21-07-21 SEB

==========

47 TC-025129.989.20-8
Consulente: Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Itaquaquecetuba – IPSMI.
Assunto: Aplicação dos dispositivos da Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno porte, à luz das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/14.
Pedido de vista conjunta dos Senhores Conselheiros.

==========

48 TC-025128.989.20-9
Consulente: Prefeitura Municipal de Fernandópolis.
Assunto: Aplicação dos dispositivos da Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno porte, à luz das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/14.
Pedido de vista conjunta dos Senhores Conselheiros.

==========

49 TC-025130.989.20-5
Consulente: Ernaldo César Marcondes – Ex-Prefeito do Município de Aparecida.
Assunto: Aplicação dos dispositivos da Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno porte, à luz das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/14.
Pedido de vista conjunta dos Senhores Conselheiros.

==========

EMENTA: CONSULTAS. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, COM AS ALTERAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/14. TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONSULTAS CONHECIDAS. MATÉRIA APRECIADA EM TESE. QUESITOS RESPONDIDOS.

1. RELATÓRIO

1.1 Em exame **CONSULTAS** formuladas pelo **INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE ITAQUAQUECETUBA – IPSMI** (TC-025129.989.20), pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE FERNANDÓPOLIS** (TC-025128.989.20) e por **ERNALDO CÉSAR MARCONDES, EX-PREFEITO MUNICIPAL DE APARECIDA** (TC-025130.989.20), relativas ao tratamento diferenciado concedido para microempresas e empresas de pequeno porte pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com as alterações da Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014.

As dúvidas dos Consulentes recaem sobre o disposto nos artigos 47 e 49 da Lei Complementar nº 123/06 e foram expostas por meio dos quesitos adiante enumerados.

1.2 Quesitos formulados pelo **Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Itaquaquecetuba – IPSMI** (evento 1.1 do TC-025129.989.20):

(*i*) a partir da edição da Lei Complementar nº 147/14, a modalidade convite destina-se exclusivamente para microempresa e empresa de pequeno porte?

(*ii*) se exclusiva a modalidade convite, para a aplicação do artigo 49, inciso II, da Lei Complementar 123/06, referente ao afastamento das licitações diferenciadas pela ausência de microempresa ou empresa de pequeno porte, qual deve ser o procedimento seguido para a procura dessas empresas e através de qual veículo de divulgação? Seguido o procedimento e sem se localizar micro ou pequena empresa a licitação na modalidade convite poderá ter prosseguimento?

(*iii*) o afastamento da licitação diferenciada quando não for vantajosa para a Administração Pública ou representar prejuízo, nos termos do artigo 49, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06, estaria dentro do poder discricionário do ente público, existindo requisito ou procedimento específicos para essa providência?

(*iv*) caso a modalidade convite não seja exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, a participação dessas empresas é obrigatória? Como deve ser realizada a convocação? Se não forem localizadas, a licitação na modalidade convite poderá ter continuidade?

1.3 Quesitos formulados pela **Prefeitura Municipal de Fernandópolis** (evento 1.1 do TC-025128.989.20):

(*v*) diante da possibilidade de exigência de subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte, estabelecida pelo artigo 48, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, a subcontratada deverá obedecer a algum critério de habilitação atendido pela contratada?

(*vi*) em certames para a aquisição de objetos divisíveis, como efetuar a reserva de 25% do objeto para microempresas e empresas de pequeno porte, determinada pelo artigo 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06? Aqui a peticionária observa três alternativas:

> (*vi.1*) reserva de 25% do valor total orçado da licitação, separando itens que somados atinjam a percentagem legal;
>
> (*vi.2*) divisão de cada item licitado em duas partes, uma contendo 25% e outra 75% do total que se pretende adquirir, observada a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte na menor parcela;
>
> (*vi.3*) licitação da totalidade de cada item, deixando para as microempresas e empresas de pequeno porte interessadas a apresentação de propostas para apenas 25% do total do item, enquanto a parcela remanescente deve permanecer disponível para as demais interessadas.

(*vii*) firmada ata de registro de preços após licitação com o benefício da cota de 25%, composta por preços diversos para um mesmo item, se o custo ofertado pela microempresa ou empresa de pequeno porte for mais elevado, pode a Administração adquirir o item mais barato e somente após o término da quantidade registrada pelo menor preço passar para o valor mais caro ofertado pela beneficiária do regime jurídico diferenciado?

(*viii*) em relação ao artigo 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, como saber se o fornecedor é competitivo ou não? É necessária prévia habilitação para se averiguar as condições de cumprimento do contrato pelas empresas?

(*ix*) sobre o artigo 49, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06, como atestar que o tratamento diferenciado e simplificado à microempresa e à empresa de pequeno porte não é vantajoso para a Administração Pública ou representa prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado? Deve ser feita uma justificativa para cada procedimento licitatório ou pode ser

elaborado um ato administrativo geral, a exemplo de um decreto? O que deve ser considerado para atestar tal desvantagem?

1.4 Quesitos formulados pelo **ex-Prefeito Municipal de Aparecida** (evento 1.1 do TC-025130.989.20):

(*x*) as licitações públicas realizadas por itens de valores individuais inferiores a R$ 80.000,00, porém com valor global, representado pelo somatório dos itens, superior a tal valor, devem ser exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte?

(*xi*) nas licitações públicas destinadas à contratação de serviços com valores superiores a R$ 80.000,00 deve ser reservada cota de 25% para microempresa e empresa de pequeno porte?

(*xii*) nas licitações realizadas exclusivamente para microempresa e empresa de pequeno porte, é necessária a participação mínima de três empresas?

1.5 A **Assessoria Técnico-Jurídica** (evento 1.11 do TC-025128.989.20), em relação à subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte, ressalvadas as peculiaridades que lhes são próprias, observou a necessidade de apresentação pela licitante dos documentos de regularidade fiscal e de qualificações jurídica, econômico-financeira e técnica para a execução da parcela a ser subcontratada, o que deve ocorrer, em se tratando de pregão, no momento do exame da aceitabilidade das propostas, ou no da entrega dos envelopes de habilitação, nas demais modalidades.

Enfatizou ser possível o saneamento de eventual restrição fiscal no prazo de cinco dias úteis da declaração da vencedora na licitação.

No tocante à reserva de 25% para bens divisíveis, reconheceu que a cota deve ser definida pela Administração em face do quantitativo total do objeto, todavia, para certames segmentados em lotes díspares e complementares, pelo fato de consistir cada qual deles em licitação autônoma, sustentou que a cota incide sobre o quantitativo total de cada lote, fazendo-se valer a finalidade da norma legal.

Assentiu para a possibilidade de adjudicação ao vencedor da parcela principal do quantitativo concernente à cota reservada no caso de desinteresse de microempresa ou empresa de pequeno porte, observado o menor preço.

Ressaltou, no mais, a inviabilidade da reserva parcial quando o objeto (ou o lote em que eventualmente dividido) possuir valor estimado de até R$ 80.000,00, tendo em vista que a lei torna obrigatória a licitação exclusiva nesse cenário.

Atinente ao conceito de "fornecedor competitivo", defendeu que se trata da microempresa ou a empresa de pequeno porte em condições de participar do certame e de cumprir as exigências estipuladas no instrumento convocatório.

Quanto às formas de se apurar a existência desses fornecedores, ilustrou os cadastros próprios da Administração e as pesquisas ao segmento do mercado, ressaltando que as informações e o modo como obtidas devem constar no procedimento licitatório.

Acerca da inexistência de vantagem ou mesmo de prejuízo com a aplicação dos artigos 47 e 48, registrou que a inaplicabilidade do tratamento diferenciado previsto em lei exige robusta justificativa em cada caso concreto, seja por questões operacionais ou econômicas.

Negou qualquer vínculo entre a licitação exclusiva e o convite, uma vez que o parâmetro legal da exclusividade (artigo 48, inciso I) reside no valor, não na modalidade da licitação.

Nesse sentido, os convites destinados a obras e serviços de engenharia estarão eventualmente excluídos da medida isonômica instituída pela lei, diante do patamar relativo ao valor da licitação.

Sobre o chamamento de microempresa e empresa de pequeno porte e o número mínimo das participantes como tal enquadradas, observou que não havendo, nas licitações exclusivas, ao menos três fornecedores competitivos, o certame deverá ser revogado.

Ressalvou nada impedir o prosseguimento de certame não exclusivo, com valor superior a R$ 80.000,00, se não houver o número mínimo de competidoras, hipótese em que inaplicável o regime diferenciado.

No que concerne à comprovação da prévia existência de três empresas para a licitação diferenciada, reforçou a necessidade de um cadastro de microempresas e empresas de pequeno porte que atenda aos anseios da lei e da Administração interessada.

Quanto ao artigo 49, inciso III, assentiu que se trata de hipótese de discricionariedade e destacou que a licitação serve à busca da proposta mais vantajosa, o que veda à Administração sobrepor ao interesse público o de quaisquer figuras empresariais, devendo ser revogado o certame concluído por preço desarrazoado ou incompatível com o mercado.

Assim, indicou a necessidade de precaução do administrador, consubstanciada em hígida pesquisa de mercado e criteriosa análise da proposta vencedora para a homologação do resultado, com observância do artigo 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 para a divisão de obras, serviços e compras.

1.6 O **Ministério Público de Contas** (evento 1.12 do TC-025128.989.20), no que concerne ao artigo 48, inciso I, e às licitações exclusivas, destacou a natureza obrigatória dessa configuração, manifestada pela presença do verbo "dever" na redação normativa, de modo a subtrair a matéria da esfera de discricionariedade do agente público.

Tratando-se de licitação distribuída em itens, lotes ou grupos, com julgamentos e adjudicações independentes, observou a necessidade de se considerar cada uma dessas partículas para avaliação da exclusividade.

Assim, concluiu que existindo itens, lotes ou grupos num mesmo instrumento convocatório, com valores superiores e inferiores a R$ 80.000,00, o edital regulamentará a parcela exclusiva da micro e da pequena empresa, conferindo o tratamento diferenciado. E, verificada a incidência de empate ficto, dará prevalência à proposta de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Além disso, confirmou a necessidade, como regra geral, de participação mínima de três microempresas e empresas de pequeno porte nas

licitações exclusivas.

No tocante à modalidade convite, assentiu que as compras e serviços realizados com fulcro no artigo 23, inciso II, alínea "a", da Lei nº 8.666/93 ficam reservadas à participação exclusiva, ressalvadas as situações indicadas pelo artigo 49 da LC nº 123/06.

Entendeu que a convocação das entidades, à falta de disposição específica, deve ser procedida nos moldes instituídos pelo artigo 22, §º 3º, c.c. artigo 21, inciso III, da Lei nº 8.666/93 ou pelo regramento da Lei nº 10.520/02 e do Decreto nº 7.174/10, conforme o caso, de modo a ampliar o universo competitivo.

Em relação à subcontratação, prevista no artigo 48, II, da LC nº 123/06, reconheceu ser obrigatório às microempresas e empresas de pequeno porte a demonstração da regularidade fiscal, nos termos do artigo 43 do mesmo diploma e conforme o disposto no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal.

Já quanto à comprovação das qualificações técnica e econômico-financeira, observou a necessidade de compatibilização ao objeto sub-rogado em consonância com o projeto básico.

Apontou jurisprudência do Tribunal de Contas da União, anterior à LC nº 147/14, pela necessidade de serem apresentados todos os documentos exigidos para a habilitação no certame licitatório.

Concernente à cota para aquisição de bens de natureza divisível, instituída pelo artigo 48, inciso III, conjugou-a ao comando do artigo 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Afastou de sua incidência as licitações para a contratação de serviços, uma vez que estes foram excluídos da redação original do supracitado dispositivo (inciso III do art. 48) pela LC nº 147/14.

Outrossim, ponderou que o cumprimento da lei determina a previsão de duas cotas no edital, ou seja, a relativa ao tratamento diferenciado (máximo de 25% do objeto) e a principal (mínimo de 75% do objeto).

Inexistindo óbice à participação de microempresa e empresa de pequeno porte em ambas, reconheceu a diversidade de situações que podem emergir, qualificando como dificultosa a possibilidade de a mesma licitante sagrar-se como vencedora única, hipótese de que cuidam os artigos 5º e 8º do Decreto nº 8.538/15.

Sobre o afastamento do regime diferenciado quando não houver ao menos três empresas beneficiárias (cf. o artigo 49, inciso II, da LC nº 123/06), vislumbrou ser possível a identificação dos três fornecedores competitivos mediante consulta a registros cadastrais atualizados, como também defluiria do artigo 2º do Decreto nº 8.538/15.

Entendeu que os requisitos de "competitividade" e de "capacidade" poderiam ser auferidos pela pesquisa de preços que baliza o orçamento estimativo realizado previamente à abertura da licitação.

Quanto ao vocábulo "regionalmente", inscrito no artigo 49, inciso II, da LC nº 123/06, sustentou caber ao próprio gestor delimitar seu sentido e alcance, nos autos de cada procedimento licitatório, considerando não recomendável que para tanto utilize, de forma genérica, a região política, geográfica ou mesmo a microrregião, devendo justificar o que for decidido, à luz das particularidades do objeto e do tratamento diferenciado.

Atinente à ausência de vantagem ou evidenciação de prejuízo, para os fins do disposto no artigo 49, inciso III da LC nº 123/06, indicou que apenas os elementos do caso concreto poderão revelar a incidência da norma, negando, contudo, qualquer margem de discricionariedade para sua aplicação. Sobre o tema, citou os incisos I e II do artigo 10 do Decreto nº 8.538/15.

Ademais, pontuou a necessidade de motivação individualizada, em cada certame licitatório, conforme suas peculiaridades e especificidades.

1.7 A **Secretaria-Diretoria Geral** (evento 1.30 do TC-025128.989.20), no tocante à subcontratação, considerou exigíveis os documentos típicos de habilitação, mas somente na fase contratual, momento em que serão avaliadas a idoneidade e a capacidade técnica da microempresa ou empresa de pequeno porte para cumprir o quanto subcontratado.

Sobre a reserva para microempresas e empresas de pequeno porte, limitada ao percentual de 25%, defendeu sua incidência sobre o total dos itens individualizados no edital, de cada lote ou de cada grupo da licitação.

Relativamente ao "fornecedor competitivo", entendeu que sua identificação deva ser realizada mediante pesquisas junto ao mercado, com o objetivo de avaliar a existência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte que tenham capacidade de fornecer os produtos ou serviços constantes do edital, registrando-se essas providências no procedimento administrativo. Acresceu, ainda, que para a licitação exclusiva seja considerada a efetiva participação.

Quanto à inadequação do regime diferenciado, confirmou a necessidade de justificativa individualizada para cada certame em que acionado o inciso III do artigo 49 da LC nº 123/06, com demonstração da específica da circunstância prejudicial.

Discorreu sobre o histórico da jurisprudência e os posicionamentos acerca da forma de cálculo do valor de referência para as licitações exclusivas (até R$ 80.000,00), destacando que às microempresas e empresas de pequeno porte devam ser reservadas as contratações de menor valor, compatíveis com suas limitações de estrutura e de faturamento.

Nesse passo, entendeu que a vinculação da modalidade convite às micro e pequenas empresas estaria condicionada à base de cálculo do percentual que lhes é reservado, limitando-se a exclusividade às licitações cujo valor seja de até R$ 80.000,00.

Observou que a convocação exige edital devidamente publicado, nos moldes da legislação aplicável à modalidade licitatória eleita, contendo cláusulas sobre o tratamento diferenciado e o respectivo fundamento legal.

Na hipótese da inexistência de no mínimo três fornecedores diferenciados, defendeu o prosseguimento da licitação, na modalidade convite, independentemente do benefício, em relação aos competidores do mercado em geral, nos termos do artigo 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

Negou discricionariedade do gestor na aplicação do inciso III do artigo 49 da LC nº 123/06, reconhecendo a prevalência dos critérios técnicos e objetivos demonstrados no procedimento licitatório, cuja observância é imperativa não só na deflagração do certame, mas durante toda a licitação.

1.8 O presente processo veio à minha relatoria diante da conexão da matéria ora em análise com a da consulta objeto do TC-018508/026/13, em que apresentei o voto condutor da deliberação naqueles autos proferida (evento 1, docs. 33, 34 e 35, do TC-025128.989.20).

É o relatório.

2. VOTO PRELIMINAR

2.1 Preliminarmente, verifico que os interessados detêm legitimidade para formular consulta a este Tribunal, *ex vi* do disposto no § 2º do artigo 226 do RITCESP[1].

Ademais, por serem os seus questionamentos correlatos às atribuições desta Corte e refletirem relevante interesse público, entendo que as consultas podem ser apreciadas, nos termos do *caput* e do § 1º do referido dispositivo regimental[2].

2.2 Voto, assim, pelo **conhecimento**.

3. VOTO DE MÉRITO

3.1 De início, ressalto que o regime diferenciado e favorecido para microempresas e empresas pequeno porte já foi objeto de exame por este E. Plenário mediante consulta formulada no TC-018508/026/13, cuja decisão transitou em julgado em 15-07-16, após análise de pedido de

[1] Artigo 226, § 2º, Regimento Interno do TCESP. "As consultas, a que se refere este artigo, formuladas por intermédio dos Chefes dos Poderes Públicos estaduais e municipais, Secretários de Estado e dirigentes das entidades da administração indireta e fundacional, tanto do Estado como dos Municípios, constarão de exposição precisa da dúvida, com formulação de quesitos".

[2] Art. 226, Regimento Interno do TCESP. "O Tribunal Pleno resolverá sobre as consultas que lhe forem feitas acerca de dúvidas suscitadas na aplicação das disposições legais concernentes à matéria de sua competência, desde que não envolva caso concreto ou ato consumado.
§1º O Tribunal Pleno poderá, excepcionalmente, apreciar o mérito de consulta que contenha individualização da situação fática apresentada, caso o recomende relevante razão de interesse público".

reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas, tendo prevalecido o seguinte entendimento:

1) Os artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/06 gozam de autoaplicabilidade?

RESPOSTA: À luz da orientação doutrinária e jurisprudencial, os benefícios contidos nos artigos 42 a 45 são autoaplicáveis, independentemente de sua regulamentação ou previsão no edital.

Não obstante, é recomendável que a matéria seja disciplinada no instrumento convocatório para orientar a operacionalização da concessão dos benefícios e padronizar os procedimentos, evitando-se, desse modo, questionamentos por parte dos licitantes.

2) Nos termos do artigo 47 da LC nº 123/06, o Município legislando, de modo a regulamentar e privilegiar o desenvolvimento local, qual seria a definição de "regional" para esse tribunal de modo que não seja crivado de inconstitucionalidade esse novo diploma municipal?

RESPOSTA: Nas hipóteses de concessão dos benefícios tratados nos incisos I, II e III do artigo 48 da LC nº 123/06, é possível se estabelecer prioridade de contratação para as MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente (até o limite de 10% do melhor preço válido), nos termos do disposto no § 3º do artigo 48 do referido diploma legal.

A área geográfica a ser considerada como 'regional' deverá ser delimitada, definida e justificada pela Administração licitante no âmbito de cada procedimento licitatório, devendo ser comprovada, no caso concreto, a correlação entre o objeto licitado, a área geográfica delimitada, o tratamento diferenciado e simplificado às MEs e EPPs e o alcance do objetivo previsto no artigo 47 da LC nº 123/06.

Revela-se de todo conveniente que a Administração institua e mantenha registro cadastral de fornecedores, a fim de demonstrar, antes da deflagração do certame, a existência de pelo menos 3 (três) MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente aptas a atender ao objeto predefinido, em observância à condicionante tratada no inciso II do artigo 49 da LC nº 123/06.

3) O Município realizando licitação nos termos do artigo 48, ainda que explícito no instrumento convocatório, poderia:

3.1) Destinar exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?

3.2) Exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, no percentual máximo do objeto a ser subcontratado de até 30% (trinta por cento) do total licitado?

3.3) Estabelecer cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível?

RESPOSTA. 3. Observadas as condicionantes do artigo 49 da LC nº 123/06 e independentemente da existência de regulamentação local ou de previsão expressa no instrumento convocatório, a administração direta e indireta, autárquica e fundacional:

3.1 deverá realizar procedimento licitatório destinado exclusivamente à participação de MEs e EPPs nos itens de contratação cujo valor

> seja de até R$ 80.000,00, observando que, conforme decidido pela maioria do Plenário deste Tribunal no TC-5509.989.15-8, cada licitação, diante do todo pretendido pela Administração, apresenta-se como um 'item de contratação';
>
> **3.2** poderá exigir dos licitantes a subcontratação de MEs e EPPs em processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, devendo a Administração estipular, de forma justificada, o percentual máximo de subcontratação admissível em cada contratação, observado o disposto no artigo 72 da Lei nº 8.666/93 e vedada a subcontratação total do objeto;
>
> **3.3** deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% do objeto para a contratação de MEs e EPPs.
>
> Poderá ainda ser estabelecida, em todos esses casos, prioridade de contratação para as MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido, devendo ser observada a orientação contida na resposta ao quesito nº 2.
>
> 4) O tratamento privilegiado que a LC nº 123/06 dá as microempresas e as empresas de pequeno porte é incompatível com a Lei 8.666/93? Qual das leis prevalece?
>
> **RESPOSTA:** Não há incompatibilidade entre o tratamento privilegiado conferido às MEs e EPPs pela LC nº 123/06 e a Lei nº 8.666/93, devendo a Administração observar o disposto no artigo 5º-A da Lei de Licitações e Contratos, no sentido de que "as normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei".

3.2 Nesta oportunidade, os questionamentos recaem sobre outros aspectos da mesma legislação.

Para fins de concretizar os princípios informadores da ordem econômica e disciplinar o tratamento favorecido a que alude o artigo 170, inciso IX[3], da Constituição Federal, a Lei Complementar nº 123/06 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, com reflexos no campo das contratações do Poder Público.

A partir daí, as regras sobre licitações e contratos foram adequadas ao modelo definido pelo ordenamento jurídico superior, tendo sido necessário conciliar os regimes aplicáveis à Administração Pública e às micro e pequenas empresas, interpretando-se o tratamento diferenciado à luz do princípio da razoabilidade e de seu caráter instrumental, isto é, o de servir à

[3] Artigo 170 da Constituição Federal. "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".

consagração da liberdade de concorrência e da livre iniciativa, em prol do desenvolvimento econômico e social do país.

Sob essa ótica é que proponho sejam interpretadas as regras dispostas na LC nº 123/06, incluídas as que compõem o objeto das consultas em apreço, centrado na análise dos artigos 47 e 49, com a expansão protetiva decorrente do texto que lhes conferiu a LC nº 147/14.

3.3 Adotando-se a ordem dos dispositivos legais, inicia-se a apreciação pela licitação exclusiva de que trata o inciso I do artigo 48[4].

Referida norma impõe a exclusividade de participação das microempresas e das empresas de pequeno porte nos certames compostos por itens de contratação iguais ou inferiores a R$ 80.000,00.

Os questionamentos apresentados repousam sobre os parâmetros para a definição do valor legal, a correlação entre a preferência e a modalidade licitatória do convite, a forma de convocação dessas empresas e o número mínimo de participantes necessário ao certame.

No tocante ao valor, o Ministério Público de Contas considerou importante a análise da segregação do objeto do certame, enquanto a Secretaria-Diretoria Geral discorreu acerca do histórico do dispositivo legal e expôs preocupações com a sua interpretação.

A jurisprudência desta Corte, a despeito de algumas decisões distintas[5], considera como parâmetro para o limite de R$ 80.000,00 o valor global estimado no procedimento licitatório[6], independentemente de eventual segregação do objeto em itens ou lotes.

---

[4] Artigo 48 da Lei Complementar nº 123/06. "Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
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) (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)".

[5] TC-009589.989.18, TC-009710.989.18, TC-009711.989.18, TC-009712.989.18: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 16-05-18, relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues. Trânsito em julgado em 04-09-18.
TC-016220.989.18: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 22-08-18, relatoria do Conselheiro Substituto Márcio Martins de Camargo. Trânsito em julgado em 21-09-18.

[6] TC-9053.989.18: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 25-04-18, de minha relatoria. Trânsito em julgado em 23-05-18.
TC-013980.989.19, TC-013982.989.19 e TC-014025.989.19: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 31-07-19, de minha relatoria. Trânsito em julgado em 26-08-19.

Tal entendimento vem sendo mantido a despeito das alterações promovidas na redação do dispositivo pela LC nº 147/14.

Como discorrido na manifestação da Secretaria-Diretoria Geral, mesmo antes dessas alterações, a Advocacia Geral da União e o Tribunal de Contas da União já observavam que o valor legal seria o de cada componente da licitação a ser adjudicado autonomamente, sendo item ou lote.

Sobre as licitações dessa espécie, esclarece Marçal Justen Filho[7] que elas consistem:

> na concentração em um único procedimento licitatório, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos. Poderia aludir-se a uma hipótese de 'cumulação de licitações' ou 'licitações cumuladas', fazendo-se paralelo com a figura de cumulação de ações conhecida no âmbito do Direito Processual.

Trata-se de configuração que prestigia a eficiência, mediante a organização em um único procedimento licitatório de variadas demandas administrativas.

No caso de adjudicação por item ou lote, coexistindo dois ou mais destes no certame, cada um deles será destinado à autora da correspondente

---

TC-001518.989.18: Sentença da Conselheira Cristiana de Castro Moraes publicada no DOE 23-05-20. Trânsito em julgado em 19-06-20.
TC-12105.989.18, TC-12896.989.18 e TC-21338.989.18: Sentença do Conselheiro Dimas Ramalho publicada no DOE de 17-12-20. Trânsito em julgado em 10-02-21.
TC-007653.989.16 e TC-007987.989.16: Acórdão da Primeira Câmara, em sessão de 12-06-18, relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues.
TC-009053.989.18: Acórdão do Tribunal Pleno, em sessão de 25-04-18, de minha relatoria. Trânsito em julgado em 23-05-18.
TC-015750.989.17, TC-001040.989.18, TC-001118.989.18 e TC-001120.989.18: Acórdão da Segunda Câmara, sessão de 30-07-19, relatoria do Conselheiro Renato Martins Costa. Trânsito em julgado em 23-09-19.
TC-015885.989.17: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 06-12-17, relatoria do Auditor Substituto de Conselheiro Valdenir Antonio Polizeli.
TC-006143.989.18: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 14-03-18, relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues.
TC-006699.989.18: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 04-04-18, relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues.
TC-18657.989.20: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 02-09-20, relatoria do Conselheiro Antonio Roque Citadini. Trânsito em julgado em 07-10-20.
TC-019830.989.20: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 23-09-20, relatoria do Conselheiro Antonio Roque Citadini. Trânsito em julgado em 14-12-20.
TC-005600.989.21: Acórdão do Tribunal Pleno, sessão de 24-03-21, relatoria do Conselheiro Antonio Roque Citadini.

[7] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993, 18ª edição, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 451.

melhor proposta, sendo possível que o procedimento licitatório apresente uma ou mais vencedoras, conforme o número de itens ou lotes em disputa.

Desse cenário emergem relações obrigacionais autônomas, ainda quando exista coincidência subjetiva (mesmo fornecedor para distintos itens ou lotes), todas disciplinadas por um único instrumento contratual.

É a partir desse raciocínio, ponderando a concomitância de licitações diversas num mesmo procedimento, que se alcançou a conclusão de que o valor de R$ 80.000,00 deva ser considerado para cada item ou lote.

Nesse sentido, a Orientação Normativa nº 47, de 25 de abril de 2014, da Advocacia Geral da União[8], anterior à vigência da LC nº 147/14:

> EM LICITAÇÃO DIVIDIDA EM ITENS OU LOTES/GRUPOS, DEVERÁ SER ADOTADA A PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE OU SOCIEDADE COOPERATIVA (ART. 34 DA LEI Nº 11.488, DE 2007) **EM RELAÇÃO AOS ITENS OU LOTES/GRUPOS CUJO VALOR SEJA IGUAL OU INFERIOR A R$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS)**, DESDE QUE NÃO HAJA A SUBSUNÇÃO A QUAISQUER DAS SITUAÇÕES PREVISTAS PELO ART. 9º DO DECRETO Nº 6.204, DE 2007.

A mesma orientação pode ser extraída do Acórdão nº 3771/11 do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira:

> Apesar de o valor global exceder o limite de R$ 80.000,00 previsto no art. 48, I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 para a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais. (...)
>
> Dessa forma, ao ser definido o 'menor preço por item' como tipo de licitação, foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si, o que é confirmado, por exemplo, pela seguinte disposição editalícia (fl. 23, peça 2):
>
> 38.3. É facultado ao licitante cotar todos, alguns ou somente um dos itens definidos no Anexo I deste Edital.
>
> Adequado, portanto, aos ditames da LC nº 123/2006, o procedimento adotado pelo PAMA-LS no pregão eletrônico nº 10/2001.
>
> No sentido da legalidade da conduta administrativa que, em licitação na modalidade pregão eletrônico, contempla a participação exclusiva de microempresas na competição por itens, desde que observado o teto legal, o seguinte julgado:

[8] Editada pela Portaria AGU nº 124, de 25 de abril de 2014, publicada no DOU I 2.5.2014 p.2-3.

'ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO TIPO MENOR PREÇO POR ITEM. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXAS DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS. VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Agravo de instrumento desafiado contra decisão que determinou a participação da parte agravada na licitação atinente ao Processo Administrativo nº 63064.000019/2009-89 — Edital de Licitação nº 04/2009, modalidade Pregão Eletrônico — salvo se por outro motivo deva ser excluída ou desqualificada.

2. Licitação do tipo "MENOR PREÇO POR ITEM" na qual - embora seu valor global (R$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas — observa-se que foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais.

3. Existência de várias licitações distintas e independentes entre si, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06, o que é corroborado, para exemplificar, pelo disposto no item 20.1, segundo o qual "cada contrato firmado com a fornecedora terá vigência pelo prazo de 15 (quinze) dias, a partir da retirada da Nota de Empenho, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.666/93'.

4. Inobstante na hipótese em apreço exista uma limitação à livre concorrência, prestigia-se o preceito constitucional insculpido no art. 170, IX, que assegura "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País", as quais, sem essa garantia, não teriam oportunidade de contratar com a Administração Pública.

5. Agravo de instrumento provido'.

(TRF da 5ª Região. AG nº 104017 - Rel. Des. Federal Francisco Wildo - DJE 13/5/2010).

Sob esse aspecto, a contratação se mostra adequada à hipótese de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte prevista no art. 48, I, da LC nº 123/2006 c/c o art. 6º do Decreto nº 6.204/2007.

Como se vê, na vigência das normas originais da Lei Complementar nº 123/06, já se delineava um maior espaço interpretativo acerca do parâmetro para aferição do valor legal, com a superveniência da Lei Complementar nº 147/14, responsável pela inserção de parágrafo único no artigo 47 e pela modificação do inciso I do artigo 48 na Lei Complementar nº 123/06, somada à edição de novo regulamento sobre a matéria (Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, alterado pelo Decreto nº 10.273, de 13 de março de 2020), tornou-se mais preciso o conceito de "licitação exclusiva".

Consagrando o entendimento manifestado pelos órgãos federais de controle, a redação do artigo 48, I, da LC nº 123/06 esclareceu que a exclusividade deve ser definida a partir dos "itens de contratação" com valores até R$ 80.000,00.

O sentido da expressão "itens de contratação", por sua vez, é esclarecido pelo artigo 6º do Decreto nº 8.538/15, nos seguintes termos:

> Art. 6º Os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos **itens** ou **lotes** de licitação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais). **grifei**

Por expressa determinação legal (artigo 47, parágrafo único, da LC nº 123/06[9]), o regulamento editado pelo referido decreto é aplicável a todos os entes federativos que não disponham de legislação própria e mais favorável para as microempresas e empresas de pequeno porte.

A disciplina nacional da matéria repercutiu sobre a jurisprudência dos órgãos de controle externo, tendo sido pacificado o tema em diversos Tribunais de Contas[10].

Nesse contexto, sobretudo após a reforma legislativa, conclui-se que a licitação deve ser exclusiva em relação aos itens de contratação cujos valores não ultrapassem R$ 80.000,00, compreendidos estes como os diferentes itens ou lotes que sejam autonomamente adjudicados, ainda quando compartilhem um único procedimento licitatório.

Logicamente, deve ser resguardada a natureza da empresa beneficiada, estando limitadas as contratações com a Administração Pública ao faturamento necessário para o enquadramento legal, equivalente às receitas brutas anuais de até R$ 360.000,00, para microempresas, ou em montante superior a R$ 360.000,00 e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00, para empresas

---

[9] Artigo 47, parágrafo único, da Lei Complementar nº 123/06. "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".

[10] TCE/ES: Processo nº 1928/2017, Acórdão TC-1294/2017, Primeira Câmara, Relator Conselheira em Substituição Márcia Jaccoud Freitas.
TCE/PR: Prejulgado nº 27, Processo nº 465761/17, Acórdão nº 2122/19, Relator Conselheiro Artagão de Mattos Leão.
TCE/SC: Processo @CON 17/00811921, Relator Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall.

de pequeno porte. Trata-se de condição inerente ao próprio regime diferenciado, agora com previsão expressa na Lei nº 14.133/21[11].

Essa maior nitidez conceitual não afasta as preocupações manifestadas pela Secretaria-Diretoria Geral sobre outros princípios tão caros para as licitações e as contratações públicas como a competitividade, a seleção da proposta mais vantajosa e a economicidade, que não podem ser ignorados, cabendo analisar a matéria caso a caso, inclusive por força das vedações contidas no artigo 49 da LC nº 123/06[12].

Além de hipóteses específicas, o inciso III do citado artigo concede certa margem de liberdade ao administrador público para afastar o tratamento diferenciado quando "não for vantajoso para a administração pública" ou "representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado", portanto, avaliação singular, própria de cada licitação.

A norma prestigia a discricionariedade em prol de uma melhor atuação administrativa, que deve ser rigorosamente motivada e comprovada, sob pena de ilícita desconsideração do regime jurídico diferenciado.

As circunstâncias específicas de cada licitação e contratação para a Administração precisam ser avaliadas, afastando-se as medidas isonômicas quando o ônus imposto por elas sobre o interesse público se revelar superior ao benefício a ser obtido com a aplicação do tratamento diferenciado. Ideal que

---

[11] Artigo 4º da Lei nº 14.133/21 "Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.
§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:
I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;
II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.
§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.
§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo".

[12] Artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06. "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;
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;
IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48".

essa avaliação seja realizada caso a caso, mas a forma da justificativa, se específica ou geral, cede em relevância, pois imprescindível é que a Administração demonstre a higidez dos motivos para excluir microempresas e empresas de pequeno porte de determinado certame, uma vez que o sentido da lei é o oposto, ou seja, o de incentivar que elas participem de licitações.

Ademais, importante relembrar que a decomposição da pretensão contratual em itens ou lotes está submetida ao artigo 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93[13], sendo necessária a viabilidade técnica e econômica, além de estar atendida a finalidade de propiciar melhor aproveitamento dos recursos presentes no mercado para a ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

Nesse cenário, vê-se que ordenamento jurídico consagra a licitação exclusiva, mas oferta, em contraponto, os instrumentos necessários à preservação dos princípios básicos das licitações e contratações, para que sejam concretamente resguardados na rotina do órgão contratante.

Remanesce, ainda, a questão acerca dos reflexos da licitação exclusiva na modalidade convite, mais especificamente sobre se essa modalidade estaria reservada às microempresas e empresas de pequeno porte.

Sobre o tema, importante destacar que a dúvida subsiste apenas para certames regidos pela Lei 8.666/93, uma vez que o "convite" deixou de constar entre as modalidades previstas na nova Lei de Licitações (cf. artigos 28 e 78 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021).

O critério legal para definir o cabimento do convite e da licitação exclusiva é pecuniário, neste momento coincidindo, em ambos os casos, o valor limite de R$ 80.000,00[14], para compras e serviços, excluídos os de engenharia.

---

[13] Artigo 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93. "As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala".

[14] Pelo Decreto Federal nº 9.412/18, os valores da modalidade convite foram atualizados para o limite de R$ 176.000,00:

Conquanto seja possível, em determinado certame, a aplicação simultânea do convite e da exclusividade, daí não emerge nenhuma regra, pois o benefício, como bem ressaltou a Assessoria Técnico-Jurídica, é concedido em função do valor estabelecido em lei e não da modalidade licitatória.

Desse modo, nem sempre o convite será exclusivo para microempresas e empresas de pequeno porte, sendo necessária a avaliação das circunstâncias peculiares de cada licitação.

Fora das hipóteses legais, não há obrigatoriedade de participação de microempresa e empresa de pequeno porte, no entanto, à luz do ordenamento jurídico ela deve ser estimulada.

Quanto ao modo de convocar as microempresas e empresas de pequeno porte para as licitações exclusivas, devem ser observadas as normas de divulgação próprias da modalidade licitatória utilizada, buscando-se ampliar ao máximo a competição.

A comprovada ausência de licitantes beneficiárias do regime da LC nº 123/06 caracteriza inviabilidade fática da licitação exclusiva, cenário que permite a abertura do certame para o mercado em geral.

Nos exatos termos do que dispõe o inciso II do artigo 49 da LC nº 123/06[15], a fruição do benefício da exclusividade do certame licitatório, assim como de todos os demais instituídos pelo mesmo diploma legal, pressupõe a existência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte aptas ao fornecimento do objeto licitado.

3.4 Outro benefício que compõe o tratamento diferenciado é a possibilidade de a Administração Pública exigir, nas licitações destinadas a

---

Artigo 1º. "Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos: (...)
II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:
a) na modalidade convite - até R$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais)".

[15] Artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06. "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".

obras e serviços, a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte, como faculta o artigo 48, II, da LC nº 123/06[16].

Nesse aspecto, indagam os Consulentes sobre ser necessário que a subcontratada preencha critérios de habilitação, ao que cabe responder de modo afirmativo, sendo indispensável ao gestor público atestar que ela reúne condições de cumprir a parcela do objeto que lhe será repassada.

Quando a Administração Pública opta por exigir a subcontratação, deve cuidar para que o instrumento convocatório discipline a matéria, observados os limites e os critérios previstos na ordem jurídica para o regular exercício dessa faculdade, como bem pontuou o Ministério Público de Contas:

> A parcela da execução a ser subcontratada será definida pela Administração não podendo ensejar violação ao princípio licitatório[14], mediante justificativa e juízo de conveniência em face das peculiaridades de cada caso concreto[15] e terá por base o Termo de Referência ou o Projeto Básico[16], exigido pelo art. 7º, § 2º, II da Lei 8666/93.

---

[14] SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações e o Estatuto da Microempresa e empresa de Pequeno Porte. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 133-134.

[15] "Ao decidir pela possibilidade de subcontratação e quais partes do objeto poderão ser subcontratadas, a Administração deve levar em conta práticas usuais adotadas no mercado e o interesse público subjacente à contratação". BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudências do TCU. 4ª ed. Brasília, 2010, p. 792.

[16] SANTANA, Jair Eduardo. Novo Estatuto da ME e EPP. Lei Complementar 147 de 07 de agosto de 2014: compras públicas e pequenos negócios. Essencialidades e orientações. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 26-27.

Ainda no que tange à subcontratação, acompanho os posicionamentos da Assessoria Técnico-Jurídica e do Ministério Público de Contas no sentido de ser imprescindível a demonstração: da regularidade fiscal e trabalhista; das condições para a habilitação jurídica; e das qualificações técnicas e econômicas para a execução da parcela do objeto subcontratado, além da declaração de cumprimento do artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, o que deve ser providenciado ainda no momento da licitação.

---

[16] Artigo 48 da Lei Complementar nº 123/06. "Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (...)
II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)".

É o que se extrai do *caput*, incisos II e III, e do § 3º do artigo 7º do Decreto nº 8.538/15[17], ao estabelecerem que as subcontratadas devam ser indicadas e qualificadas no momento da aceitação da proposta vencedora, na modalidade pregão (por conta da inversão das fases), ou no da habilitação, nas demais modalidades, ressalvado elastério para saneamento de falhas atinentes à regularidade fiscal (cf. artigo 4º do Decreto nº 8.538/15[18]).

Todavia, por se tratar de mecanismo ínsito ao tratamento diferenciado, a legislação local pode contemplar disciplina específica sobre a matéria (como já antes mencionado, o Decreto nº 8.538/15 aplica-se a todos os entes federativos, ressalvada legislação local mais benéfica, nos termos do artigo 47, parágrafo único, da LC nº 123/06[19]).

3.5 Como última hipótese de licitação diferenciada, o artigo 48, inciso III, da LC nº 123/06[20], estabelece a cota de até 25% para microempresas e empresas de pequeno porte nos torneios destinados às aquisições de bens de natureza divisível, aplicável quando não incidente o inciso I do mesmo diploma legal, já acima examinado.

---

[17] Decreto federal nº 8.538/15:
Artigo 7º. "Nas licitações para contratação de serviços e obras, os órgãos e as entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais, determinando: (...)
II - que as microempresas e as empresas de pequeno porte a serem subcontratadas sejam indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;
III - que, no momento da habilitação e ao longo da vigência contratual, seja apresentada a documentação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º; (...)
§ 3º O disposto no inciso II do caput deverá ser comprovado no momento da aceitação, na hipótese de a modalidade de licitação ser pregão, ou no momento da habilitação, nas demais modalidades, sob pena de desclassificação"

[18] Artigo 4º. "A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação.
§ 1º Na hipótese de haver alguma restrição relativa à regularidade fiscal quando da comprovação de que trata o caput, será assegurado prazo de cinco dias úteis, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, a realização do pagamento ou parcelamento do débito e a emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa".

[19] Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Vide Lei nº 14.133, de 2021)
Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

[20] Artigo 48 da Lei Complementar nº 123/06. "Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (...)
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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)".

Por força da atual dicção dessa norma (o vocábulo "serviços", presente na redação original do dispositivo, deixou de constar na que lhe conferiu a LC nº 147/14), não há incidência da cota nas licitações de serviços[21].

Em face de licitação diferenciada para as compras de bens divisíveis, cumpre esclarecer o procedimento a ser adotado para a definição das respectivas cotas.

Considerando que a lei pressupõe a divisibilidade do objeto, entendo, assim como a Secretaria-Diretoria Geral, que a apuração da cota deva ser realizada em cada item licitado, ainda quando segregada a licitação em lotes de mesma natureza.

Na hipótese de licitação por itens autônomos, a definição ocorre sem problemas, mediante reserva de 25% de cada um deles.

Do mesmo modo, na hipótese de licitação por lotes (cujos componentes guardem identidade de natureza), a cota será apurada em cada item que os compõem, do que resulta um lote de 25% da totalidade dos itens para microempresas e empresas de pequeno porte e um lote de 75% para disputa do mercado em geral, método que assegura a isonomia nas disputas.

Assim, a organização do certame, a despeito de ser uma questão afeta à regulamentação da matéria, pode ser realizada mediante a divisão de cada item ou lote licitado em duas partes, uma contendo 25% e outra 75% do total que se pretende adquirir, observada a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte na menor parcela.

No caso de licitação para registro de preços, considerando que o tratamento diferenciado tem por finalidade, dentre outras, fortalecer as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, a mesma prioridade lhes é assegurada.

Assim, as aquisições iniciam-se pelas microempresas e empresas de pequeno porte, desde que a diferença do preço registrado, em cada item de contratação, inexistindo legislação local mais favorável, não supere o limite

[21] Nesse sentido, julgamentos do Tribunal Pleno prolatados nos processos TC-000499.989.18, TC-000559.989.18, sessão de 11-04-18, minha relatoria. Trânsito em julgado em 14-05-18.

de 5% (cinco por cento) do melhor preço válido na modalidade pregão, ou 10% (dez por cento) nas demais modalidades, por aplicação do disposto no artigo 5º, § 2º[22], do Decreto nº 8.538/15 c.c. artigo 48, § 3º[23], da LC nº 123/06. Fora dessas hipóteses, deverá ser resguardado o princípio da economicidade, iniciando-se as aquisições pelo menor preço.

3.6 Por último, cumpre enfrentar os questionamentos sobre a conceituação de "fornecedor competitivo" e sobre a ausência de vantagem ou de prejuízo na aplicação do tratamento diferenciado, a que aludem os incisos II e III do artigo 49 da LC nº 123/06.

O segundo tópico já foi abordado no item 3.3 deste voto, cujo conteúdo ora reitero.

E "fornecedor competitivo" é a microempresa ou a empresa de pequeno porte capaz de cumprir o objeto licitado, atendidas as exigências dispostas no instrumento convocatório, o que deverá ser aferido em cada caso, diante da efetiva participação dessas empresas no certame.

Não existe disposição legal que estabeleça critérios gerais para a habilitação de microempresas e empresas de pequeno porte, o que não impede a Administração local de instituir cadastro próprio destinado a conjugar informações sobre a existência de tais empresas em sua região, como indica o artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 8.538/15[24].

3.7 Exposto meu entendimento acerca dos aspectos questionados pelas interessadas, cabe ressaltar o caráter vinculante da deliberação que vier ser proferida em Plenário, **com extensão de seus efeitos para todos os órgãos jurisdicionados a esta Corte de Contas,** nos termos do artigo 227 do

[22] Art. 5º, § 2º, do Decreto nº 8.538/15: "Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (...)
§ 2º Na modalidade de pregão, entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até cinco por cento superiores ao menor preço."

[23] Artigo 48, § 3º da Lei Complementar nº 123/06: "Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

[24] Artigo 2º do Decreto Federal nº 8.538/15. "Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou as entidades contratantes deverão, sempre que possível:
I - instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, juntamente com suas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e as subcontratações".

Regime Interno TCESP[25] c.c. artigo 30, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 4.657/42[26], mas que só produzirá efeitos na apreciação dos atos que sejam praticados a partir do trânsito em julgado desta decisão, diante dos artigos 23 e 24 do Decreto-Lei nº 4.657/42[27].

3.8 Diante do exposto, proponho para as questões apresentadas as seguintes respostas:

Pergunta nº 1: A partir da edição da Lei Complementar nº 147/14, a modalidade convite destina-se exclusivamente para microempresa e empresa de pequeno porte?

Resposta: Não. A exclusividade da licitação é definida pelo valor indicado em lei (até R$ 80.000,00 para cada item de contratação, nos exatos termos do artigo 48, I, da LC nº 123/06, com a redação dada pela LC nº 147/14), não pela modalidade licitatória, ressaltando-se, em abono de tal assertiva, que o "convite" sequer foi mantido pela nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21).

Pergunta nº 02: Se exclusiva a modalidade convite, para a aplicação do artigo 49, inciso II, da Lei Complementar 123/06, referente ao afastamento das licitações diferenciadas pela ausência de microempresa ou empresa de pequeno porte, qual deve ser o procedimento seguido para a procura dessas empresas e através de qual veículo de divulgação? Seguido o procedimento e sem se localizar micro ou pequena empresa a licitação na modalidade convite poderá ter prosseguimento?

---

[25] Artigo 227 do Regimento Interno TCESP. "Os pareceres emitidos em virtude de consulta terão força obrigatória, importando em prejulgamento do Tribunal.
Parágrafo único. Salvo deliberação em contrário emitida pelo Tribunal Pleno, o prejulgado emanado em relação ao consulente não importará na fixação de orientação normativa para a Administração em geral".

[26] Artigo 30 do Decreto-Lei nº 4.657/42. "As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.
Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão".

[27] Artigo 23 do Decreto-Lei nº 4.657/42. "A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais".
Artigo 24 do Decreto-Lei nº 4.657/42. "A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.
Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público".

Resposta: Prejudicado. A modalidade licitatória não define a exclusividade para a participação da microempresa e da empesa de pequeno porte (vide Resposta da Pergunta nº 1).

Pergunta nº 03: O afastamento da licitação diferenciada quando não for vantajosa para a Administração Pública ou representar prejuízo, nos termos do artigo 49, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06, estaria dentro do poder discricionário do ente público, existindo requisito ou procedimento específicos para essa providência?

Resposta: Sim. Extrai-se do artigo 49, III, da LC nº 123/06 uma hipótese de discricionariedade, que prestigia o interesse público e a melhor atuação administrativa, a ser devidamente comprovada em cada licitação, de modo a autorizar a superação do regime jurídico diferenciado.

Pergunta nº 04: Caso a modalidade convite não seja exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte:

4.1) A participação dessas empresas é obrigatória?

4.2) Como deve ser realizada a convocação?

4.3) Se não forem localizadas, a licitação na modalidade convite poderá ter continuidade?

Respostas:

4.1) Não. A participação de microempresa e empresa de pequeno porte é obrigatória nas hipóteses indicadas em lei, devendo ser estimulada sempre que possível.

4.2) A convocação deve observar a modalidade licitatória utilizada, sem prejuízo de medidas que busquem ampliar a competição.

4.3) Sim. A lei oferece solução para essa hipótese.

Pergunta nº 5: Diante da possibilidade de exigência de subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte, estabelecida pelo artigo 48, II, da LC nº 123/06, a subcontratada deverá obedecer a algum critério de habilitação atendido pela contratada?

Resposta: Sim. A lei exige a avaliação das condições da empresa para assumir a parcela que lhe for repassada, sendo imprescindível a aferição da regularidade fiscal e trabalhista, a habilitação jurídica, as qualificações técnicas e econômicas para a execução do objeto subcontratado e a declaração de cumprimento do artigo 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

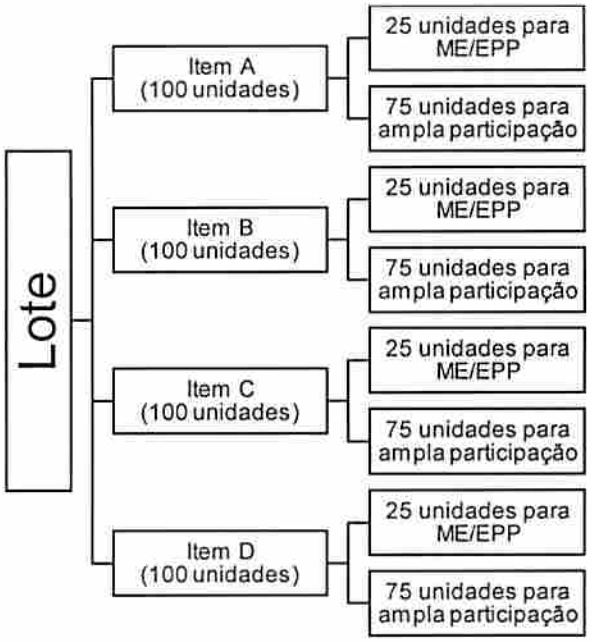
Pergunta nº 06: Em certames para a aquisição de objetos divisíveis, como efetuar a reserva de 25% do objeto para microempresas e empresas de pequeno porte, determinada pelo artigo 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06? Aqui, a Prefeitura Municipal de Fernandópolis, observa três alternativas:

6.1) reserva de 25% do valor total orçado da licitação, separando itens que somados atinjam a percentagem legal;

6.2) divisão de cada item licitado em duas partes, uma contendo 25% e outra 75% do total que se pretende adquirir, observada a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte na menor parcela;

6.3) licitação da totalidade de cada item, deixando para as microempresas e empresas de pequeno porte interessadas a apresentação de propostas para apenas 25% do total do item, enquanto a parcela remanescente deve permanecer disponível para as demais interessadas.

Resposta: A cota de até 25% prevista pelo artigo 48, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06 deve ser apurada em cada item licitado, mesmo quando o certame se realize em lotes. Assim, o certame pode ser organizado mediante divisão de cada item ou lote licitado em duas partes, uma contendo 25% e outra 75% do total que se pretende adquirir, observada a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte na menor parcela, conforme exemplificado abaixo:



Todavia, como essa resposta sinaliza mudança de entendimento jurisprudencial, somente produzirá efeitos na apreciação de atos sujeitos ao controle deste Tribunal praticados a partir do trânsito em julgado desta decisão.

Pergunta nº 07: Firmada ata de registro de preços após licitação com o benefício da cota de 25%, composta por preços diversos para um mesmo item, se o custo ofertado pela microempresa ou empresa de pequeno porte for mais elevado, pode a Administração adquirir o item mais barato e somente após o término da quantidade registrada pelo menor preço passar para o valor mais caro ofertado pela beneficiária do regime jurídico diferenciado?

Resposta: Não. As aquisições se iniciarão com as microempresas e empresas de pequeno porte, desde que a diferença do preço registrado, em cada item de contração, inexistindo legislação local mais favorável sobre a matéria, não supere o limite de 5% (cinco por cento) do melhor preço válido na modalidade pregão, ou 10% (dez por cento) nas demais modalidades, por aplicação do disposto no artigo 5º, § 2º[28], do

[28] Art. 5º, § 2º, do Decreto nº 8.538/15: "Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. (...)
§ 2º Na modalidade de pregão, entende-se haver empate quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até cinco por cento superiores ao menor preço."

Decreto nº 8.538/15 c.c. artigo 48, § 3º[29], da LC nº 123/06. Fora dessas hipóteses, deverá ser resguardado o princípio da economicidade, iniciando-se as aquisições pelo menor preço.

Pergunta nº 08: Em relação ao artigo 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06, como saber se o fornecedor é competitivo ou não? É necessária prévia habilitação para se averiguar as condições de cumprimento do contrato pelas empresas?

Resposta: Fornecedor competitivo é a microempresa ou a empresa de pequeno porte capaz de cumprir o objeto licitado, atendidas as exigências do instrumento convocatório. Inexiste dispositivo legal que estabeleça critérios gerais para a prévia habilitação dessas empresas, devendo a averiguação ser feita em cada certame, o que não impede a Administração local de instituir cadastro próprio destinado a conjugar informações relacionadas à existência das mesmas na região, como indica o artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 8.538/15.

Pergunta nº 09: Sobre o artigo 49, inciso III, da Lei Complementar nº 123/06, como atestar que o tratamento diferenciado e simplificado à microempresa e à empresa de pequeno porte não é vantajoso para a Administração Pública ou representa prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado? Deve ser feita uma justificativa para cada procedimento licitatório ou pode ser elaborado um ato administrativo geral, a exemplo de um decreto? O que deve ser considerado para atestar tal desvantagem?

Resposta: A forma da justificativa, se específica ou geral, não é relevante. A Administração deve demonstrar a higidez dos motivos para excluir a participação de microempresas e empresas de pequeno porte do certame, uma vez que o sentido da lei é o oposto, ou seja, o de incentivar essa participação.

[29] Artigo 48, § 3º da Lei Complementar nº 123/06: "Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Pergunta nº 10: As licitações públicas realizadas por itens de valores individuais inferiores a R$ 80.000,00, porém com valor global, representado pelo somatório dos itens, superior a tal valor, devem ser exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte?

Resposta: O artigo 48, I, da LC nº 123/06 impõe a exclusividade de participação das microempresas e das empresas de pequeno porte nos certames compostos por itens de contratação iguais ou inferiores a R$ 80.000,00. O sentido da expressão "itens de contratação", por sua vez, é esclarecido na redação do artigo 6º do Decreto nº 8.538/15 (aplicável na ausência de legislação local específica e mais favorável sobre a matéria), que a direcionou para os "itens" ou "lotes" autônomos sujeitos à licitação, destacando-se para exclusividade aqueles cujos valores sejam de até R$ 80.000,00.

Todavia, tal como na Pergunta nº 6, essa resposta sinaliza mudança de entendimento jurisprudencial e somente produzirá efeitos na apreciação dos atos sujeitos ao controle deste Tribunal praticados a partir do trânsito em julgado desta decisão.

Pergunta nº 11: Nas licitações públicas destinadas à contratação de serviços com valores superiores a R$ 80.000,00 deve ser reservada cota de 25% para microempresa e empresa de pequeno porte?

Resposta: Não. O artigo 48, III, da LC nº 123/06[30], não se aplica às licitações de serviços, mas somente às de compras, quando o objeto licitado possuir natureza divisível.

Pergunta nº 12: Nas licitações realizadas exclusivamente para microempresa e empresa de pequeno porte, é necessária a participação mínima de três empresas?

Resposta: Sim. Trata-se de requisito para o válido manejo desse peculiar certame licitatório, conforme expressamente previsto no inciso II do artigo 49 da LC nº 123/06.

[30] O vocábulo serviços, presente na redação original da norma, foi excluído pela redação que lhe deu a Lei Complementar nº 147/14.

Por fim, proponho seja dada ciência desta decisão, por ofício, aos representantes legais do Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Itaquaquecetuba, da Prefeitura Municipal de Fernandópolis e da Prefeitura Municipal de Aparecida, remetendo-lhes cópia deste voto, bem como ao SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio a Micro e Pequenas Empresas; à Secretaria da Micro e Pequena Empresa, criada pela Lei nº 12.792/2013; e à Subsecretária de Empreendedorismo e da Micro e Pequena Empresa, da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Inovação, além de ampla divulgação no site desta Corte, mediante inserção em noticiário, comunicado e boletim de jurisprudência, dentre outros mecanismos disponíveis para tanto.

Sala das Sessões, 21 de julho de 2021.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO

CONSELHEIRO