



NOTA TÉCNICA Nº 05/2021 – PGE/CLC

Interessado: Coordenadoria de Licitações

Assunto: Consulta jurídica sobre a aplicação dos benefícios previstos no art. 48, I e III da LC nº 123/2006.

EMENTA: BENEFÍCIOS DE LICITAÇÃO EXCLUSIVA E COTA RESERVADA PARA ME, EPP OU MEI. ITENS ISOLADAMENTE CONSIDERADOS CUJO VALOR SEJAM DE ATÉ R\$80.000,00 DEVEM SER AJUDICADOS ATRAVÉS DE LICITAÇÃO EXCLUSIVA. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO AO VALOR DE R\$ 80.000,00 NA COTA RESERVADA. LIMITE MÁXIMO DE 25%. POSSIBILIDADE DE ADOTAR PERCENTUAL INFERIOR. HIPÓTESES DE DISPENSA DA APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE.

1. DO OBJETO

Trata-se de manifestação jurídica por meio de Nota Técnica acerca da **operacionalização dos benefícios legais conferidos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no âmbito das contratações públicas**, especialmente quanto à aplicação da cota reservada, prevista no art. 48, III da LC 123/06.

2. DO CABIMENTO

A Nota Técnica é modalidade de manifestação jurídica, prevista na Resolução n.º 04/2019 - CONSUP PGE-AP, que alterou o art. 9º da Resolução nº 004/2018-CONSUP PGE-AP, sem obrigatoriedade de homologação pelo Procurador-Geral do Estado, quando a emissão de parecer não for necessária, obrigatória ou recomendável, diante de consultas de baixa complexidade, que admitem pronunciamento simplificado.

Considerando-se que a consulta envolve baixa complexidade jurídica e amparada nos princípios da economia processual, celeridade e eficiência, adota-se a presente manifestação técnica para orientar a CLC/PGE.

3. DA COMPETÊNCIA

Os Procuradores do Estado têm a competência para emitir notas técnicas com base no art. 132 da Constituição Federal de 1988, no art. 153 da Constituição do Estado e na Lei Complementar nº 089/15, que atribuem à PGE as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Estado do Amapá, combinado com o disposto na Resolução n.º 04/2019 - CONSUP PGE-AP.

O analista jurídico também detém competência para emitir nota técnica, nos termos do art. 4º, XVII da Lei Estadual nº 1.296/09, que atribui-lhe a competência de prestar assistência em áreas relacionadas à aplicação de leis, decretos e regulamentos de interesse interno, examinando processos, emitindo manifestações



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

e elaborando documentos de interesse do órgão ou ente de atuação, em consonância com as leis e normas que constituem ordenamento jurídico estadual.

O art. 12 da Resolução nº 004/2019 – CONSUP/PGE-AP veda a utilização da nota técnica na fase interna dos processos e procedimentos licitatórios, salvo nos eventos próprios ao âmbito dos órgãos internos da Central de Licitações, quando o Procurador-Chefe, caso não seja o subscritor, poderá homologar as respectivas manifestações, sendo esse o caso em apreço.

4. DO MÉRITO

4.1. Do tratamento diferenciado às ME, EPP e MEI.

A Constituição Federal, em seu art. 179, IX, assumiu verdadeiro caráter protecionista e incentivador às microempresas e empresas de pequeno porte, adotando como princípio basilar da ordem econômica o tratamento diferenciado a estas empresas. Assim, a Lei Complementar nº 123/06 instituiu o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, garantindo-lhes uma série de benefícios, voltados a ampliar suas oportunidades de acesso ao mercado, especialmente no âmbito das contratações públicas, e prevendo que:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte** objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III - **deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do**



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Por sua vez, a Lei Complementar Estadual nº 108/2018, ao regulamentar a matéria no âmbito estado, estendeu os benefícios ora citados aos Microempreendedores Individuais, devendo esta inclusão ser considerada sempre que, no corpo desta manifestação, se fizer referência às ME's E EPP's.

Pela leitura do dispositivo é possível observar que os incisos I e III do transcrito art. 48 trazem duas hipóteses de obrigação impostas ao gestor público na condução de procedimentos licitatórios. São elas: **(1) a destinação exclusiva de processo licitatório às ME's e EPP's nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e (2) a destinação de cota de até 25% às ME's e EPP's em certames para aquisição de bens de natureza divisível que ultrapassem R\$80.000,00.**

4.2. Da Cota Exclusiva

O art. 48, I estabelece que deverá ser realizado procedimento licitatório exclusivo para os itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais). O texto original considerava o valor global da contratação, com a redação alterada pela LC 147/14, o dispositivo passou a prever que o valor determinante da cota reservada seria o dos itens de contratação.

A alteração legal veio permitir a aplicação da cota exclusiva tanto para os itens de forma isolada (por exemplo, um modelo de caneta), quanto o lote decorrente do agrupamento de vários itens (canetas, lápis de cor e borrachas agrupadas em um mesmo lote), bem como o valor global da licitação, quando este não ultrapassar o montante de R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

Caberá à Administração, ao agrupar os itens, verificar se tal opção administrativa estaria inviabilizando este benefício legal. Ou seja, se o agrupamento de itens que isoladamente considerados se enquadrariam no limite da licitação exclusiva daria ensejo ao esvaziamento do tratamento diferenciado garantido por lei.

Veja-se, exemplificativamente:

ITEM	QUANTIDADE	VALOR	TOTAL
1.CADEIRAS DE ESCRITÓRIO	50	R\$ 350,00	R\$ 17.500,00
2.MESAS DE ESCRITÓRIO	50	R\$ 500,00	R\$ 25.000,00
3.ARMÁRIOS DE ESCRITÓRIO	50	R\$ 950,00	R\$ 47.500,00
TOTAL			R\$90.000,00

No exemplo acima, o agrupamento de todos os itens resultaria em um lote de R\$90.000,00 (noventa mil reais), excluindo a possibilidade de aplicação da cota exclusiva, gerando a necessidade de divisão do objeto a fim de viabilizar a cota reservada de até 25%.

No entanto, o baixo valor ou mesmo a necessidade de padronização dos objetos poderiam tornar desvantajoso à Administração a realização desse



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

parcelamento, justificando a hipótese de dispensa de aplicação do benefício prevista no art. 49, III da LC 123/06. Note-se, portanto, que a opção administrativa de agrupamento dos itens deverá ser justificada, a fim de não provocar o esvaziamento do benefício legal.

Ressalte-se que o limite de R\$80.000,00 não pode ser ultrapassado quando adotado o critério de agrupamento dos lotes, mas nada obsta a adjudicação de itens distintos, com contratos distintos, que, somados, ultrapassem tal valor, conforme se extrai do julgado abaixo colacionado. Veja-se:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO TIPO MENOR PREÇO POR ITEM. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXAS DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS. **VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06.** PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Agravo de instrumento desafiado contra decisão que determinou a participação da parte agravada na licitação atinente ao Processo Administrativo nº -Edital de Licitação nº 04/2009, modalidade Pregão Eletrônico-salvo se por outro motivo deva ser excluída ou desqualificada. 2. Licitação do tipo "MENOR PREÇO POR ITEM" na qual -embora seu valor global (R\$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R\$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas -observa-se que foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais. 3. Existência de várias licitações distintas e independentes entre si, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06, o que é corroborado, para exemplificar, pelo disposto no item 20.1, segundo o qual "cada contrato firmado com a fornecedora terá vigência pelo prazo de 15 (quinze) dias, a partir da retirada da Nota de Empenho, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.666/93". 4. Inobstante na hipótese em apreço exista uma limitação à livre concorrência, prestigia-se o preceito constitucional inculcado no art. 170, IX, que assegura "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País", as quais, sem essa garantia, não teriam oportunidade de contratar com a Administração Pública. 5. Agravo de instrumento provido.(TRF-5 -AGTR: 104017 RN 0000319-40.2010.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 04/05/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico -Data: 13/05/2010 -Página: 677 -Ano: 2010).

Nesse aspecto, releva destacar que o parcelamento dos itens de licitações é recomendado pela própria Lei 8666/93, em seu art. 23, §§1º e 2º, ressalvada sua realização quando devidamente justificado nos autos. A intenção do legislador, neste caso, fora incentivar a ampliação da competitividade, permitindo que fornecedores com menor potencial de mercado também possam participar dos



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

procedimentos licitatórios. É o que se extrai, também, da Súmula 247 do TCU, ao incentivar a adjudicação por item. Veja-se:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

O mesmo raciocínio se aplica aos benefícios concedidos pela LC 123/06 às ME's e EPP's, prevendo o legislador que não seria possível a esses pequenos fornecedores competirem em igualdades de condições com empresas de âmbito nacional e internacional, tratando-se de verdadeira política afirmativa, em prol do desenvolvimento nacional e regional.

Aliás, em que pese tratar-se de mera política afirmativa, estudos recentes do Tribunal de Contas da União constataram que, no âmbito das contratações federais, a aplicação desses benefícios resultou em um impacto financeiro positivo de, aproximadamente, 9% (nove por cento) quando comparado aos contratos realizados no mesmo período, sem os benefícios, aplicando-se o critério de maior desconto entre o valor estimado e o valor efetivamente pago¹.

Consideradas tais premissas, nota-se que, para fins de atender ao intuito legislativo, **é recomendável o parcelamento do objeto sempre que os itens, isoladamente considerados, estejam enquadrados no limite de valor previsto no art. 48, I da LC 123/2006, desde que presentes os requisitos do art. 49 do mesmo diploma legal.**

No exemplo acima seria o caso, portanto, de se optar pelo não agrupamento dos itens, sendo cada um deles destinado exclusivamente aos fornecedores que se enquadrem na condição de ME, EPP ou MEI, ou, ainda, de se realizar análise quanto à possibilidade de agrupamento de apenas alguns dos itens, como as mesas e cadeiras (totalizando R\$ 42.500,00), de modo que os dois lotes formados estariam enquadrados nos limites da cota exclusiva.

Esse benefício aplica-se tanto para aquisição de bens, quanto para contratação de serviços, ressaltando-se que, conforme orientação do Tribunal de Contas da União², nas licitações de serviços continuados, o valor de R\$ 80.000,00

¹ ACÓRDÃO 892/2020 – PLENÁRIO TCU

² 9.2. Firmar entendimento de que, no caso de serviços de natureza continuada, o valor de R\$ 80.000,00, de que trata o inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, refere-se a um exercício financeiro, razão pela qual, à luz da Lei 8666/93, considerando que este tipo de contrato pode ser prorrogado por até 60 meses, o valor total da contratação pode alcançar R\$ 400.000,00 ao final desse período, desde que observado o limite por exercício financeiro (R\$ 80.000,00)- **Acórdão 1932/2016 – Plenário.**



(oitenta mil reais) deve ser apurado pelo prazo de um ano, sem considerar as possíveis prorrogações.

Superado este valor, e tratando-se de bens de natureza divisível, caberá à Administração reservar cota de até 25% do objeto para a contratação de ME's e EPP's.

4.3. Parâmetros para fixação do percentual da Cota Reservada às ME's e EPP's

A disposição do art. 48, III da LC 123/06 implica na divisão do objeto a ser licitado em duas cotas: a reservada, no percentual de até 25%, na qual competirão apenas microempresas e empresas de pequeno porte; e a principal, em que ocorrerá ampla concorrência, sem nenhuma espécie de vantagem.

Esse benefício diferencia-se daquele previsto no inciso I desde o objeto a que se destina, uma vez que só poderá ser aplicado quando tratar-se de bens de natureza divisível. Assim, na lição de Oliveira e Cerávolo³ (2018), a aplicação da cota reservada, na situação do valor do item superar o limite da licitação exclusiva, deve se dar apenas na situação de divisibilidade do bem.

A divisibilidade deve ser encarada, ainda, em relação à adequação do valor deste ao limite máximo de 25% estabelecido por lei à cota reservada, não podendo configurar em patamar superior a este, em obediência ao princípio da legalidade e da ampla competitividade.

É nesse mesmo sentido que entende a Procuradoria Geral do Município de São Paulo⁴ (2015) ao afirmar, na Informação nº 1.061/15-PGM.AJC:

Além disso, recomendável a supressão da possibilidade de superação do limite de 25% na hipótese do art. 11, II, "b", da minuta de decreto, considerando que tal limite vem estabelecido na Lei Complementar Federal e, apesar da pouca doutrina a respeito, podemos constatar uma tendência em tratar o percentual referido na lei como máximo

O Parecer Referencial nº 003/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU⁵ corrobora o entendimento:

83. Assim, também no caso de itens divisíveis, deverá ser reservada cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Observa-se que o legislador **estipulou um percentual máximo a ser aplicado nesses casos, ou seja, até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto**, mas silenciou quanto ao mínimo que deve ser utilizado pela Administração Pública e como deve ser analisada a escolha dessa porcentagem.

³ <https://jus.com.br/artigos/69850/me-epp-licitacao-exclusiva-e-cota-reservada-operacionalizacao>.

⁴ <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/parecer-procuradoria-geral-do-municipio-pgm-1061-de-20-de-agosto-de-2015>.

⁵ <https://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/20/PARECER-REFERENCIAL-n.%2000003-2020-CGLICI%20-%20Preg%C3%A3o.%20Aquisi%C3%A7%C3%A3o%20de%20medicamento%20e%20insumos%20de%20sa%C3%BAde%20para%20o%20cumprimento%20de%20decis%C3%A3o.pdf>.



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

De toda sorte, **a aplicação da cota reservada pode ocorrer de duas formas: separam-se itens específicos para serem licitados apenas entre ME's e EPP's, enquanto os outros serão licitados em ampla competitividade ou, ainda, separa-se o mesmo item em dois lotes.** A melhor solução deverá ser encontrada no caso concreto, atentando-se a circunstâncias como a padronização nas repartições, a unicidade contratual, a logística de entrega do objeto, entre outros. É o que nos ensinam Oliveira e Cerávolo (2018), ao afirmarem que:

A este respeito, o primeiro grande entrave consiste na forma de aplicação do benefício, que pode se dar por meio da divisão de cada item em duas cotas ('reservada' - de até 25% - e 'principal' - de até 75%), ou pela escolha de alguns itens que, somados, representem até 25% do valor total estimado da contratação, ou ainda pela combinação das duas regras.

Essa diferenciação pode gerar preços distintos entre os lotes da cota reservada e da cota principal, mas tal fator não impede a aplicação do benefício, haja vista que os efeitos socioeconômicos da medida superam a mera busca pelo menor preço nas contratações realizadas pela Administração Pública. Tanto que o TCU, no julgamento do Acórdão nº 1819/18 já se manifestou nesse sentido. Veja-se:

Não se verifica na referida Lei [123/06] a impossibilidade de que sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração.

A Consultoria Zênite⁶, por sua vez, explica que tal diferença nos preços é razoável e esperada, dada o baixo poder econômico das beneficiárias desse instituto. Explica, portanto, que:

- a)** considerando a possibilidade de licitantes diferentes disputarem e vencerem cada uma das cotas é possível haver preços também diferentes para a cota e principal e para a cota reservada;
- b)** o preço da cota reservada normalmente será maior do que o da cota principal, pois, do contrário, se a ME/EPP pudesse oferecer preços equivalentes aos praticados pelas médias e grandes empresas, não haveria razão para garantir disputa exclusiva entre MEs/EPPs;
- c)** tanto o preço ofertado para a cota principal quanto o preço ofertado para a cota reservada devem ser aceitáveis considerando o critério de aceitabilidade definido no edital.

Imperioso lembrar, novamente, que quando os itens da contratação, isoladamente considerados, ou o lote específico, não ultrapassarem o montante de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), o benefício aplicado será o da licitação exclusiva, salvo justificativa fundamentada nos autos.

⁶ <https://www.zenite.blog.br/em-licitacao-com-cota-para-meepp-e-aceitavel-precos-diferentes-na-cota-principal-e-reservada/>.



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Todavia, a cota reservada é benefício independente da exclusiva, **não se sujeitando à limitação do valor de R\$ 80.000,00 fixado pelo inc. I do mesmo artigo.** Assim já reconheceu o Tribunal de Contas da União no mesmo Acórdão nº 1.819/2018 – Plenário, já citado anteriormente:

“1. A aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, inciso III, da LC 123/2006) não está limitada à importância de oitenta mil reais, prevista no inciso I do mencionado artigo. Auditoria realizada pelo TCU na Secretaria de Educação do Estado do Paraná com o objetivo de verificar a gestão dos recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar, identificou, entre outras irregularidades, a “restrição indevida à competitividade, nos pregões eletrônicos 1.528/2016, 1.548/2016, 1.628/2016, 1.629/2016 e 198/2017, tendo em vista a destinação de 25% do quantitativo total de cada produto a ser adquirido para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, em desconformidade com as disposições da Lei Complementar 123/2006, em especial o inciso III do art. 49, c/c os arts. 6º, 8º e os incisos II, IV e parágrafo único do art. 10 do Decreto 8.538/2015”. Tais certames tinham por objeto o registro de preços para aquisição de diversos produtos alimentícios, nos quais, com base nos arts. 47 e 48, inciso III, da LC 123/2006, foram definidos dois lotes para cada item de produto a ser adquirido: um destinado à ampla concorrência, equivalente a 75% do total; e os outros 25% destinados à contratação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP). Da análise dos oitenta e um lotes licitados, constatou-se que trinta e nove teriam sido destinados exclusivamente a ME e EPP, perfazendo um total de R\$24.635.390,00, cujos objetos foram adjudicados por valores superiores aos obtidos nos lotes abertos à ampla concorrência, dando margem a um sobrepreço, estimado pela equipe de auditoria, de R\$ 4.083.150,00. Ao apreciar a matéria, o relator, inicialmente, teceu algumas considerações acerca do entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná, no sentido de que os incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar Federal 123/2006 deveriam ser interpretados de forma cumulativa. Após transcrever os dispositivos da LC 123/2006 concernentes ao assunto e observar que o Decreto 8.538/2015 regulamentou o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da Administração Federal, o relator destacou que, na sua visão, **“não há na legislação que regulamenta a matéria determinação expressa no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual reputo que não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa”.** (...)”

Lado outro, o dispositivo legal deixou limite discricionário à Administração quanto ao percentual a ser aplicado para a cota reservada, não sendo obrigatória a fixação de 25% por cento em todas as contratações. Dessa forma, à vista do caso concreto, deve a Central de Licitações, órgão competente no Estado, delimitar o percentual aplicável, levando em consideração o valor da contratação, a capacidade das beneficiárias executarem o encargo licitado, além de fatores como economia de escala, complexidade do objeto e ampliação da competitividade.



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Note-se que a discricionariedade é apenas em relação ao percentual aplicado à cota reservada, e não sobre a necessidade de garanti-la nos procedimentos licitatórios, conforme entendimento do TCU exarado no Acórdão nº 2.144/07-Plenário.

Exige-se, no trato com a matéria, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, principalmente quando os objetos tiverem valores muito elevados e a cota reservada puder gerar prejuízos financeiros muito altos na contratação, exigindo-se sempre justificativa nos autos quanto ao percentual adotado, em razão da força normativa dos preceitos constitucionais.

Inclusive, nesses certames de grande vulto, cabe à Administração, no momento da fixação do percentual da cota reservada, estar atenta quanto à capacidade operacional destas empresas, evitando a celebração de contratos que, posteriormente, se mostrem inexecutáveis.

Ressalte-se, contudo, que não há vedação legal à aplicação do benefício ora previsto quando, em razão dele, a empresa seja desenquadrada do *status* de ME ou EPP, cabendo a esta apenas informar a Administração para que não usufrua dos outros benefícios a que estava sujeita, como a adoção do Simples Nacional⁷.

Do mesmo modo, não poderá a Administração fixar percentuais ínfimos para a cota reservada, o que se configuraria fuga ao comando da lei e, certamente, seria objeto de investigação perante os órgãos de controle.

Por fim, quando tratar-se de compra parcelada ou sistema de registro de preços, importa salientar que o percentual previsto no edital deverá ser observado no momento da entrega do objeto, **havendo prioridade na aquisição dos itens oriundos da cota reservada**⁸.

Ademais, a participação de ME's e EPP's nas cotas reservadas não exclui sua participação na cota principal, na qual, inclusive, terá o direito de preferência previsto nos arts. 45 e 46 da LC 123/2006⁹. São, portanto, cumulativos os benefícios previstos nesta lei.

Frise-se, por fim, que o Tribunal de Contas da União¹⁰ resumiu em 06 (seis) os requisitos autorizadores da concessão de tal benefício, que serão melhor detalhados no tópico seguintes. Quais sejam:

1. Existir regulamentação específica na esfera legislativa para o ente no qual se insere o órgão ou entidade contratante;
2. Estar expressamente prevista no ato convocatório;

⁷ Acórdão 1819/2018 TCU- Plenário.

⁸ BOTESSI, Claudilene. O fortalecimento do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas compras públicas. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/20150708_-_artigo-claudine_leicomplementar147-14.pdf.

⁹ Ibid.

¹⁰ <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1> (p. 227-228).



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

3. For vantajosa para a Administração e não representar prejuízo para o conjunto do objeto a ser contratado;
4. Haver, no mínimo, três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados no local ou na região e com capacidade para cumprir as exigências estabelecidas no edital;
5. Não exceder o valor licitado a 25% do total realizado em cada exercício;
6. Não se enquadrar nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação previstos nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993.

4.3. DAS RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO DOS BENEFÍCIOS

Embora a Lei Complementar 123/06 preveja que a Administração deverá realizar licitação exclusiva às ME's e EPP's quando os itens da contratação tiverem valor de até R\$80.000,00 ou, ainda, deverá reservar cota de até 25% quando os itens superarem esse valor, tais previsões **não são absolutas**, haja vista que o mesmo diploma legal afasta esse dever, em seu art. 49. Veja-se:

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

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Foi justamente desse dispositivo que o Tribunal de Contas da União extraiu os requisitos de concessão do benefício acima elencados.

Quanto ao inciso I, destaca-se que, tratando-se de cota reservada, para além do percentual aplicado, o edital do certame deverá guardar proporcionalidade com o objeto reservado a estas empresas, especialmente no que se refere às exigências de qualificação técnica e econômica, não havendo razoabilidade em se exigir, por exemplo, atestados idênticos àqueles exigidos das empresas que irão fornecer o maior percentual do objeto.

No mais, do dispositivo supracitado extraem-se hipóteses em que a Administração pode afastar a aplicação dos benefícios a estas empresas, sendo elas:

1. Quando, no momento do planejamento da contratação, ou no decorrer da realização do certame, verificar-se restrição de fornecedores aptos à fiel execução do contrato;
2. Quando não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;
3. Quando tratar-se de dispensa ou inexigência de licitação, salvo na dispensa por baixo valor, na qual recomenda-se a preferência pela contratação de ME's e EPP's

Quanto ao item 2, cabe-nos tecer alguns comentários. A vantajosidade da contratação não está necessariamente atrelada à obtenção do menor preço do certame, de modo que o próprio Tribunal de Contas da União já permitiu que, na cota reservada, **sejam os itens adjudicados por valor maior do que os obtidos na cota principal, desde que não superem os valores praticados no mercado**¹¹. Trata-se, portanto, de conceito mais complexo, que abrange o intuito do legislador de promover o desenvolvimento nacional. Assim lecionam Thiago Marrara e Paulo Victor Rechhia¹²:

Ainda que, por um lado, a restrição de participação afaste licitantes de maior porte, por outro, permite que competidores se beneficiem dos recursos envolvidos nos mercados públicos, o que em última instância, gera inúmeras externalidades positivas, como o estímulo econômico à sobrevivência de milhões de famílias. O que se pretender dizer é que a vantajosidade deve ser compreendida para além de uma licitação concreta. **Há que se pensar a vantajosidade num sentido complexo, que supere uma mera licitação e o curto prazo de um contrato. É preciso falar de vantajosidade socioeconômica do contrato, uma noção atual, diferente da mera ideia de vantajosidade como menor preço em um sentido imediatista.**

No mesmo sentido, o Decreto Federal nº 8.538/15, de valor referencial, dispõe que “considera-se não vantajosa a contratação quando: **I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios**”.

Segundo lição de Marçal Justen Filho¹³, é exatamente esse o critério que deve nortear a análise e decisão da contratante acerca da vantajosidade da aplicação das medidas previstas nos incisos do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06:

¹¹ Acórdão nº 1.819/2018

¹² MARRARA, Thiago; RECHHIA, Paulo V. MICROEMPRESAS (ME) E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) EM LICITAÇÕES: COMENTÁRIOS AOS MEIOS DISCRIMINATÓRIOS DA LC 123E SUAS MODIFICAÇÕES RECENTES. Revista de Direito Público Contemporâneo. v.01. UFRJ: Rio de Janeiro, 2017. p. 124.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. 2. ed. São Paulo: 2007., p.



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Ocorre que a regra é potencialmente apta a tornar inútil o tratamento legislativo preferencial em favor de ME e EPP. Se o dispositivo fosse interpretado literalmente, ter-se-ia de reconhecer a impossibilidade de homologação de toda licitação diferenciada que conduzisse a Administração Pública a desembolsar valor superior ao que poderia obter mediante uma licitação comum. Então, apenas poderia ser contratada ME ou EPP quando ofertassem proposta mais reduzida do que poderia ser alcançada numa licitação não diferenciada.

(...)

É evidente, no entanto, que a solução apenas será compatível com a tutela dos interesses perseguidos pelo Estado na medida em que o preço de referência seja elaborado de modo sério e adequado. **Não se pode admitir que, em vista da perspectiva de promover licitação diferenciada prevista na LC nº 123, a Administração Pública adote preços mais elevados ou não se preocupe em examinar os parâmetros de mercado.**

Posto isso, constatando a Administração que os preços ofertados na cota reservada ou exclusiva foram, inclusive, superiores aos praticados no mercado, poderá revogar a licitação, por evidente prejuízo ao interesse público.

Ressalte-se que, conforme já explicado anteriormente, é possível e esperado que a cota reservada supere o valor da cota principal, mas cabe à Administração verificar se, no caso concreto, essa diferença torna-se irrazoável a ponto de superar o benefício socioeconômico que se pretende atingir com a criação desse tratamento diferenciado.

Como visto, além da vantajosidade econômica da contratação, a aplicação dos benefícios também poderá ser afastada quando puder causar prejuízos ao conjunto ou complexo do objeto a ser licitado. Trata-se de evitar, no decorrer da contratação, o prejuízo técnico ou operacional para a Administração. Neste ponto, algumas hipóteses merecem ser destacadas, especialmente no que tange à cota reservada.

Em determinadas contratações, **é recomendável a padronização do objeto a ser licitado**, conforme disposição do art. 15, I da lei 8666/93. Nesses casos, a Administração tem dois caminhos: a) promove o parcelamento do objeto, indicando a marca específica do produto desejado; b) dispensa a aplicação do benefício, adjudicando o objeto integralmente a um único fornecedor.

A primeira solução, embora recomendável em determinadas situações, exige análise detalhada no caso concreto. Isso porque a eleição de marca específica deve estar minuciosamente justificada nos autos, sob pena de claro direcionamento licitatório e violação ao princípio da impessoalidade.

No entanto, em algumas hipóteses mostra-se viável. Veja-se a Súmula 270 do Tribunal de Contas da União: “em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção”. Isto é, a Administração somente poderá indicar marca específica no edital de licitação quando



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

apenas essa marca atender aos requisitos e especificações técnicas resultantes do procedimento de padronização.

Por outro lado, em determinadas situações a exigência de marca específica seria inviabilizada pela natureza do objeto, ou mesmo por não se enquadrar nas hipóteses em que é permitida. Ainda assim, a padronização não deixa de ser recomendável. Seria o caso, por exemplo, de **aquisição de uniformes** para alunos da escola pública, ou mesmo para funcionários de empresa pública pertencente ao estado¹⁴. **Não há como parcelar a aquisição destes objetos sem prejudicar o seu conjunto, dado que a fabricação por diferentes fornecedores implicaria, necessariamente, na ausência de padronização.**

O mesmo raciocínio se aplica à mobília de todo um órgão, por exemplo, ou à compra dos computadores a serem utilizados pelos seus servidores. Neste último caso, outra também poderia ser a justificativa: **na aquisição de computadores, bens duráveis sujeitos à necessidade de assistência técnica a longo prazo, na qual costuma-se exigir o fornecimento de garantia técnica, não é recomendável o parcelamento da contratação pelas dificuldades de se gerir essas obrigações futuras, quando oriundas de fornecedores e contratos distintos.**

Nesse diapasão, o Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de se manifestar alegando que, em determinadas situações, **mostra-se desvantajoso o parcelamento em razão da pluralidade de contratos, tornando dificultosa a fiscalização e gestão da contratação.** Eis o teor do voto da relatora:

9. Não se vislumbra ganho com o procedimento sugerido pela unidade técnica, pois atenderá apenas ao interesse do particular, e não da administração. Em primeiro lugar, a administração pública tem a exata noção dos custos desses serviços, e a divisão do objeto não necessariamente irá ampliar a competitividade e, em consequência, reduzir os preços ofertados aos patamares esperados. 10. **Em segundo lugar, ocorrerá aumento de custos administrativos com a gestão desses contratos quando das renovações, prorrogações, reajustes e repactuações, novas licitações, contratos emergenciais, rescisões prematuras, exame de documentos, processos de pagamentos, controle de contas vinculadas.** Nesse sentido, cabe transcrever excerto do voto condutor do acórdão 3.334/2015-Plenário, de minha autoria: '27. No caso concreto, a SMPE/PR previu a contratação de praticamente todos os serviços de manutenção predial, a serem prestados por uma única empresa. Sob ponto de vista administrativo, não há dúvida de que o critério adotado traz grandes vantagens, pois **evita o excesso de procedimentos administrativos, tais como a realização de diversas licitações e a gestão de inúmeros contratos.** Não vejo razão, por exemplo, no fatiamento de manutenção predial por força de especialização de segmentos econômicos, tais como, serviços hidráulicos, elétricos, manutenção de gerador, manutenção de nobreak, elevadores, ar condicionado, dentre outros. Ao contrário, a iniciativa privada costuma trabalhar com empresas especializadas na gestão de condomínios, cujo

¹⁴ Exemplos baseados no julgado [TJ/PR, AC nº 1625309-7](#), no qual permitiu-se a não aplicação da cota reservada por respeito à padronização.



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

objetivo é o perfeito funcionamento de todo o sistema de forma integrada.¹⁵

No caso abordado no Acórdão, a análise referia-se aos contratos de prestação de serviços, mas o mesmo raciocínio pode ser aplicado, por exemplo, quanto às contratações cujo objeto seja fornecimento de algum bem/material ou, ainda, de entrega parcelada, entre outros.

É razoável, também, no momento de análise das soluções do caso concreto, verificar se **a logística do objeto é compatível com o parcelamento previsto em lei**. Por exemplo, na aquisição de objeto cujo valor do traslado seja de R\$30.000,00 (trinta mil reais), o fornecedor irá embutir tal custo no valor dos objetos. Deste modo, em uma licitação de 100 itens, adjudicada a um único fornecedor, ao valor venal dos itens será acrescido R\$300,00. Se a Administração optar pelo parcelamento, poderá gerar um aumento excessivo e desnecessário no valor da contratação. Veja-se:

	QUANTIDADE	VALOR DO FRETE POR ITEM	VALOR TOTAL DO FRETE
Lote 01 (cota reservada de 25%)	25 itens	R\$ 1.200,00	R\$30.000,00
Lote 02 (cota principal de 75%)	75 itens	R\$ 400,00	R\$30.000,00
			R\$60.000,00

Ainda que o valor do frete pudesse diminuir em razão da quantidade de itens – o que nem sempre ocorre -, a parcela fixa (por exemplo, relativa à remuneração do motorista/piloto e do combustível utilizado permaneceria inalterado), de modo que seria inegável o elevado aumento dos custos para a Administração. Por vezes, contudo, este valor não é tão significativo, por isso a análise deve ser feita em cada caso concreto, de acordo com o que se observa na prática mercadológica da região.

Por fim, também pode tratar-se de hipótese de dispensa da aplicação do benefício da cota reservada quando o valor do objeto estiver muito próximo ao limite de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), haja vista que o parcelamento poderia gerar lotes de valores extremamente baixos e que, por isso, não atrairiam fornecedores, tornando muito provável que a licitação se tornasse fracassada, deserta ou, ainda, que a contratação não se realizasse pelo melhor preço disponível no mercado.

Apesar de não haver regra específica quanto ao valor base a ser aferido nessa análise, considerando que, à época da criação da Lei Complementar 123/2006, o valor de R\$80.000,00 fora estabelecido a partir do valor limite da modalidade de licitação convite, parece-nos solução cabível utilizar o mesmo raciocínio neste momento, estabelecendo que, **nas licitações de até R\$176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) – valor atual da referida modalidade de licitação -, deve a Administração analisar se o parcelamento do objeto poderia restringir a competitividade, por se mostrarem pouco atrativas aos fornecedores.**

¹⁵ Acórdão 1238/2016 – PLENÁRIO.



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

De todo modo, não se pode olvidar da orientação exarada no item 4.2. desta manifestação, exigindo-se a licitação exclusiva sempre que, isoladamente considerado, o item de contratação não ultrapassar o valor estabelecido em lei.

Note-se que a presente manifestação não busca esgotar as hipóteses de dispensa de aplicação destes benefícios, destinando-se apenas a oferecer parâmetros à atuação da Administração Pública. **Mesmo porque, como se verifica, todas as hipóteses dependem de análise do caso concreto, com justificativa detalhada nos autos, tratando-se de verdadeira decisão administrativa, a qual exige ônus argumentativo que demonstre a necessidade e adequação da medida, bem como suas consequências e circunstâncias, na forma do art. 20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.**

5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se:

- a) Nas licitações cujos itens de contratação, isoladamente considerados, ou agrupados em lote, não superem o valor de R\$80.000,00, deverá a Administração realizar licitação exclusiva às ME's e EPP's.
- b) Nas licitações que superem este valor, deverá a Administração licitar até 25% do valor do contrato/quantitativo entre ME's e EPP's. Este percentual deverá ser fixado de acordo com o caso concreto, desde que devidamente justificado, e não está limitado ao teto de R\$80.000,00, prevista na alínea anterior.
- c) Os benefícios ora tratados não são absolutos, podendo ser dispensados quando: 1. Quando, no momento do planejamento da contratação, ou no decorrer da realização do certame, verificar-se restrição de fornecedores aptos à fiel execução do contrato; 2. Quando não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; 3. Quando tratar-se de dispensa ou inexigência de licitação, salvo na dispensa por baixo valor, na qual recomenda-se a preferência pela contratação de ME's e EPP's.
- d) A vantajosidade da contratação, disposta no art. 49, III da LC 123/06, não está necessariamente atrelada à obtenção do menor preço do certame, de modo que o próprio Tribunal de Contas da União já permitiu que, na cota reservada, **sejam os itens adjudicados por valor maior do que os obtidos na cota principal, desde que não superem os valores praticados no mercado**
- e) Sob o fundamento do art. 49, III da LC 123/06, havendo justificativa nos autos e análise específica em cada caso concreto, poderá ser dispensada a aplicação da cota reservada quando:
 - e.1. os preços ofertados na cota reservada ou exclusiva forem superiores aos praticados no mercado;



CENTRAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

- e.2. a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios;
- e.3. for recomendável a padronização do objeto e não seja viável a mera especificação de marcas. Por exemplo, na aquisição de móveis ou uniformes;
- e.4. a existência de diversos fornecedores torne dificultosa para a Administração a gerência de obrigações a longo prazo, como a necessidade de assistência técnica;
- e.5. a pluralidade de contratos quanto ao mesmo objeto gere aumento de custos administrativos com a gestão desses contratos quando das renovações, prorrogações, reajustes, novas licitações, contratos emergenciais, rescisões prematuras, exame de documentos, processos de pagamentos, etc;
- e.6. a logística de entrega dos bens tornar a contratação de mais de um fornecedor excessivamente onerosa à Administração;
- e.7. nas licitações de até R\$176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), o parcelamento do objeto possa restringir a competitividade, por se mostrarem pouco atrativas aos fornecedores.

Remeta-se à apreciação da Procuradora-Chefe a fim de que homologue a presente Nota Técnica, para que produza os seus efeitos jurídicos, nos termos da Resolução nº 004/2019 – CONSUP PGE-AP.

Macapá-AP, 30 de março de 2021.

ERYCA RUBIELLY C. TOLENTINO

Analista Jurídico (Matrícula nº
09698434-02)

PABLO HENRIQUE CORDEIRO LESSA

Analista Jurídico (Matrícula nº 0969842-6-02)

Homologado por

JEANE ALESSANDRA TELES MARTINS PAIVA

Procuradora-Chefe da Central de Licitações e Contratos – CLC/PGE