

## RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 4/2021

Publicada no Diário Eletrônico do TCE-PR nº 2531, p. 75 de 4 de maio de 2021.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, pela sua Procuradora-Geral, no exercício das atribuições consignadas nos art. 127, 129, incisos II, VI e IX, e 130 da Constituição da República, nos art. 149, inciso I, e 150, inciso I da Lei Complementar Estadual nº 113/2005, Lei Orgânica do Tribunal de Contas, no art. 7º, inciso I do seu Regimento Interno, bem como no art. 18 da Instrução de Serviço nº 59/2017 deste *Parquet* de Contas;

CONSIDERANDO que o artigo 37, *caput* da Constituição Federal ordena que a administração pública, direta e indireta, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;

CONSIDERANDO que nos termos do artigo 71, IX, da Constituição Federal, aplicável em âmbito estadual, as Cortes de Contas são competentes para assinar prazo para que órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

CONSIDERANDO a Lei Complementar nº. 123/2006 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte;

CONSIDERANDO que o artigo 47 de referida Lei determinou a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, visando o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à nomeação tecnológica;

CONSIDERANDO a aplicação da Lei Complementar federal enquanto não sobrevier legislação estadual ou municipal regulamentando a matéria das compras públicas (art. 47, parágrafo único da LC 123/2006);

CONSIDERANDO que o artigo 48 da Lei Complementar nº. 123/2006 determina que a administração pública realize processos licitatórios destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte para contratação de valores de até 80.000,00, possibilitando também a exigência de licitantes da subcontratação de referidas empresas;

CONSIDERANDO que nas compras públicas ainda há a determinação de que em certames para a aquisição de bens de natureza divisível, seja estabelecida a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte;

CONSIDERANDO que de forma justificada, pode a administração pública estabelecer 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;

CONSIDERANDO que as determinações do artigo 48 da Lei Complementar nº. 123/2006 foram contempladas pelo Prejulgado nº. 27-TCE/PR, nos seguintes termos:

- 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;

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.

CONSIDERANDO que as determinações enumeradas podem ser afastadas quando não existir um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

CONSIDERANDO que o tratamento diferenciado pode ser ignorado na hipótese de 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;

CONSIDERANDO nos casos de licitação dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº. 8666/93, com exceção dos incisos I e II do artigo 24 da mesma lei, o favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte pode também ser afastado;

CONSIDERANDO que em resposta à Consulta, que possui efeito vinculante, o Tribunal de Contas do Paraná, por meio do Acórdão nº. 877/2016 – Pleno (Protocolo nº. 88672/15), externou a sua interpretação quanto à aplicação das determinações legais elencadas;

CONSIDERANDO que referida decisão a despeito de pontuar que a aferição do número mínimo de participantes é discricionária da administração pública, recomenda a busca de dados interno do próprio município, com ênfase ao registro cadastral e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou semelhante; o levantamento de informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, de dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, ou questionamento a outras microempresas ou empresas de pequeno porte;

CONSIDERANDO que devem ser sopesados os custos e benefícios das medidas a serem adotadas, de forma a evitar danos ao erário;

CONSIDERANDO que pela interpretação da referida Consulta, não é necessária a participação de 3 (três) microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, mas sim que existam 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados nas exigências legais;

CONSIDERANDO que para a aplicação da margem de preferência, prevista no artigo 48, §3º da Lei Complementar nº. 123/2006 deve ser observada a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à nomeação tecnológica;

CONSIDERANDO, ainda, que para aplicação da margem devem ser preenchidas cumulativamente as seguintes condições: (i) o benefício esteja expressamente previsto no ato convocatório, caso em que a Administração será obrigada a contratar a microempresa ou empresa de pequeno porte local ou regional que oferecer o melhor preço, se dentro da margem de preferência e se o valor ofertado espelhar a realidade do mercado; (ii) a microempresa ou empresa de pequeno porte tenha efetivamente participado do certame e oferte durante o procedimento licitatório preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência; (iii) trate-se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado); e (iv) o preço enquadrado dentro da margem de preferência seja compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte.

CONSIDERANDO informações noticiadas a este Ministério Público de Contas acerca da aplicação das determinações até aqui expostas pelo Município de União da Vitória, em especial no Pregão Eletrônico nº. 88/2020 que teve por objeto o “registro de Preços para futura e eventual aquisição, de forma parcela, de pedra brita nº. 1, pedra brita nº. 2, rachão, pó de brita, pedrisco, bica corrida e pedra graduada”;

CONSIDERANDO que em referido edital o Município assim justificou a não aplicação do artigo 48, inciso III da Lei Complementar nº. 123/2006, no item 2.7: *“optou-se pela não destinação de cotas para microempresas e empresas de pequeno porte com fulcro no art. 49, inciso II, tal medida se justifica devido ao fato de, realizada pesquisa de mercado para abertura do referido certame, foi verificado que não houve fornecedores enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, bem como após levantamento dos participantes de certames de anos anteriores nesta municipalidade, constatou-se a participação de apenas uma empresa enquadrada no referido benefício, o que comprometeu a competitividade do certame nos itens exclusivos, havendo grande diferença de valores finais”*;

CONSIDERANDO que o procedimento licitatório, integralmente disponibilizado no Portal de Transparência do Município de União da Vitória, revela que os dados que fundamentaram no item 2.7 só foram esmiuçados após a interposição a impugnação do edital por empresa licitante interessada;

RECOMENDA ao Município de União da Vitória, representado pelo Sr. Bachir Abbas, à Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sra. Maria Celeste de Assunção Mance (Decreto Municipal nº. 53/2021), e ao Controlador Interno, Sr. Luiz Renato Carvalho Pinto, para que, considerem:

- i) Manter a observância integral à Lei Complementar nº. 123/2006 e as determinações do Acórdão nº. 877/2016-Pleno – TCE/PR no que tange ao tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte quando da realização de contratações públicas;
- ii) Atender quando da aferição as recomendações de busca de dados interno do próprio município, com ênfase ao registro cadastral e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou semelhante; o

levantamento de informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, de dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, ou questionamento a outras microempresas ou empresas de pequeno porte;

- iii) Incluir em futuros editais de licitação, no corpo do texto ou em anexo, quando da não aplicação do artigo 48, inciso III da Lei Complementar nº. 123/2006, os dados pormenorizados que fundamentam o afastamento da determinação legal.

Publique-se.

Curitiba, 29 de abril de 2021.

**VALERIA BORBA**

**Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas**