



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 114494/20
ASSUNTO: CONSULTA
ENTIDADE: MUNICÍPIO DE LONDRINA
INTERESSADO: MARCELO BELINATI MARTINS
RELATOR: CONSELHEIRO ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO

ACÓRDÃO Nº 477/21 - Tribunal Pleno

Consulta. Microempresa e empresa de pequeno porte. Cota de até 25%. Art. 48 da Lei n.º 123/06. Prejulgado n.º 27-TCE/PR. Favorecimento. Percentual inferior motivado nas causas do art. 49 do citado diploma legal.

I – RELATÓRIO

Trata-se de Consulta apresentada por **MARCELO BELINATI MARTINS**, Prefeito do **MUNICÍPIO DE LONDRINA**, que formula os seguintes questionamentos:

- 1. Considerando o texto do artigo 48, inciso III da Lei Complementar nº 123/06 que estabelece a obrigatoriedade de reserva de cota de ATÉ 25% e na redação do Prejulgado 27 e do Acórdão nº 2122/2019 consta a obrigatoriedade de reserva de cota DE 25%, existe impedimento para a Administração Pública adotar a reserva de cota de até 25%, analisando individualmente o objeto de cada contratação, de forma a buscar um melhor percentual de aplicação de acordo com a realidade de mercado?*
- 2. Houve algum entendimento divergente quanto ao disposto na Lei Complementar nº 123/06 por parte dessa Corte de Contas para que se mantenha o estabelecimento da cota fixa de 25% para disputa apenas entre as pequenas e microempresas, conforme apresenta a redação do referido Prejulgado e Acórdão?*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

A assessoria jurídica da Entidade emitiu o Parecer Jurídico n.º 82/20 (peça n.º 04), “no sentido da discricionariedade do estabelecimento de cotas inferiores a 25% do objeto nos termos do que preconizado no inciso III do artigo 48 da LC 123/06”.

Admitida a consulta (peças n.º 07), a **Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca** informa a inexistência de decisões com força normativa sobre o tema.

A **Coordenadoria de Gestão Municipal**, mediante a Instrução n.º 3451/20 (peça n.º 11), responde as indagações do Consulente:

“(...) pela possibilidade de fixação de cota exclusiva à microempresas e empresas de pequeno porte em percentual menor que 25% (vinte e cinco por cento), com fundamento no art. 49 da Lei Complementar n.º 123/06, desde que devidamente justificado nos autos do procedimento licitatório”.

Para tanto, destaca que:

a) Ainda que o art. 48 da Lei Complementar n.º 123/06 estabeleça que a cota seja de até 25% (vinte e cinco por cento), a utilização de percentual menor roga por justificativa amparada nas causas previstas no art. 49 do mesmo diploma legal, considerando o objetivo da norma de favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 47 da norma em questão;

b) Referida fundamentação não deve se revelar como simples indicação do enquadramento da situação do certame com a uma das exceções legais, sendo necessária a efetiva demonstração das razões que amparam a utilização de percentual inferior a 25% (vinte e cinco por cento).

Por sua vez, o **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**, por meio do Parecer n.º 214/20 (peça n.º 12), manifesta-se no mesmo sentido da Unidade Técnica.

É o relatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

II – VOTO

Em análise aos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 311 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, verifica-se que: (a) a autoridade consulente é legitimada para formular consultas; (b) há quesitos objetivos, indicando precisamente as dúvidas; (c) a observância do diploma regulamentar se insere na competência fiscalizatória do Tribunal de Contas; (d) o parecer jurídico local aborda conclusivamente o tema; e (e) não há vinculação à caso concreto.

Limitam-se as indagações do Consulente à interpretação do art. 48 da Lei Complementar n.º 123/06 e do Prejulgado n.º 27 desta Corte de Contas, no que diz respeito a possibilidade, ou não, da reserva de conta em percentual inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto dos certames à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Esclarece o Consulente que a referida dúvida reside no fato da letra da lei prever o termo “**até** 25% (vinte e cinco por cento)”, enquanto a redação do citado prejulgado cita que a reserva é “**de** 25% (vinte e cinco por cento)”:

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

(...)

*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.*

(...)” (destacamos)

“i) É possível, mediante expressa previsão em lei local ou no instrumento convocatório, realizar licitações exclusiva à microempresas e empresas de pequeno porte, sediadas em determinado local ou região, em virtude da peculiaridade do objeto a ser licitado ou para implementação dos objetivos propostos no art. 47, Lei Complementar n.º 123/2006, desde que, devidamente justificado;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

ii) Na ausência de legislação suplementar local que discipline o conteúdo do art. 48, § 3º da LC nº 123/2006, deve ser aplicado o limite de preferência definido pela Legislação Federal às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas local ou regionalmente, desde que dentro do preço máximo previsto no edital;

*iii) Conforme o disposto no art. 48, inciso I da Lei Complementar n.º 123/2006, é obrigatória a realização de licitação exclusiva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte sempre que os itens ou lotes submetidos à competição tenham valor adstrito ao limite legal de R\$ 80.000,00(oitenta mil reais). Para bens de natureza divisível, cujo valor ultrapasse o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a Administração deve reservar **uma cota de 25% (vinte e cinco por cento)** para disputa apenas entre as pequenas e microempresas. Com relação aos serviços de duração continuada, o teto deve ser considerado para o calendário financeiro anual;*

iv) A aplicação dos instrumentos de fomento dos incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar n.º 123/2006 é obrigatória à Administração Pública, somente podendo ser afastada nas hipóteses retratadas no art. 49 do mesmo diploma legislativo, exigindo-se, em qualquer caso, motivação específica e contextualizada quanto à sua incidência.” (destacamos)

Tal como bem ponderado pela **Unidade Técnica** e também já tratado no Prejulgado n.º 27 desta Corte de Contas, a intenção do legislado ao formular a Lei Complementar n.º 123/06 circunda o favorecimento das microempresas e empresas de pequeno porte, com tratamento diferenciado e simplificado, como forma de incentivo, atendendo à ordem econômica nacional, tal como mencionado nos arts. 146, III, “d”,¹ e 170, IX,² da Constituição Federal, mediante a redação do seu art. 47:

¹ “Art. 146. Cabe à lei complementa:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

(...)”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

“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.

(...)”

Sobre o tema, são as autorizadas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Já os benefícios do art. 48 são vinculados à realização das finalidades previstas no art. 47. Ou seja, trata-se de beneficiar as pequenas empresas, mas não é apenas isso. O benefício às pequenas empresas não é o fim último buscado pela legislação. É o meio para a realização de outros fins, muito mais complexos e amplos. O que se busca é, por meio da preferência assegurada às ME e EPP, promover a inovação tecnológica, o desenvolvimento econômico e social e as outras finalidades referidas no art. 47.”³

Assim, o art. 48 da dessa lei infraconstitucional⁴ deve ser interpretado visando atender a equilíbrio entre a busca da proposta mais

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

(...)

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

(...)”

³ JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2007, p. 109/110.

⁴ “Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º (revogado).

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

vantajosa à Administração e o desenvolvimento nacional sustentável a que faz menção o art. 3º, *caput*, da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Dentro deste contexto, pode a Administração adotar a reserva de cota de **até 25%** (vinte e cinco por cento), portanto, inferior ao referido percentual, porém, **desde que analiticamente fundamentada nas situações do art. 49 da mencionada Lei**, sob pena de se esvaziar o fomento que ambiciona o espírito da norma:

“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (revogado)

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.”

§ 3º Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Neste mesmo sentido, destacou a **Unidade Técnica** e corroborou o **Ministério Público junto ao Tribunal de Contas**:

“(...) é fundamental que a Administração demonstre, objetivamente, nos autos do procedimento licitatório, as razões que fundamentaram a fixação da cota exclusiva em percentual menor que 25% (vinte e cinco por cento), não bastando a simples indicação de que a situação se enquadra em uma das exceções à aplicação da reserva.

Desse modo, é possível a fixação de cota exclusiva à microempresas e empresas de pequeno porte em percentual menor que 25% (vinte e cinco por cento), com fundamento no art. 49 da Lei Complementar nº 123/06, desde que devidamente justificado nos autos do procedimento licitatório.”⁵

“(...) a possibilidade de ser arbitrado percentual de cota exclusiva menor que 25% deve estar embasada em um dos incisos do art. 49 da referida Lei Complementar, sendo que a Administração deve demonstrar, objetivamente, nos autos do procedimento licitatório, as razões que fundamentaram a fixação da cota exclusiva em percentual menor que 25%.”⁶

Logo, responde-se o questionamento do Consulente nos seguintes termos:

1. Considerando o texto do artigo 48, inciso III da Lei Complementar nº 123/06 que estabelece a obrigatoriedade de reserva de cota de ATÉ 25% e na redação do Prejulgado 27 e do Acórdão nº 2122/2019 consta a obrigatoriedade de reserva de cota DE 25%, existe impedimento para a Administração Pública adotar a reserva de cota de até 25%, analisando individualmente o objeto de cada contratação, de forma a buscar um melhor percentual de aplicação de acordo com a realidade de mercado?

Sim, pode a Administração adotar a reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento), porém, desde que analiticamente fundamentada nas situações do art. 49 da Lei Complementar n.º 123/06, sob pena de se esvaziar o fomento que ambiciona o espírito da mencionada norma.

⁵ Peça n.º 11, fls. 04 e 05.

⁶ Peça n.º 214/20



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

2. Houve algum entendimento divergente quanto ao disposto na Lei Complementar nº 123/06 por parte dessa Corte de Contas para que se mantenha o estabelecimento da cota fixa de 25% para disputa apenas entre as pequenas e microempresas, conforme apresenta a redação do referido Prejulgado e Acórdão?

Diante da resposta do item 1, resta prejudicado este questionamento.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** da presente Consulta e, no mérito, pela **RESPOSTA** dos questionamentos, no sentido de que **pode a Administração adotar a reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento), porém, desde que analiticamente fundamentada nas situações do art. 49 da Lei Complementar n.º 123/06, sob pena de se esvaziar o fomento que ambiciona o espírito da mencionada norma.**

VISTOS, relatados e discutidos,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, por unanimidade, em:

CONHECER da presente Consulta e, no mérito, pela **RESPOSTA** dos questionamentos, no sentido de que **pode a Administração adotar a reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento), porém, desde que analiticamente fundamentada nas situações do art. 49 da Lei Complementar n.º 123/06, sob pena de se esvaziar o fomento que ambiciona o espírito da mencionada norma.**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 4 de março de 2021 – Sessão Ordinária Virtual nº 3.

ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO
Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO
Presidente