pequenas empresas.

9.12 Os questionamentos da Consulente, em diversos aspectos, voltam-se para a elucidação dos dispositivos da LC nº 123/2006, os quais sofreram alterações.

9.13 Nesse sentido, passa a ser analisada a presente consulta, item 1, por meio da qual inicia a Consulente fazendo o seguinte questionamento:

- 1) Em alusão ao art. 48 e incisos da LC nº 123/2006, nas licitações com valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais):
 - a) a cota de 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada em cada item?
 - b) Ou serão separados itens especificados do certame que correspondam a 25% do objeto para serem disputados exclusivamente por ME/EPP?
 - c) Se a cota for calculada por item, a fase de lances deverá ser iniciada com os itens reservados para ME/EPP?

9.14 Vejamos o que dispõe o art. 48, incisos I, II e III da Lei Complementar nº 123/2006, com as consequentes alterações promovidas pela LC nº 147/2014:

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)



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Destaquei)

9.15 A alteração promovida pela LC nº 147/14 nos incs. I e III do art. 48 tornou obrigatória, respectivamente, (i) a realização de processo licitatório exclusivo para microempresas e empresas de pequeno porte cuja contratação não supere o montante estimado de R\$ 80.000,00, independentemente do objeto a ser licitado; (ii) a contemplação de cota de até 25% do objeto, quando se tratar de compra de bem de natureza divisível, destinada a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

9.16 O art. 48, inciso I, imprime o dever da Administração Pública em realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de MEs e EPPs nos itens de contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

9.17 Nos termos do art. 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123/2006, fica reservada cota de até 25% para aqueles objetos que revelem uma natureza divisível, assegurada preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. A Administração poderá definir quanto designará para a competição exclusiva das micro e pequenas empresas, até o limite estabelecido naquele dispositivo.

9.18 Reforçando esse entendimento, colaciono orientação oriunda da Editora NDJ, nos termos que seguem:

Assim, em sendo instaurada uma licitação por itens ou eventualmente por lotes a instauração de uma licitação exclusiva será obrigatória para o item ou lote licitado, cujo valor estimado da contratação não supere R\$ 80.000,00, por força do disposto no art. 48, inc. I, da Lei Complementar 123/2006. Para os itens/lotos cujos valores superem estes limites, a regra estabelecida no inc. I do art. 48 restará afastada, o que não prejudicará a incidência do inc. III. Constatada esta última situação – itens ou lotes superiores a R\$ 80.000,00 –, e a fim de viabilizar tal expediente, o edital licitatório deverá estabelecer que cada item ou lote da licitação terá uma cota de contratação de x% do objeto, nada impedindo, também, que se estabeleçam cotas diferenciadas para cada item ou lote, com percentuais diversos, desde que respeitado o limite de até 25% do objeto. É importante ressaltar que o percentual estabelecido no art. 48, inc. III, da LC nº 123/06, deve ser calculado pelo quantitativo do objeto divisível e não pelo valor estimado da contratação.

9.19 De acordo com o disposto no artigo 87 do Código Civil Brasileiro, “bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam”.



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

9.20 Convém colacionar trecho do parecer do Ministério Público de Contas. Vejamos.

(...) São divisíveis, portanto, os bens que se podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito, (...)

9.21 Para melhor entendimento sobre a questão, vejamos outros exemplos também extraídos da citada Editora:

1) É instaurada uma licitação para aquisição de bens contendo dois itens, em que o primeiro tem o valor estimado de R\$ 60.000,00, e o segundo de R\$ 70.000,00, resultando no valor global de R\$ 130.000,00. Como o valor estimado de cada item, individualmente considerado, não supera o valor de R\$ 80.000,00, a instauração de uma licitação exclusiva para ME e EPP será obrigatória para ambos os itens, independentemente do fato de o valor global da licitação superar o limite estipulado no inc. I do art. 48 da lei complementar em estudo;

2) É instaurada uma licitação para aquisição de bens contendo dois itens: o primeiro, no valor estimado de R\$ 60.000,00, e o segundo de R\$ 90.000,00, resultando no valor global de R\$ 150.000,00. Será necessário instaurar uma licitação exclusiva para ME e EPP unicamente para o primeiro item (R\$ 60.000,00), e uma licitação comum para o segundo (R\$ 90.000,00), ressaltando-se que, tratando-se de aquisição de bens divisíveis, haverá a obrigatoriedade de a Administração reservar, neste item, a “cota de até 25% (vinte e cinco por cento)” do objeto para a contratação de MEs e EPPs, nos termos do art. 48, inc. III, da lei complementar em estudo.

9.22 Com o fito de ilustrar o consignado pela Editora NDJ, destaco, abaixo, parte do Artigo publicado na edição nº 154 da Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, sob o título “Micro e pequenas empresas em licitação: modificada a LC nº 123/2006 pela LC nº 147/2014”, de Ivan Barbosa Rigolin, nos seguintes termos:

“Pelo inc. I, art. 48, a lei manda que a Administração realize licitações fechadas às MPEs se cada item de contrato custar até R\$ 80.000,00 — observe-se bem: cada item de contratação. Se o certame for de compra, e tiver 5 (cinco) itens em disputa, sendo dois dos quais de valor inferior aos oitenta mil e três de valor superior, então somente podem participar da licitação para os dois as MPEs, e para os três demais se admitem as demais empresas a propor — o que não impede que as MPEs também participem nesses três itens. Mas não se trata apenas de compras o objeto do dispositivo, pois que isso



não está escrito, de modo que qualquer item a ser contratado, de serviço, de obra ou de fornecimento, está contemplado na regra. Leia-se tudo isso em conjunto com o inc. III, que determina que nas compras de itens divisíveis — e aqui são apenas compras, não serviços nem obras — “cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte”. Leia-se até aqui: mesmo que o item de compra custe um milhão de reais, deverá haver reservada uma cota de até 25% disso para MPE(s). Tal cota poderá ser de 1% (um por cento), ou de 0,000001% (um milionésimo por cento), porque a lei não fixa mínimos, mas não poderá exceder 25%”.

9.23 Importa colacionar editais de licitação, para elucidar o que fora exposto acima. Vejamos:

“Em conformidade com a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, em seu artigo 48, inciso I, alterado pela Lei Complementar 147, de 07 de agosto de 2014, esta licitação terá os itens com valor estimado até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) com participação exclusiva de microempresas - ME e empresas de pequeno porte – EPP e microempreendedor individual – MEI. Para os itens com valores estimados acima de 80.000,00 conforme consta no ANEXO I – Termo de Referência, serão fracionados em cota de 25% para participação exclusiva de ME, EPP e MEI, sendo o quantitativo restante de 75%, aberto para ampla participação de empresas em geral, tudo em conformidade com os artigos 48, inciso III da lei complementar 123/2006, alterado pela Lei Complementar 147/2014.
(...)”²

“7.5 – Conforme disposto no inciso III do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006, fica reservada uma cota no percentual de até 25% (vinte e cinco por cento) do quantitativo do item, assegurada preferência de contratação para as microempresas, empresas de pequeno porte e/ou sociedades cooperativas, que se enquadrem no disposto no artigo 34 da Lei nº 11.488/2007, de acordo com o previsto no Termo de Referência (Anexo 01).

7.5.1 – Para a cota reservada para microempresas, empresas de pequeno porte e/ou sociedades cooperativas, que se enquadrem no disposto no artigo 34 da Lei nº 11.488/2007, a proposta de preços, de que trata o Capítulo III, deverá ser apresentada separadamente da cota principal, se for o caso.

7.5.2 – Não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou diante

² Edital do Pregão Presencial nº 243/2014 – Prefeitura de São Luís-MA



de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem preço do primeiro colocado.

7.5.3 – Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação de quaisquer das cotas deverá ocorrer pelo preço da que tenha sido menor.”³

“9.6 - As propostas classificadas serão selecionadas para a etapa de lances, com observância dos seguintes critérios:

f) Para a Cota Reservada, não havendo vencedor, o objeto poderá ser adjudicado ao vencedor da cota principal ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, de forma sucessiva, desde que pratique o preço do primeiro colocado, observado ainda o item seguinte;

f.1) Se a mesma empresa vencer a Cota Reservada e a Cota Principal, a contratação deverá ocorrer pelo menor preço ofertado pela referida empresa;”⁴

9.24 Pois bem, no que se refere aos questionamentos “a” e “b”, observa-se que a cota de até 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada pelo quantitativo do objeto divisível e não pelo valor estimado da contratação. Cabe ressaltar que não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem preço do primeiro colocado, bem como se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação de quaisquer das cotas deverá ocorrer pelo preço da que tenha sido menor.

9.25 Quanto ao questionamento da letra “c”, a respeito de lances serem iniciados com os itens reservados para MEs e EPPs, em atenção as alterações realizadas na Lei Complementar nº 123/06 pela Lei Complementar nº 147/14 verifica-se que se referem às questões de ordem operacional, no caso, voltadas à ordem em que, nesta hipótese, serão desenvolvidos os trabalhos licitatórios. Deste modo, entendemos que o próprio edital estabelecerá como será feita a disputa, se ocorrerá em primeiro lugar o julgamento referente à cota reservada às MEs e EPPs, ou o inverso. Ficará a critério da Administração, por motivos de interesse e conveniência, determinar a ordem dos trabalhos, desde que, por óbvio, sejam observadas as regras contidas na Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02.

9.26 Passa-se, agora, à análise do item 2 da presente consulta, o qual foi formulado nos termos que abaixo evidencia:

- 2) Em licitações com valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou com cota de 25% exclusiva para ME/EPP (art. 48, I e III da LC nº 123/2006), poderá o edital prever que não comparecendo nenhuma destas, será permitida a participação de empresas de maior porte? Ou somente poderão participar as microempresas e empresas

³ Edital do Pregão Eletrônico nº 006/2015 – Senado Federal

⁴ Edital de Licitação nº 421/2014 – Pregão nº 274/2014 – Prefeitura de Petrolina-PE



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

de pequeno porte nos certames de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?

9.27 Sobre o aludido questionamento, colaciono entendimento da Editora NDJ:

Uma empresa que não seja ME e/ou EPP não poderá participar de uma licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48, inc. I, da LC nº 123/06. Desse modo, o edital não poderá permitir a participação de empresas comuns nestas licitações, ainda que não compareçam interessados MEs e/ou EPPs.

Vale lembrar que o art. 49, inc. II, da LC nº 123/06, cuja redação não sofreu qualquer alteração pela LC nº 147/14, afasta a obrigatoriedade de observância do regramento contido no art. 48, inc. I, desta lei, para a hipótese em que a Administração não obtém o número mínimo de três fornecedores (ME e EPP) sediados no local ou regionalmente onde está sendo realizada a licitação, autorizando, desta forma, a realização de uma licitação comum.

9.28 O art. 49, inc. II, da LC nº 123/2006, dispõe o seguinte:

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;

9.29 Portanto, nota-se que, caso inexista o número mínimo de três ME e/ou EPP, sediadas no local ou na região, e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no edital, conforme inciso II do art. 49 da LC nº 123/2006, conseqüentemente, a realização de uma licitação exclusiva com fundamento neste inciso restará justificadamente afastada, e para tanto, o edital não poderá prever que não comparecendo nenhuma ME e/ou EPP, será permitida a participação de empresas de maior porte.

9.30 De acordo como a Editora NDJ, quanto à licitação diferenciada a que alude o inc. III do art. 48 da LC nº 123/2006, em não havendo ME e EPP no local ou região, a ocorrência desta situação possibilita, à similitude do que ocorre na esfera federal, a adjudicação da cota reservada ao vencedor da cota principal, e, no caso de recusa deste, aos demais licitantes, desde que aceitem o preço oferecido pelo vencedor. Vejamos o art. 8º, § 2º, do Decreto 6.204/2007, dispõe que:

Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

contratantes poderão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto, para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

(...)

§ 2º O instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado.

9.31 Marçal Justen Filho, ao fazer comentários sobre o Decreto nº 6.204/2007, leciona:

“O Regulamento Federal faculta que o edital preveja que, não havendo vencedor na disputa pela cota reservada, seja ela adjudicada ao vencedor da cota principal ou – se houver a sua recusa – aos outros licitantes, se aceitarem praticar o preço ofertado pelo primeiro colocado.

Em tese, essa mesma solução poderia ser praticada em situação inversa: se não houvesse vencedor na disputa da cota principal, nada impediria que houvesse a sua adjudicação em favor da ME ou EPP melhor classificada” (cf. in ob. cit., pp. 142-143).

9.32 Destarte, no que se refere à licitação diferenciada a que alude o inc. III do art. 48 da LC nº 123/2006 (a reserva de cota de até 25% do objeto licitado), à similitude do que ocorre na esfera federal (art. 8º, § 2º, do Decreto 6204/2007), o edital poderá prever a adjudicação da cota reservada ao vencedor da cota principal, e, no caso de recusa deste, aos demais licitantes, desde que aceitem o preço oferecido pelo vencedor. Essa mesma solução poderia ser praticada em situação inversa: se não houvesse vencedor na disputa da cota principal, nada impediria que houvesse a sua adjudicação em favor da ME ou EPP melhor classificada.

9.33 Já o item 3 da presente consulta, traz o seguinte questionamento:

3) Com fulcro no art. 49, inc. II da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006 será aplicável somente quando comparecerem, no mínimo, três empresas ME/EPP na sessão da licitação? Ou deverá a Administração durante fase interna da licitação aferir tal existência no mercado local/regional para concessão do tratamento diferenciado ainda que compareça apenas uma ME/EPP?

9.34 O artigo 49, inciso II da Lei Complementar nº 123/2006, estabelece o seguinte:

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;

(...)

9.35 Estabelece a legislação complementar que, na inexistência de pelo menos 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas nas licitações, não se aplicará o tratamento diferenciado.

9.36 Vejamos entendimento encampado pela Editora NDJ:

Entende-se, nesse sentido, que a possibilidade de utilização do regramento contido no art. 49, inc. II, da LC nº 123/2006, em estudo, está condicionada à realização de um levantamento dos fornecedores enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte que estejam localizados no local ou na região e que tenham condições de fornecer o objeto, cujo procedimento deverá ser realizado na fase interna da licitação. Embora não haja um procedimento legal ou formalidades especiais previamente definidas a serem seguidas para a realização desse “levantamento”, recomenda-se que este seja realizado junto ao mercado correlato, por meio de servidor designado para tanto, nada obstando que tal tarefa seja desempenhada concomitantemente à cotação de preços (pesquisa mercadológica) a ser realizada pela Administração licitante.

9.37 Observa-se que o entendimento exposto acima corrobora com o Decreto nº 6.204/2007, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal, e que em seu artigo 2º, I, preceitua o seguinte:

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

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



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

9.38 Nota-se que a Administração deverá se atentar para a viabilização e realização do certame, e precipuamente, isto ocorrerá na fase interna da licitação.

9.39 Destaco, entretanto, no que pertine ao questionamento tratado, a seguinte cognição da Editora NDJ:

“A fase interna permite, a partir da dotação orçamentária disponível, que a Administração Pública defina o objeto e seus potenciais fornecedores, elabore o seu projeto básico e executivo, a estimativa do valor do certame, a modalidade licitatória adequada, ou se a situação se enquadra em uma das hipóteses de contratação direta (nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações).

Será neste momento, portanto, e com base em todas as informações obtidas no mercado correlato ao objeto licitado, que a Administração, por intermédio de sua autoridade competente, definirá se haverá a obrigatoriedade de instauração de uma licitação diferenciada, nos moldes legalmente impostos, ou se, em razão da inexistência de empresas que se enquadrem no conceito de ME e/ou EPP local ou regionalmente, poderá promover uma licitação comum, mesmo que o valor estimado da contratação não supere os R\$ 80.000,00, nos termos do art. 48, inc. I, da LC nº 123/2006, de modo a atender o interesse público que se busca com esta contratação. A adoção de uma ou outra solução deverá, por certo, ser exarada nos autos do competente processo licitatório, mediante parecer escrito e devidamente justificado, a fim de evitar alegações de desrespeito à LC nº 123/2006, por parte dos órgãos de controle.”

9.40 A Editora NDJ, aborda ainda, entendimento de que:

será por meio da pesquisa mercadológica, a ser feita antes da instauração da licitação, que a Administração Consulente terá condições para saber se existe o mínimo de três fornecedores para realização de uma licitação diferenciada, nos termos do art. 48 da LC nº 123/06, e que essa prévia pesquisa é necessária até mesmo para evitar que a Administração Pública instaure uma licitação que reste deserta, isto é, por ausência de interessados, pelo fato de inexistirem empresas que se encaixem nas condições de ME e/ou EPP local ou regionalmente.

9.41 Desta maneira, o gestor público deverá planejar-se, ainda na fase interna, para que se adiante e identifique a eventual ausência de micro ou pequenas empresas aptas a atender o objeto almejado, bem como justificar exaustivamente tal situação, nos autos do respectivo processo licitatório, a fim de evitar alegações de desrespeito à Lei Complementar nº 123/06, por parte dos órgãos de controle acerca da inobservância das novas regras estabelecidas pelo Estatuto da Microempresa.



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

Tudo no escopo de atender aos princípios da economicidade, isonomia, impessoalidade, publicidade e supremacia do interesse público, dentre outros.

9.42 Prosseguindo no processamento da consulta em questão, passa-se à análise do item 4, o qual assim descreve:

4) A não vantajosidade para a administração pública ou o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, previsto no art. 49, III, precisarão ser motivados?

9.41 Vejamos o que dispõe o artigo art. 49, III, da LC nº 123/2006:

Art. 49. 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;

(...)

9.43 O questionamento do item 4 diz respeito à necessidade ou não de o gestor público motivar o afastamento do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, no caso de não ser vantajoso para a administração pública a contratação de empresas constituídas sob esta forma.

9.44 A este respeito, destaco estudo constante da publicação “O Estatuto da Micro e Pequena Empresa Fomentando a Economia do País”, de autoria do Advogado e Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, segundo o qual assim destaca:\

“A licitação é um procedimento indispensável para as contratações de bens, serviços ou obras no âmbito da Administração Pública, destinando-se a assegurar a isonomia entre os interessados na contratação, selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público e promover o desenvolvimento nacional sustentável, segundo critérios previamente determinados.

O procedimento licitatório é obrigatório por determinação constitucional, que se encontra especificamente no art. 37, inc. XXI. Assim, a formalidade se traduz, por um lado, na necessidade de obedecer a normas legais e, por outro lado, na prescrição de que os atos administrativos sejam realizados em determinada sequência formal. A doutrina dividiu esse procedimento em duas fases: a fase interna, antes da publicidade do certame, e a fase externa, que compreende o julgamento da habilitação das propostas, os recursos, a homologação e adjudicação dos contratos.



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

Seja na fase interna, seja na fase externa, o administrador deverá tomar decisões e escolher motivadamente. Motivar significa apontar as razões de fato e de direito que o levaram a decidir. A falta de motivação ou a motivação insuficiente produzem um ato administrativo inválido, o que é extremamente prejudicial nas licitações, uma vez que a Lei nº 8.666/1993 prevê que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato". (...)." (Destaquei)

9.45 Reputo imprescindível somar nesse sentido, a aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99, art. 2º, considerando o silêncio do legislador local.

9.46 Com efeito, importa consignar trecho apresentado pelo Auditor Orlando Alves da Silva, por ocasião do Parecer de Auditoria nº 2.329/2014, o qual assim expôs:

"(...) a aplicabilidade do tratamento diferenciado privilegiando as microempresas e empresas de pequeno porte, deve se confrontar com a necessidade de haver uma razoável proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionais. (...) tendo em vista que os atos Administrativos devem ser motivados, pois é dever da Administração Pública justificar seus atos com fundamento no regramento legal. (...)."

9.47 O jurista Bandeira de Mello, ao examinar o princípio da motivação, assim preleciona:

"Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo."⁵

9.48 Entendemos ser necessário a motivação, ou seja, descrição dos fatos que levaram a Administração Pública, considerar o disposto no art. 49, III, da Lei nº 123/2006.

9.49 Diante do exposto, em consonância com o parecer do Corpo Especial de Auditores e com o parecer do Ministério Público de Contas, e ainda considerando as disposições contidas no artigo 1º, XIX da Lei Estadual nº 1.284/2001 c/c artigos 151 e 152 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, VOTO no sentido de que este Tribunal adote as seguintes providências:

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Motivação dos Atos Administrativos e o Interesse Público. Fonte: Revista Interesse Público. Disponível em <http://www.cursoaprovaocao.com.br/scasat/arquivos/2007_01_23_CA.pdf> Acesso em: 22 jan. 2015.



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

I) conheça desta consulta, formulada pela Desembargadora Ângela Prudente, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, por atender os requisitos Regimentais desta Corte de Contas, e por tratar-se de matéria que está sob o alcance da competência fiscalizadora deste Tribunal de Contas, respondendo à consulta formulada, em tese, no sentido deste voto condutor;

II) esclareça ao consulente que a resposta à presente consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, nos termos dos art. 150, § 3º e art.152 do RITCE/TO;

III) responda à consulta nos seguintes termos:

1) Em alusão ao art. 48 e incisos da LC nº 123/2006, nas licitações com valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais): a) a cota de 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada em cada item? b) Ou serão separados itens especificados do certame que correspondam a 25% do objeto para serem disputados exclusivamente por ME/EPP? c) Se a cota for calculada por item, a fase de lances deverá ser iniciada com os itens reservados para ME/EPP?

R: No que se refere aos questionamentos “a” e “b”, observa-se que a cota de até 25% a ser reservada para ME/EPP deverá ser calculada pelo quantitativo do objeto divisível e não pelo valor estimado da contratação. Cabe ressaltar que não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem preço do primeiro colocado, bem como se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação de quaisquer das cotas deverá ocorrer pelo preço da que tenha sido menor.

Quanto ao questionamento da letra “c”, a respeito de lances serem iniciados com os itens reservados para MEs e EPPs, em atenção as alterações realizadas na Lei Complementar nº 123/06 pela Lei Complementar nº 147/14 verifica-se que se referem às questões de ordem operacional, no caso, voltadas à ordem em que, nesta hipótese, serão desenvolvidos os trabalhos licitatórios. Deste modo, entendemos que o próprio edital estabelecerá como será feita a disputa, se ocorrerá em primeiro lugar o julgamento referente à cota reservada às MEs e EPPs, ou o inverso. Ficará a critério da Administração, por motivos de interesse e conveniência, determinar a ordem dos trabalhos, desde que, por óbvio, sejam observadas as regras contidas na Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02.

2) Em licitações com valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ou com cota de 25% exclusiva para ME/EPP (art. 48, I e III da LC nº 123/2006), poderá o edital prever que não comparendo nenhuma destas, será permitida a participação de empresas de maior



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

porte? Ou somente poderão participar as microempresas e empresas de pequeno porte nos certames de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?

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

Quanto à licitação diferenciada a que alude o inc. III do art. 48 da LC nº 123/2006 (a reserva de cota de até 25% do objeto licitado), à similitude do que ocorre na esfera federal (art. 8º, § 2º, do Decreto 6204/2007), o edital poderá prever a adjudicação da cota reservada ao vencedor da cota principal, e, no caso de recusa deste, aos demais licitantes, desde que aceitem o preço oferecido pelo vencedor. Essa mesma solução poderia ser praticada em situação inversa: se não houvesse vencedor na disputa da cota principal, nada impediria que houvesse a sua adjudicação em favor da ME ou EPP melhor classificada.

3) Com fulcro no art. 49, inc. II da LC nº 123/2006, o tratamento diferenciado previsto nos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006 será aplicável somente quando comparecerem, no mínimo, três empresas ME/EPP na sessão da licitação? Ou deverá a Administração durante fase interna da licitação aferir tal existência no mercado local/regional para concessão do tratamento diferenciado ainda que compareça apenas uma ME/EPP?

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

4) A não vantajosidade para a administração pública ou o prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, previsto no art. 49, III, precisarão ser motivados?



Tribunal de Contas do Estado do Tocantins

R: A Administração Pública deverá motivar seus atos, ou seja, descrição dos fatos que levaram a Administração Pública, considerar o disposto no art. 49, III, da Lei nº 123/2006, bem como fundamentar as decisões exaradas tanto na fase interna quanto na fase externa do certame, de modo a que elas tenham sustentabilidade jurídica perante os órgãos de controle, para alcançar a sempre objetivada realização do interesse público.

IV) determine a publicação desta decisão no Boletim Oficial do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, nos termos do artigo 341, §3º do Regimento Interno deste sodalício, para que surta os efeitos legais necessários;

V) determine à Secretária do Tribunal Pleno-SEPLE que remeta à consulente cópia do Relatório, Voto e Decisão;

VI) determine à Secretária do Tribunal Pleno-SEPLE que encaminhe cópia do Relatório, Voto e Decisão à Diretoria-Geral de Controle Externo e, excepcionalmente, à Primeira Diretoria de Controle Externo, a fim de que procedam às anotações e às cautelas de praxe;

VII) encaminhe, por fim, à Coordenadoria de Protocolo Geral-COPRO, para as anotações de mister e posterior encaminhamento à origem.

GABINETE DA PRIMEIRA RELATORIA, em Palmas, capital do Estado do Tocantins, aos 1º dias do mês de abril de 2015.

LEONDINIZ GOMES
Conselheiro Substituto