

PROTOCOLO Nº: 323786/19
ORIGEM: MUNICÍPIO DE FAZENDA RIO GRANDE
INTERESSADO: MÁRCIO CLAUDIO WOZNIACK, NASSIB KASSEM HAMMAD
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 15/22

Ementa: Consulta. Licitações e Contratos. Tratamento diferenciado e favorecido outorgados às Micro e Pequenas Empresas. LC nº 123/2006. Conhecimento parcial. Corroboração parcial do opinativo técnico.

Trata-se de consulta formulada pelo Prefeito Municipal do Município de Fazenda Rio Grande, mediante a qual apresenta questionamentos a esta Corte sobre a dispensa de tratamento diferenciado às Micro e Pequenas Empresas em procedimentos licitatórios e execuções contratuais.

A peça exordial é acompanhada de parecer jurídico em que se opina nos termos seguintes (peça nº 4):

- a) Qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná com relação a documentação necessária exigida para comprovação de enquadramento de licitantes como MEI, ME e EPP, visando concessão do tratamento diferenciado em licitações? Há legalidade na exigência de “Declaração” que ateste a condição de ME, EPP e MEI assinada conjuntamente pelo administrador da pessoa jurídica e o contador responsável?

O órgão jurídico municipal ponderou que o requisito deve ser cumprido por meio de autodeclaração emitida pelos favorecidos em que se ateste a condição de ME ou EPP, devendo ser assinado pelo administrador e pelo contador responsável, dispensado este caso se trate de MEI.

- b) No que diz respeito às políticas públicas que implementem o tratamento diferenciado às ME, EPP e MEI, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná entende que há legalidade na execução de certames licitatórios com participação exclusiva de ME, EPP e MEI locais e/ou regionais embasados nestas políticas públicas?

Com fulcro em dispositivos da Constituição da República e da Lei Complementar nº 123/2006 e na competência suplementar municipal, defendeu-se a possibilidade de edição de regulamento local que ampliem os benefícios já concedidos pela Lei Complementar supra, inclusive estabelecendo hipóteses de participação exclusiva das ME e EPP locais e regionais.

Além disso, a norma poderia dar conteúdo à expressão “sediadas local e regionalmente”, presentes no art. 48, § 3º e art. 49, II, da LC nº 123/2006¹. Baseando-se no Acórdão nº 877/2016 – STP, em decisões de outras Cortes de Contas e em Orientação Normativa da AGU, sustentou-se que a definição do termo “regional” deve ser realizada conforme as situações peculiares da entidade licitante. Dessarte, os entes municipais poderiam estabelecer a abrangência regional por meio de leis, regulamentos ou, até mesmo, no próprio instrumento convocatório.

- c) **Especificamente acerca dos Microempreendedores Individuais (MEI's), qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná quanto à dispensa ou não exigência de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica em certames licitatórios? Qual deve ser a diferenciação na documentação exigida dos MEI's em certames licitatórios? Em sendo legítima a dispensa de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, por meio de qual documento a Administração Pública poderia assegurar-se quando a capacidade do potencial licitante em atender o objeto licitatório?**

Inicialmente, o procurador equiparou os MEI aos empresários individuais, os quais se apresentam como pessoas físicas perante a Administração Pública e, portanto, aqueles devem cumprir as exigências documentais como estas cumpririam. Em seguida, pugnou-se pela apresentação do Certificado da Condição de Microempreendedor Individual (CCMEI) como documento apto a comprovar a habilitação jurídica.

No tocante à qualificação econômico-financeira, ressaltou-se que os empresários individuais e os MEI estão dispensados da obrigação de manter contabilidade formal, motivo pelo qual não seria razoável exigir a apresentação de demonstrações contábeis. Com isso, estariam dispensados dessa formalidade.

- d) **Tendo em vista a insegurança que os empresários têm com relação ao descumprimento dos prazos de pagamento por parte da Administração Pública em geral e atentando-se para o tratamento diferenciado instituído em lei, haveria a possibilidade legal de instituir preferência de pagamento para as ME, EPP e MEI que venham a fornecer bens e serviços para o Município? A adoção desta prática colocaria o gestor público em risco por descumprimento da ordem cronológica de pagamento imposta legalmente?**

O parecerista alegou que o estabelecimento de preferência a Micro e Pequenas Empresas na ordem de pagamento respeita o disposto no art. 179 da CRFB², na medida em que confere tratamento diferenciado no tocante a direitos

¹ 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.

Art. 49 - Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: (...) II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

² Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela

creditícios, suscitando outra vez a competência suplementar dos entes locais para ampliar os benefícios da LC nº 123/2006.

- e) Quanto à possibilidade de realização de subcontratação de ME, EPP e MEI prevista no artigo 48, II, da Lei Complementar Federal n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, por parte de licitantes não enquadrados, de que forma seriam realizados os pagamentos diretamente à empresa subcontratada, conforme disposição legal, considerando que atualmente o layout do SIM-AM não aceita a vinculação de pessoa jurídica ao contrato que não tenha participado desde o início da fase externa da licitação? Da mesma forma, não se verifica possível emitir Termo Aditivo de contrato onde figure pessoa jurídica não vinculada como participante da licitação, como solucionaríamos este impasse? Justifica-se a relevância do pagamento de forma direta às ME, EPP e MEI a fim de evitar ocorrência de inadimplência da empresa subcontratante para com a subcontratada, o que parece ser o objetivo da legislação que beneficia as ME, EPP e MEI.

Apontando tabelas do Layout do SIM-AM 2019, disponível no sítio eletrônico desta Corte, o procurador jurídico municipal ressaltou que, a princípio, o sistema estaria preparado para receber os dados das subcontratações e dos pagamentos diretos aos subcontratados. No entanto, o servidor ressaltou que não resta claro nos manuais a forma pela qual seriam vinculados empresas para as quais não foram adjudicados os objetos licitados aos empenhos, visto que o empenho é vinculado com a licitação e com o outro contrato.

- f) O Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná entende que o Decreto n.º 9.412/18 que alterou os valores do artigo 23 da Lei Federal n.º 8.666/1993 abrange os municípios? Em caso de negativa, qual seria o instrumento utilizado para atualização dos valores e qual a periodicidade de aplicação a ser respeitada? Em caso positivo, como delimitar os valores a serem utilizados em 2018?

O parecerista local compreendeu ser possível a atualização dos valores através de ato normativo local que adote os valores definidos no Decreto Federal nº 9.412/2018, expondo decisão do TCE-MS no mesmo sentido.

- g) Em qual fase da licitação se deve solicitar a certidão simplificada das ME, EPP e MEI?

Entendeu-se que a habilitação seria a fase adequada.

- h) Relativamente à obrigação imposta pela Lei Estadual n.º 19.581, de 04 de julho de 2018, que trata sobre a disponibilização da íntegra dos processos licitatórios pelos órgãos estaduais e municipais da administração pública direta e indireta, o que se deve considerar como

simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ Gabinete da Procuradoria-Geral

íntegra em tempo real dos processos licitatórios a serem disponibilizados nos sites dos municípios?

Pugnou-se pela disponibilização quando da finalização dos processos de licitação, de dispensa e de inexigibilidade.

- i) **Qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná em relação à legalidade no ato de priorizar as compras de produtos que serão fornecidos por ME, EPP e MEI, em detrimento das demais licitantes não enquadrados nas contratações e aquisições realizadas por Atas de Registro de Preços? O fator preço precisaria ser analisado para que fosse possível a priorização?**

Argumentou o advogado municipal que com o fito de cumprir a finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável, não se justificaria no sistema de registro de preços realizar as compras pelo menor preço, senão após o montante comprado por item somar R\$ 80.000,00 ou o valor de cota destinada às ME e EPP, nos termos do art. 48, I c/c III, LC nº 123/2006.

- j) **Em casos de contrato de monopólio como aquisições de asfaltos, emulsões e outros elementos desta espécie, devida a grande variação de custos, qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná sobre a legalidade em se estabelecer reajuste por simples apostilamento sem a emissão de aditivo contratual?**

Com base no art. 65, § 8º, da Lei nº 8.666/1993, afirmou-se que “o apostilamento é instrumento para formalização de modificações de condições contratuais que decorrem de cláusulas já previstas em contrato, o termo aditivo formaliza alterações das condições contratuais inicialmente pactuadas”. Assim, foi sustentada a possibilidade de formalizar o reajuste do preço contratual via apostilamento, dado que tanto a cláusula de reajuste como o índice a ser utilizado já estivessem no contrato. Seria necessário o termo aditivo caso, dentre outros exemplos citados, fosse alterado o índice de reajuste ou a data de pagamento.

O Parecer Jurídico ainda continha um quesito além dos propostos na peça inaugural (“Em licitações com cota reservada para ME, EPP e MEI, o valor da cota reservada pode ultrapassar o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?”). Para responder a esse questionamento, após cotejar os incisos I e III art. 48 da LC nº 123/2006³, defendeu-se que o montante de R\$ 80.000,00 deve ser aplicado separadamente a cada item/lote de uma mesma licitação, sendo possível a coexistência de itens destinados exclusivamente a ME/EPP e outros abertos a todos os interessados. Ressaltou-se a alteração legislativa no inciso I do artigo supramencionado, com a que o termo “contratações” foi substituído por “itens de contratação”.

³ 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); (...)

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.

Outrossim, ponderou-se que o valor de R\$ 80.000,00 coincide com o valor previsto para a modalidade de licitação convite, motivo pelo qual a atualização dos valores previstos na Lei nº 8.666/1993 deveria ser estendido para o valor previsto no artigo ora em análise.

Ato contínuo à distribuição do presente protocolo (peça nº 5), o Relator determinou a manifestação da Escola de Gestão Pública (peça nº 6), a qual se apresentou nos autos através de informação da Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, em que foram colacionadas algumas decisões afetas ao tema (peça nº 8).

Encaminhados os autos à instrução, a Coordenadoria-Geral de Fiscalização alertou para a existência de possível impacto em procedimentos, sistemas ou fiscalizações, solicitando o retorno dos autos se houver alterações no entendimento vigente (peça nº 11).

Manifestou-se derradeiramente a Coordenadoria de Gestão Municipal (peça nº 12). Em primeiro lugar, mostrou-se a favor da regulamentação municipal no tocante à forma de comprovação da condição de MEI, ME ou EPP, sendo possível a autodeclaração firmada exclusivamente pelo representante legal, desarrazoada a exigência de que eventual declaração de enquadramento seja firmada por contador.

A seguir, opinou pela extinção do processo quanto ao próximo quesito, dada a existência do Prejulgado nº 27 que trata especificamente do assunto abordado.

Relativamente à exigência de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, a unidade ressaltou a ausência de embasamento legal para a dispensa do documento para parcela dos licitantes, em que pese seja possível dispensar essa comprovação nos certames de menor complexidade, conforme entendimento do próprio Tribunal.

Quanto à possibilidade de pagamento preferencial às ME, EPP e MEI, aceitou-se a hipótese com fundamento na possibilidade de lei local ampliar os benefícios a elas concedidos, conforme disposto no art. 47, parágrafo único, da LC nº 123/2006. Embora se crie uma exceção à regra do art. 5º da Lei nº 8.666/1993, dar-se-ia maior efetividade ao art. 179 da CRFB/1988. Ainda foi ressaltado o art. 141, § 1º, II, da Lei nº 14.133/2021, o qual permite a almejada preferência no pagamento às ME e EPP contanto haja risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato.

Tratando da forma de pagamento no caso de subcontratação de ME, EPP e MEI por contratados não enquadrados, a unidade entendeu que, em que pese geralmente não haja relação jurídica formada entre a Administração e o subcontratado, a hipótese em tela possui previsão específica que impõe o empenho e pagamento diretamente às ME e EPP. Com relação ao SIM-AM, sugeriu-se o encaminhamento dos autos à CGF para que tomem as providências necessárias à eventual adequação de sistemas.

No que concerne à abrangência do Decreto Federal nº 9.412/2018, outra vez a unidade técnica se manifestou pela exclusão da primeira dúvida do quesito uma vez que o tema foi decidido por esta Corte conforme o Acórdão nº 1200/2019 – STP, em que se estabeleceu a aplicabilidade do mencionado decreto sem qualquer providência pelos Poderes Estaduais ou Municipais.

Acerca da disponibilização em tempo real da íntegra do processo licitatório, inferiu-se que o todo o procedimento deve ser disponibilizado, inclusive a sua fase interna, ressalvada a publicidade diferida eventualmente exigida para certos documentos.

Posteriormente, citando a possibilidade de adjudicação do mesmo objeto para pessoas distintas a diferentes preços nos casos de cotas reservadas às ME e EPP, argumentou-se que dada a ausência de previsão legal da Lei nº 8.666/1993 na hipótese específica de Ata de Registro de Preços seria possível realizar a cota reservada e priorizar a sua contratação. Necessário, para tanto, que o preço não seja superior ao da cota principal, sob pena de se violar o princípio da economicidade, e que o instrumento convocatório expresse a possibilidade.

Quanto ao último quesito, defendeu-se a possibilidade de o mero reajuste de preços previsto no contrato ser realizado através de apostilamento.

Cumprе ressaltar a opinião técnica pela extinção do processo quanto ao quesito (b), tendo em vista a existência do Prejulgado nº 27 tratando especificamente sobre o tema, e quanto ao quesito (f), concernente à abrangência do Decreto Federal nº 9.412/2018, uma vez que o tema foi decidido por esta Corte conforme o Acórdão nº 1200/2019 – STP, no qual se estabeleceu a aplicabilidade do mencionado decreto sem qualquer providência pelos Poderes Estaduais ou Municipais.

É o relatório.

Inicialmente, verifica-se que a consulta deve ser conhecida. Embora tenha havido o preenchimento dos requisitos de admissibilidade estatuidos no art. 311 do Regimento Interno desta Corte, a presente Consulta deve ser parcialmente extinta sem resolução do mérito quanto aos quesitos (b) e (f), como bem pontuado pela unidade técnica, não havendo óbice quanto ao recebimento dos demais.

Destaca-se também o fato de o parecer jurídico emanado pelo procurador municipal apresentar argumentação referente à atualização do montante de R\$ 80.000,00 previsto na LC nº 123/2006 nos mesmos parâmetros realizados pelo Decreto nº 9.412/2018, o qual não responde a qualquer quesito da peça exordial e, naturalmente, não há de ser respondido.

No que se refere ao quesito (d), é patente que todos os pagamentos devem ser feitos nos estritos termos contratuais. A própria instituição de fila preferencial de pagamento a determinados credores incrementaria a desconfiança dos empresários em face do Poder Público contratante. Afinal, a existência de classe diferenciada de credores com preferência na ordem de pagamentos somente se justificaria na inadimplência contumaz do ente público contratante.

O regime de precatórios, de maneira oposta, justifica uma ordem preferencial de pagamento na medida em que, por limitações orçamentárias, é possível que ocorra o descumprimento involuntário de parcela dos débitos. Desse modo, a ordem cronológica foi elencada pela Constituição em homenagem à isonomia e ao princípio da impessoalidade. De forma excepcionalíssima foram elencadas algumas preferências, nenhuma delas se dirigindo às Micro e Pequenas Empresas.

Harrison Leite, observando a ausência de discricionariedade quanto à ordem de pagamento das obrigações licitadas, contratadas e liquidadas, admite exceção à cronológica:

nas hipóteses em que os serviços não foram devidamente prestados, ou naquelas em que pairam dúvidas sobre a qualidade, quantidade e adequação do bem entregue ou da obra realizada, desde que tenha havido processo administrativo com as garantias a ele inerentes para averiguar eventuais irregularidades, poderá haver alteração na ordem de pagamento.⁴

O autor, na sequência, salienta a prescrição do art. 92 da Lei nº 8.666/1993 (substituído pelo art. 337-H do Código Penal⁵, incluído pela Lei nº 14.133/2021, mantendo-se a continuidade normativo-típica) e do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/1967, o qual tipifica como Crime de Responsabilidade dos prefeitos o seguinte:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...) XII - Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário; (...)

Outrossim, legislar sobre direito financeiro é competência concorrente da União, Estados e ao Distrito Federal⁶. Excede a competência suplementar dos entes locais, ainda que a pretexto de ampliar benefícios previstos a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, alterar a forma pela qual as despesas públicas são processadas, matéria indiscutivelmente afeta ao direito financeiro, sob pena de se usurpar a competência da União para legislar sobre normas gerais.

Pelos motivos acima, propomos a seguinte resposta para o quesito (d): extrapola a competência legislativa local a instituição de preferências que alterem a ordem legal de pagamento dos débitos municipais, ainda que a pretexto de ampliar os benefícios da Lei Complementar nº 123/2006.

Com relação aos demais quesitos, este *Parquet* compartilha do entendimento proferido na Instrução nº 1862/2021 da CGM.

⁴ LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 430.

⁵ Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, **ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade**: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, **financeiro**, penitenciário, econômico e urbanístico; (...) § 1º No âmbito da legislação concorrente, a **competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais**. (...)

Em face do exposto, o Ministério Público de Contas conclui pelo **conhecimento parcial** da consulta, não devendo ser conhecidos os quesitos (b) e (f) e, no mérito, pelo oferecimento da seguinte resposta para o quesito (d): **extrapola a competência legislativa local a instituição de preferências que alterem a ordem legal de pagamento dos débitos municipais, ainda que a pretexto de ampliar os benefícios da Lei Complementar nº 123/2006**; e, quanto às demandas remanescentes, pelo acolhimento das sugestões exaradas no opinativo técnico.

Curitiba, 25 de janeiro de 2022.

Assinatura Digital

VALÉRIA BORBA
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas