



Diciembre 2019 - ISSN: 1988-7833

## **PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA EM LICITAÇÕES DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SEDIADAS NO ÂMBITO LOCAL: CONFLITO DE PRINCÍPIOS**

**Fernando Henrique Rönnau<sup>1</sup>**  
fernandoronnau@hotmail.com

**Leonardo Betemps Kontz<sup>2</sup>**  
leonardobetemps@gmail.com

Para citar este artículo puede utilizar el siguiente formato:

Fernando Henrique Rönnau y Leonardo Betemps Kontz (2019): "Participação exclusiva em licitações de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no âmbito local: conflito de princípios", Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, (diciembre 2019). En línea:

<https://www.eumed.net/rev/cccss/2019/12/participacao-exclusiva-microempresas.html>

### **Resumo**

Este trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade ou não da Administração Pública lançar edital para participação exclusiva em licitações de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas no âmbito local, atitude que recentemente tem sido observada em alguns Municípios, inclusive no estado de Santa Catarina e que pode causar conflito entre o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno e os princípios que regem as licitações públicas.

Palavras-Chave: Licitação; Exclusividade; Microempresas e Empresas de Pequeno Porte; Sediadas Localmente; Conflito.

### **Abstract**

The aim of this study is to perform to whether or not the Public Administration provide a bid edictal to a exclusive participation of Micro Companies and Small Companies local business operating, attitudes that has recently been observed in a number of municipalities, including in the State of Santa Catarina and it may cause conflict between the National Statute for Small and Micro Companies and the fundamental principles governing public bidding.

Keywords: Bidding; Exclusive; Micro Companies and Small Companies; Local Business Operating;

<sup>1</sup> Graduação em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC. Acadêmico do curso de Pós-Graduação em Gestão Pública Municipal do Instituto Federal de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Professor do IFSul e Doutorando em Engenharia de Produção.

Conflict.

## **1 INTRODUÇÃO**

Nas licitações a Administração Pública deve realizar processo 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), bem como estabelecer cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para aquisição de bens de natureza divisível, conforme determinação da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e suas alterações, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno.

E no momento de análise das propostas das empresas, esta Lei Complementar possibilita, desde que 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.

Pode ser interpretada a norma no sentido de permitir a realização de licitação para participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente, ou seja, apenas competirem aquelas com sede no próprio Município que lançou o procedimento.

A partir da análise das disposições normativas, doutrinárias e jurisprudenciais busca-se verificar a possibilidade desta interpretação, qual seja, a participação exclusiva em licitações de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente para fins de instruir a Administração Pública nos editais de licitações.

Para tanto, é preciso abordar em disposições gerais o modelo licitatório brasileiro; analisar a Lei Complementar nº 123/2006 que instituiu o tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte para então verificar se existe ou não conflito entre os princípios que regem as licitações.

## **2 METODOLOGIA**

Para Gerhardt e Silveira (2009, p. 11) metodologia científica “é o estudo sistemático e lógico dos métodos empregados nas ciências, seus fundamentos, sua validade e sua relação com as teorias científicas”. Tendo objetivos predeterminados, o método científico pode ser compreendido como operações ordenadas de dados que culminam em conclusões sobre o respectivo assunto.

A principal atividade da metodologia é a pesquisa. Portanto, foi utilizada a pesquisa qualitativa. Segundo Godoy (1995, p. 62):

Os estudos denominados qualitativos têm como preocupação fundamental o estudo e a análise do mundo empírico em seu ambiente natural. Nessa abordagem valoriza-se o contato direto e prolongado do pesquisador com o ambiente e a situação que está sendo estudada. No trabalho intensivo de campo, os dados são coletados utilizando-se equipamentos como videoteipes e gravadores ou, simplesmente, fazendo-se anotações num

bloco de papel. Para esses pesquisadores um fenômeno pode ser mais bem observado e compreendido no contexto em que ocorre e do qual é parte. Aqui o pesquisador deve aprender a usar sua própria pessoa como o instrumento mais confiável de observação, seleção, análise e interpretação dos dados coletados.

Além disso, a pesquisa objetiva gerar conhecimentos para a aplicação prática, dirigidos à solução de problemas específicos.

Quanto aos objetivos, esta pesquisa pode ser classificada como exploratória. Ensina Gerhardt e Silveira (2009, p. 35) que este grupo de pesquisa “tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses”.

Assim, foi realizado o levantamento de referências teóricas, que permitiu conhecer o que já se estudou sobre o assunto para recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta, bem como foram analisados julgamentos, ainda não definitivos, do Tribunal de Contas de Santa Catarina. E nesse sentido é o que doutrina FONSECA (2002, p. 32):

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta.

Utilizou-se também a ferramenta de buscas pela internet pelo endereço eletrônico do “Google”; do “Google Acadêmico”; e do próprio Tribunal de Contas de Santa Catarina para consultar os processos e demais informações complementares para formulação da resposta ao problema.

### **3 DISCUSSÕES**

Para o desempenho de suas atividades a Administração Pública necessita adquirir, alienar ou locar bens, executar obras e prestar serviços. Todavia, diferente dos particulares, a Administração Pública tem a obrigatoriedade de licitar, ou seja, de seguir um conjunto de procedimentos formais para que estes atos sejam juridicamente válidos. Nas palavras de Mello (2009, p. 519), a licitação pode ser definida como o:

... procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 impõe esta obrigação de licitar, que abrange todos os órgãos administrativos dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, bem como as entidades integrantes das Administrações indiretas dos entes federativos, ou seja, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para definir as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos foi editada a Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Esta lei regulamenta o mencionado dispositivo constitucional e estabelece normas gerais para a contratação de bens e serviços aos órgãos integrantes da Administração Direta e Indireta, além de determinar a publicidade dos referidos atos.

Por se tratar de uma atividade administrativa, a licitação se pauta em vários princípios como da legalidade, impessoalidade e igualdade, moralidade e probidade administrativa, publicidade, sigilo das propostas, vinculação ao ato convocatório, julgamento objetivo, competitividade, eficiência, entre outros. Para o presente trabalho, é importante trazer a definição dos abaixo mencionados.

No entendimento de Carvalho Filho (2014, p. 20), a legalidade é a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Isso porque toda e qualquer atividade administrativa deve ser pautada pelas normas legais vigentes. Ou seja, o Estado deve respeitar as próprias leis que edita.

Recentemente, tem-se entendido pela ponderação na interpretação deste princípio, pois sua concepção estrita, sem qualquer juízo de valor, levaria a aplicação literal de um preceito legal. Assim, busca-se a observância da íntegra do Direito, dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos.

Com relação à isonomia na licitação Carvalho Filho (2014, p. 249) comenta que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.

Ainda sobre a igualdade, Di Pietro (2016, p. 416), argumenta que:

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Na parte final, o dispositivo deixa claro que o procedimento da licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

No que diz respeito à impessoalidade, Alexandre Mazza (2016, p. 138), ensina que:

O princípio da impessoalidade estabelece um dever de imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações (perseguições) e privilégios (favoritismo) indevidamente dispensados a particulares no exercício da função administrativa. Segundo a excelente conceituação prevista na Lei do Processo Administrativo, trata-se de uma obrigatória “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades” (art. 2º, parágrafo único, III, da Lei n. 9.784/99).

Infere-se destes princípios que além de toda a atividade administrativa ser pautada pelas normas legais vigentes, também deve assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar, sendo vedado o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Imputa-se a obrigação do agente de agir com imparcialidade na defesa do interesse público, impedindo discriminações e privilégios indevidamente.

Por outro lado, conforme critérios determinados por lei, existem formas específicas de conduzir o procedimento. Assim, para a Lei nº 8.666/93, a licitação é classificada em cinco modalidades, quais sejam: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; e leilão. A partir da Lei nº 10.520/2002 a Administração Pública passou a utilizar em larga escala a modalidade denominada Pregão, destinada a aquisição de bens e serviços comuns. Com exceção do pregão, as demais modalidades são determinadas em razão do valor estimado da contratação.

Destaque-se a previsão de casos excepcionais estabelecidos na Lei nº 8.666/93, em que a licitação é legalmente dispensada ou inexigível. Temas, porém, que não merecem aprofundamento para os fins deste trabalho.

O procedimento – licitação – é dividido, sucintamente, em duas fases.

A fase interna é o momento de preparação do objeto pretendido. Nesta etapa a demanda é colocada a termo de maneira técnica, descrevendo o objeto; é realizada a pesquisa de seus preços para calcular o valor total estimado da contratação; são juntados documentos ao processo administrativo; e elaborada a minuta do edital, que é o instrumento de convocação que estabelece as regras pelas quais a própria administração e os pretendentes estarão vinculados.

A fase externa, tem início com a publicação do edital em meio oficial; prazo para envio das propostas e documentos de habilitação; a análise da documentação e seu julgamento; fase recursal e é concluída com a adjudicação homologação do certame aos vencedores. A partir de então a Administração está apta a contratar com aquele que cumpriu satisfatoriamente todas as etapas.

Realizadas considerações bastante gerais sobre licitações é importante trazer a conhecimento a necessidade de tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, trazida pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno.

Esta Lei tem fundamento na Constituição Federal, conforme o seu art. 146, que preceitua que cabe à lei complementar a definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte:

Art. 146: Cabe à lei complementar:

...

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.

Este tratamento diferenciado, positivado pela Lei Complementar nº 123/2006 e suas

alterações, teve como objetivo atender o previsto na Carta Magna, mais especificamente o artigo 170, inciso IX e o artigo 179, com a pretensão de alavancar a atuação das pequenas empresas no mercado. Veja-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.  
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

...

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

A Lei Complementar 123/2006 previu como um dos pontos de favorecimento o acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

A definição de microempresas ou empresas de pequeno porte se dá com base na receita bruta, em cada ano-calendário, da sociedade empresária, da sociedade simples, da empresa individual de responsabilidade limitada e do empresário (do art. 966 do Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

E assim, é considerada microempresa aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).

Já a empresa de pequeno porte é aquela que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Para auferir a receita bruta, é levando em consideração o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Vale comentar que o artigo 3º, § 4º da Lei Complementar nº 123/2006, elenca aquelas pessoas jurídicas que não podem se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado, para nenhum efeito legal, como por exemplo, aquela de cujo capital participe outra pessoa jurídica ou cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo.

Pois bem, conhecidos os conceitos e princípios sobre licitação e realizados breves esclarecimentos acerca da Lei Complementar nº 123/2006 e suas alterações, passa-se à análise sobre a participação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações.

Para tanto, esta Lei Complementar trouxe os seguintes deveres à Administração Pública:

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.

Esta é a nova redação do artigo 48, dada pela Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014, que incluiu a palavra “deverá” aos incisos I e III, caracterizando a obrigatoriedade da Administração Pública em 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), bem como estabelecer cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para aquisição de bens de natureza divisível.

A lei também determinou a não aplicação das situações acima previstas nos casos de não haver 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.

De igual maneira não é aplicado o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte quando não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Outra exceção é quando 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.

Além da realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o texto normativo trouxe 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, desde que isto esteja devidamente justificado. Confira-se:

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

...

§ 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.

Todavia, a Lei Complementar não traz a definição quanto ao termo local ou regional. Por sua vez, o Tribunal de Contas de Santa Catarina, no dia 01 de novembro de 2018, publicou no seu Diário

Oficial Eletrônico, edição nº 2531, a decisão nº 513/2018, referente ao Processo nº CON 17/00695670, que assim restou definido:

2.1. Enquanto não houver norma regulamentar própria editada pelo Estado ou pelos Municípios, para os efeitos do disposto nos arts. 48, § 3º, c/c 49, inciso II, da Lei Complementar (federal) n. 123/2006, que trata das contratações públicas de Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP diferenciadas e favorecidas, entende-se por “âmbito local” os limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação. O alcance da expressão “regionalmente” deverá ser delimitado e justificado pelo próprio gestor nos autos de cada procedimento licitatório ou em norma específica, levando em conta as especificidades do objeto licitado, o princípio da razoabilidade e os três objetivos do tratamento diferenciado previstos no art. 47 da Lei nº 123/2006, podendo orientar-se pelos critérios previstos no § 2º do art. 1º do Decreto nº 8.538/2015.

Desta forma, tem-se entendido que o âmbito local é o limite geográfico do Município e cabe ao próprio gestor nos autos de cada procedimento licitatório ou em norma específica delimitar, de forma justificada, o que deve se entender por âmbito regional.

Para as compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, é aplicada a legislação federal. É o que determina o artigo 47, parágrafo único da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 47. ...

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.

Vários Municípios catarinenses já legislaram a respeito. Como por exemplo Tubarão, pela nova Lei Complementar nº 198, de 10 de setembro de 2018, que prevê expressamente a situação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações. Esta Lei Complementar revogou a anterior Lei Complementar nº 25, de 09 de dezembro de 2009 que não tinha previsões sobre a participação destas empresas em licitações.

O artigo 18 da novel Lei municipal prevê o acesso de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte ao mercado nos seguintes termos:

Art. 18 Para a ampliação da participação dos pequenos negócios nas licitações, o Município deverá:

...

IV - Privilegiar a contratação de pequenos negócios locais ou regionais nos processos licitatórios desde que a proposta apresentada seja igual ou até 10% (dez por cento) superior aquela mais bem classificada, nos termos da Lei nº 8.666/93 e Lei Complementar nº 123/2006.

A regulamentação do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado no âmbito Municipal de Tubarão foi dada pelo Decreto nº 4.208, de 21 de fevereiro 2018. Entre as suas previsões, colhe-se:

Art. 3º Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou entidades contratantes:

...

III - deverão, na definição do objeto da contratação, não utilizar especificações que restrinjam injustificadamente a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente ou na região;

Veja-se que na definição do objeto da contratação é vedado a utilização de especificações que restrinjam injustificadamente a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente ou na região.

Ainda, o artigo 4º do Decreto 4.208/2018 preceitua que, com relação aos gêneros alimentícios perecíveis e outros produtos perecíveis, serão preferencialmente adequadas à oferta de produtores locais ou regionais.

Outro exemplo é o Município de Fraiburgo, através da Lei Complementar nº 104, de 12 de novembro de 2009, que instituiu a lei municipal da microempresa, empresa de pequeno porte e do empreendedor individual e mais tarde regulamentou o tratamento diferenciado em licitações por intermédio do Decreto nº 134 de 21 de junho de 2018.

O Decreto Municipal nº 134/2018 previu a realização do processo licitatório destinado exclusivamente à participação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos seguintes termos:

Art. 7º 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).

Parágrafo único. Será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item.

Além disso, fora previsto a prioridade de contratação das empresas locais ou regionais da seguinte forma:

Art. 9º Poderá ser concedida, justificadamente, prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos:

a) aplica-se o disposto neste inciso nas situações em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço;

I - a prioridade será para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no Município de Fraiburgo/SC.

II - não ocorrendo a situação prevista no inciso anterior, a prioridade será de empresas de pequeno porte sediadas na regionalmente.

...

O decreto prevê expressamente que a prioridade será para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no Município de Fraiburgo/SC e, caso não ocorra essa situação, a prioridade será de empresas de pequeno porte sediadas na regionalmente.

Ressalte-se que estas definições precisam estar expressas também no Edital. Isso porque o edital faz lei entre as partes e define as regras de toda a fase externa do certame.

Dada a importância deste documento, o legislador lhe atribuiu um princípio denominado vinculação ao instrumento convocatório, insculpido no art. 3º combinado com o art. 41 da Lei nº 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.

...

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Em razão de fazer regra vinculativa, determinar o andamento do procedimento e ser fielmente cumprido por todos, é vedado aos agentes públicos o seguinte:

Art. 3º...

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Conforme visto, é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Sobre o caráter competitivo, impende elucidar que é um dos mais importantes princípios a serem observados, pois quanto maior o número de participantes, mais chances existem para a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração. Por isso é tão importante vedar a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam a competição.

Pois bem, como já exposto acima, com a pretensão de alavancar o desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar nº 123/2006 possibilitou

estabelecer tratamento diferenciado a estas pessoas jurídicas, como por exemplo, com o lançamento de editais destinados exclusivamente à sua participação.

Por estar expressamente previsto na Constituição Federal e não ter nenhuma ação direta de inconstitucionalidade com decisão definitiva sobre o tema, o tratamento diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é uma medida juridicamente legal.

Entretanto, observou-se uma nova corrente hermenêutica sobre o tema. Tem-se interpretado a norma no sentido da participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente, ou seja, apenas competirem aquelas com sede no próprio Município que lançou o procedimento.

Em Tubarão, por exemplo, logo no preâmbulo de um de seus editais, está consignado o seguinte: licitação com cotas e itens exclusivos para microempresa e empresa de pequeno porte **locais** e ampla concorrência.

O edital se refere ao Pregão Presencial nº 11/2018, objetivando o Registro de Preços para eventual fornecimento de gêneros alimentícios para suprir as demandas dos órgãos da Prefeitura Municipal de Tubarão, Fundações e Autarquia municipais, e órgão conveniado (Corpo de Bombeiros Militar).

Situação semelhante acontece no Pregão Presencial nº 16/2018 do mesmo Município, objetivando o Registro de Preços para eventual fornecimento de materiais de expediente e didático-pedagógicos para os órgãos da Prefeitura Municipal de Tubarão, Fundações e Autarquia municipais, bem como para os órgãos conveniados (Polícia Militar, Corpo de Bombeiros Militar e Polícia Civil).

Tais procedimentos ensejaram a representação administrativa perante o Tribunal de Contas de Santa Catarina. Os processos foram autuados sob o nº REP 18/00269258; e Processo nº REP 18/00314148. Entretanto, até a presente data, em nenhum dos dois processos existiram novas manifestações, a não ser a análise prévia que será demonstrada abaixo.

A licitação exclusiva para licitantes sediados no Município que está lançando o edital é matéria de divergência reconhecida pelo próprio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no Processo REP 18/00314148, de relatoria de Sabrina Nunes Locken, conforme publicação no Diário Oficial Eletrônico nº 2425, p. 10:

... na própria DLC, conforme já citado acima, há divergência de entendimento quanto à sistemática a ser adotada nos procedimentos licitatórios acerca da implantação da Lei Complementar 123/2006, sendo também citado, nas justificativas já apresentadas pelo Município de Tubarão, um precedente do Tribunal de Contas de Minas Gerais, cujo edital de Pregão Eletrônico 03/2015 teria limitado a participação a empresas da região metropolitana da capital mineira (fl 93), de forma que tal matéria deve ser melhor analisada no decorrer da instrução processual.

Já com relação ao Processo nº 18/00269258, no relatório preliminar publicado em 25 de maio de 2018 no Diário Oficial Eletrônico nº 2420, p. 22, o Conselheiro Relator Sr. Adircélio De Moraes Ferreira Júnior destacou o seguinte:

De acordo com a análise e proposta de encaminhamento, no sentido de que

no edital em que for concedido o tratamento diferenciado previsto nos incisos I e II do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/ 2006, e no Decreto Municipal n. 4.208/18, não se deve restringir o universo de participantes às empresas locais. O que o município pode estabelecer é a prioridade para a contratação de MEs e EPPs locais.

Consoante exposto, o Conselheiro entende que não se deve restringir o universo de participantes às empresas locais, mas apenas estabelecer a prioridade para a contratação de MEs e EPPs locais. Acertada está a análise. Se tratam de institutos diversos.

Ora, de um lado ocorre a realização de 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). De outro lado, é o estabelecimento, desde que justificado, de 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.

Não há permissão legislativa, pelo menos por enquanto, para a exclusividade de participação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente. Pelo contrário, e como já visto acima, há vedação no art. 3º, § 1º da Lei de Licitações do estabelecimento de cláusulas ou condições que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Não se olvida que a própria Lei Complementar nº 123/2006, no Parágrafo Único do art. 47 menciona que se aplica a legislação federal enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, consoante já transcrito acima. E foi isso que o Município de Tubarão e outros fizeram. Criaram uma legislação “mais favorável” às MEs e EPPs do seu âmbito local. Porém, este favorecimento interpretado pelo Município de Tubarão não parece razoável ou adequado, pois entra em conflito com muitos princípios licitatórios já explicados anteriormente.

Digno foi a pretensão do legislador prever o favorecimento das microempresas e empresas de pequeno porte ao acesso a crédito e ao mercado através da Administração Pública, inclusive para as empresas locais 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. Para isso foi previsto a **prioridade** de contratação delas sobre todas as demais empresas, inclusive MEs e EPPs regionais, por exemplo.

Se tal conduta for permitida, por exemplo, um Município limítrofe que possua todas as condições de executar o contrato, inclusive com uma proposta mais vantajosa, estaria proibido de participar da licitação e conseqüentemente ser contratado. Ceifaria-se até mesmo o pretendido desenvolvimento regional. Além de fadar os processos licitatórios a um resultado menos vantajoso para a Administração, poderia até mesmo, abrir caminho para eventuais acordos indevidos entre algum gestor mal intencionado e o particular interessado no objeto.

Não se desconhece aqui a flexibilidade dada a alguns casos específicos em que a limitação geográfica do estabelecimento a ser contratado se demonstrar indispensável à execução satisfatória do contrato, no intuito de diminuir o ônus a ser suportado com pela Administração.

Sobre o tema, preleciona Marçal Justen Filho (2012, p. 84 a 85):

Ou seja, admite-se a consagração de critério de localização geográfica do estabelecimento do licitante se tal for indispensável à execução satisfatória do contrato e se a localização geográfica envolver distinções econômicas pertinentes à avaliação da vantajosidade da proposta. ... Isso significa a necessidade de evidenciar a pertinência não apenas teórica da questão geográfica. É indispensável verificar a solução prática adotada em cada caso concreto. Somente será válido o edital que estabelecer critério de cunho geográfico compatível com o princípio da proporcionalidade. Isso significa a necessidade de evidenciar que a fixação de um critério geográfico determinado era (a) indispensável à satisfação da necessidade objeto da contratação, (b) foi realizada de modo a assegurar a mais ampla participação de potenciais interessados e (c) não infringiu outros princípios constitucionais pertinentes.

O próprio professor afirma que somente será válido o edital que estabelecer critério de cunho geográfico compatível com o princípio da proporcionalidade. Isso significa a necessidade de evidenciar que a fixação de um critério geográfico determinado era (a) indispensável à satisfação da necessidade objeto da contratação, (b) foi realizada de modo a assegurar a mais ampla participação de potenciais interessados e (c) não infringiu outros princípios constitucionais pertinentes.

Até mesmo essas situações podem ser desconstruídas por meio de impugnação, talvez, se a empresa restringida conseguir habilmente demonstrar que cumprirá satisfatoriamente as condições de execução do contrato sem o alegado ônus à Administração.

Destarte, deve ser compreendido que para o lançamento de um processo licitatório é obrigatório observar a íntegra do Direito, dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos de modo a evitar cláusulas que restrinjam ou prejudiquem a participação de interessados e a busca da contratação mais vantajosa para a Administração Pública. Não é razoável afrontar todo o instituto das Licitações Públicas construído até aqui para uma má interpretação entre os conceitos da exclusividade e prioridade de contratação sob o pretexto de desenvolvimento municipal.

#### **4 CONCLUSÃO**

Diferente dos particulares, a Administração Pública tem a obrigatoriedade de licitar, ou seja, de seguir um conjunto de procedimentos formais para que estes atos sejam juridicamente válidos.

Por se tratar de uma atividade administrativa, a licitação se pauta em vários princípios como da legalidade, impessoalidade e igualdade, moralidade e probidade administrativa, publicidade, sigilo das propostas, vinculação ao ato convocatório, julgamento objetivo, competitividade, eficiência.

É vedado, portanto, aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Isso porque o caráter competitivo é um dos mais importantes princípios a serem observados,

pois quanto maior o número de participantes, mais chances existem para a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração. Por isso é tão importante vedar a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam a competição.

Além disso, é preciso promover o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, como um dos pontos de favorecimento o acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos.

Para tanto, deve-se 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), bem como estabelecer cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para aquisição de bens de natureza divisível

Ademais, a Lei Complementar nº 123/2006 trouxe 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, desde que isto esteja devidamente justificado.

Se tratam de institutos diversos. Não há permissão legislativa, pelo menos por enquanto, para a exclusividade de participação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente.

Se tal conduta for permitida, por exemplo, um Município limítrofe que possua todas as condições de executar o contrato, inclusive com uma proposta mais vantajosa, estaria proibido de participar da licitação e conseqüentemente ser contratado. Ceifaria-se até mesmo o pretendido desenvolvimento regional. Além de fadar os processos licitatórios a um resultado menos vantajoso para a Administração, poderia até mesmo, abrir caminho para eventuais acordos indevidos entre algum gestor mal intencionado e o particular interessado no objeto.

Não é razoável afrontar todo o instituto das Licitações Públicas construído até aqui para uma má interpretação entre os conceitos da exclusividade e prioridade de contratação sob o pretexto de desenvolvimento municipal.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Legislação Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Legislação Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 104, de 12 de novembro de 2009. Institui a lei municipal da microempresa, empresa de pequeno porte e do empreendedor individual, e dá outras providências. Fraiburgo, 2009. Legislação Municipal. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/f/fraiburgo/lei-complementar/2009/11/104/lei-complementar-n-104-2009-institui-a-lei-municipal-da-microempresa-empresa-de-pequeno-porte-e-do-empreendedor-individual-e-da-outras-providencias?q=microempresa>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, 2006. Legislação Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 198, de 10 de setembro de 2018. Institui o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado aos pequenos negócios no âmbito do Município, em conformidade com as normas gerais previstas no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e suas atualizações. Tubarão, 2018. Legislação Municipal. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/sc/t/tubarao/lei-complementar/2018/20/198/lei-complementar-n-198-2018-institui-o-tratamento-diferenciado-e-favorecido-a-ser-dispensado-aos-pequenos-negocios-no-ambito-do-municipio-em-conformidade-com-as-normas-gerais-previstas-no-estatuto-nacional-da-microempresa-e-da-empresa-de-pequeno-porte-instituido-pela-lei-complementar-federal-n-123-de-14-de-dezembro-de-2006-e-suas-atualizacoes?q=microempresa>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 134 de 21 de junho de 2018. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal. Fraiburgo, 2018. Legislação Municipal. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/f/fraiburgo/decreto/2018/14/134/decreto-n-134-2018-regulamenta-o-tratamento-favorecido-diferenciado-e-simplificado-para-as-microempresas-empresas-de-pequeno-porte-agricultores-familiares-produtores-rurais-pessoa-fisica-microempreendedores-individuais-e-sociedades-cooperativas-de-consumo-nas-contratacoes-publicas-de-bens-servicos-e-obras-no-ambito-da-administracao-publica-federal?q=microempresa>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 4.208, de 21 de fevereiro de 2018. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública municipal. Tubarão, 2018. Legislação Municipal. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/sc/t/tubarao/decreto/2018/421/4208/decreto-n-4208-2018-regulamenta-o-tratamento-favorecido-diferenciado-e-simplificado-para-as-microempresas-empresas-de-pequeno-porte-agricultores-familiares-produtores-rurais-pessoa-fisica-microempreendedores-individuais-e-sociedades-cooperativas-de-consumo-nas-contratacoes-publicas-de-bens-servicos-e-obras-no-ambito-da-administracao-publica-municipal?q=microempresa+licita%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GERHARDT, Tatiana Engel et SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS. Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GODOY, Arilda Schmidt. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades**. Revista de administração de empresas. v.35, n.2, p. 57-63, 1995. Disponível em <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 03 mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.