



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

CONTROLADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE GALILÉIA

* Prof. Milton Mendes Botelho

A Controladoria Geral do Município de Galiléia, no exercício de suas funções constitucionais, em especial ao disposto nos artigos 31, 70, 74 e 75 da Constituição Federal, conjugado com o disposto no art. 59 da Lei Complementar nº. 101/2000, art. 74 da Constituição do Estado de Minas Gerais e ainda o disposto no art. 115 e 118 da Lei Federal nº. 8.666/93, ancorado nas normas de direito, vem orientar a interpretação no âmbito Municipal a Lei Complementar Federal nº 147/2014.

Orientação Técnica para Adequações dos Editais de Licitações em Decorrência das Alterações Introduzidas pela Lei Complementar nº. 147, de 07 de agosto de 2014.

Introdução

Esta orientação técnica tem como finalidade instruir os operadores dos procedimentos de compras e licitações para a necessidade de se dar efetivo e imediato cumprimento às alterações introduzidas pelas Leis Complementares nº: 147/2014 e 155/2016, no atendimento diferenciado as Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte nas licitações e contratações públicas.

A abordagem limita-se aos procedimentos práticos que devem ser adotados e observados quando do planejamento da compra pública ou quando da confecção do ato convocatório ou convite, atendendo aos ditames dos artigos 42, 43 a 49 da Lei Complementar nº. 123, com o intuito de aclarar o entendimento sobre as modificações que terão implicações importantes nos procedimentos licitatórios.

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Os principais pontos que merecem destaque serão abordados sem esgotar a discussão, vez que tratam-se de introduções que deverão ser observadas pela administração pública quando da realização dos procedimentos que visem contratações públicas com ME e EPP, dentre eles:

✓ *comprovação de regularidade fiscal e trabalhista (art. 42);*



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

- ✓ ampliação do prazo para comprovação da regularidade fiscal (art. 43, § 1º);
- ✓ licitação exclusiva para ME's e EPP's (art. 48, inc. I);
- ✓ subcontratação sem limite de ME's e EPP's (art. 48, inc. II);
- ✓ cotas de objetos divisíveis (art. 48, inc. III);
- ✓ prioridade de contratação para ME's e EPP's sediadas local ou regionalmente (art. 47);
- ✓ margem de preferência para contratação de ME's e EPP's (art. 48, § 3º);
- ✓ desnecessidade de previsão no instrumento convocatório (art. 49, inc. I);
- ✓ preferência nas dispensas de licitação tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da Lei nº. 8.666/93 (art. 49, inc. IV).

Considerações Iniciais

A Lei Complementar nº. 147, de 07 de agosto de 2014 implementou significativas e benéficas mudanças na Lei Complementar nº. 123/06, promovendo importantes mudanças no Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Trata-se de tema atual e de grande repercussão, principalmente porque modificou o cenário das contratações públicas promovidas pela Administração Pública Direta e Indireta.

A Lei Complementar nº 147 modificou a redação e os procedimentos da Lei Complementar nº. 123/2006 em determinados artigos, de modo que se fazem necessárias a adoção de providências visando a alteração dos editais para contratações públicas. O que se refere a modificações ao texto da Lei Federal nº 8.666/93, tem-se o acréscimo dos §§ 14 e 15 ao art. 3º da Lei nº 8.666/93 de seguinte teor:

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.

.....
§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei;

§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.

Portanto, para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País com a finalidade de assegurar proteção à indústria nacional e incentivar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico interno, quando adotado o regime de preferência, deverá ser compatibilizado com o tratamento privilegiado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte.

A LC nº 147/2014 acrescentou ainda à Lei nº 8.666/93 o art. 5º-A com a seguinte redação:



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Ampliação do prazo para comprovação da Regularidade Fiscal (art. 43, § 1º);

No que se refere às modificações à LC 123/2006, destaca-se, inicialmente, a alteração ao art. 43, § 1º. O dispositivo trata da possibilidade de participação em certames de microempresas e empresas de pequeno porte que apresentem alguma restrição quanto à regularidade fiscal, concedendo-lhes prazo para regularização da pendência caso vençam o certame. Tal prazo, que antes era de dois dias úteis, passou a ser de cinco dias úteis, prorrogável por igual período, a critério da administração, de acordo com a nova redação do referido §1º.

Nesse dispositivo pairam algumas dúvidas e como deve ser inserido o texto nos editais de licitações, como passamos elucidar. São os seguintes documentos exigidos por lei que provam sua regularidade fiscal das MEs e EPPs:

- ✓ Prova de Inscrição no Cadastro de Pessoas Física e Jurídica: Cadastro de Pessoa Física – CPF e Cadastro Nacional de Pessoa Jurídicas – CNPJ. Ambos são expedidos pela Secretaria da Receita Federal;
- ✓ Prova de Inscrição no cadastro de contribuintes, ICMS/ISS: Inscrição Estadual ou Municipal, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto da licitação. A Inscrição Estadual é emitida pela Secretaria de Estado da Fazenda e Planejamento;
- ✓ **CERTIDÃO DE DÉBITOS RELATIVOS A CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E À DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO** - certidão conjunta de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional, relativo às contribuições previdenciárias (INSS) e relativa aos demais tributos administrados pela Receita Federal do Brasil e procuradoria geral da fazenda nacional, cuja validade é de 180 (*cento e oitenta*) dias. emitida pelo site www.receita.fazenda.gov.br;
- ✓ Prova de Regularidade com a Fazenda Estadual: Certidão emitida pela Secretaria da Fazenda Estadual, podendo ser solicitada em qualquer posto de atendimento da Secretaria de Fazenda Estadual. Esta certidão tem validade de 90 (noventa) dias a contar de sua emissão;
- ✓ Prova de Regularidade com a Fazenda Municipal: Esta certidão deverá ser solicitada na Secretaria Municipal da cidade sede da Empresa;
- ✓ Prova de Regularidade com FGTS: Esta Certidão poderá ser solicitada em qualquer agência da Caixa Econômica Federal ou por meio eletrônico no site da Caixa: www.caixa.com.br . Ambas terão prazo de validade de 30 (trinta) dias da data de sua emissão.

Não deverá ser incluindo como documento fiscal a prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. A apresentação de certidão negativa (CNDT), nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, (Certidão Negativa de Débito Trabalhista - CNDT) de acordo com a Lei nº 12.440 de 07 de julho de 2011, é considerado documento de regularidade trabalhista.

Questionamentos:

1 - em uma licitação que exige a habilitação prévia, o licitante que se enquadrar na condição de ME ou EPP, apresenta documento fiscal vencido, abre se o prazo para apresentação de documento válido ou dá sequência ao procedimento?

A princípio o licitante que se enquadrar na condição de ME ou EPP deve declarar previamente (*no credenciamento*) independente da modalidade, para que fique assegurado aos demais licitantes que goza de um benefício legal, ou seja, prevalece a boa fé.

As Leis Complementares nº. 123, 147 e 155, liminarmente já credenciam o licitante a participar do certame mesmo que apresente documentos fiscais vencidos ou com restrições. Portanto, deve ser dada a sequência aos procedimentos do certame. A lei é clara em afirmar que quem goza do direito ao prazo é o licitante declarado vencedor (*ME e EPP*), dentro do prazo previsto na lei, prorrogáveis por igual período a critério da administração, para normalizar sua situação fiscal (*regularidade fiscal*).

2 - quando se tratar de uma licitação na modalidade convite, com três participantes todos na condição de ME ou EPP, um apresenta documento fiscal vencido, poderá dar sequência ao certame considerando que não está comprovada três propostas válidas?

Conforme decisão nº.472/99¹ e 1102/2001² do TCU, Súmula nº. 248 do TCU³ não se deve adjudicar licitação na modalidade convite com menos de três propostas válidas por item licitado, devendo repetir o processo. Neste caso deverá a CPL remeter o processo a autoridade competente para justificar a viabilidade (*interesse público, economicidade, razoabilidade*) de dar sequência, do procedimento, sendo admitida o licitante a prosseguir no certame em igualdade de condições com as demais participantes.

Caso o licitante que apresentou a documentação com restrição se sagrar vencedor fará jus ao direito de regularizar a situação fiscal no prazo previsto na lei complementar nº. 123/06. Caso não se sagra vencedor sua proposta deverá ser considerada desclassificada. São situações que não são prevista na legislação que deverá ser levada para o texto do Edital ou no regulamento interno da área de compras e licitações.

Tais situações deverão ser previstas no edital da seguinte forma:

¹ Não se deve adjudicar licitação na modalidade convite com menos de três propostas válidas por item licitado, para não ferir o disposto no art. 22, § 7º, da Lei 8.666/93.

² Ao realizar licitação na modalidade convite, deve-se proceder à repetição do certame sempre que não for atingido o número mínimo de três propostas válidas, consoante o disposto nos §§ 3º e 7º, do art. 22 da Lei 8.666/93.

³ Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados ressalvados as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993. in: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-planejamento-cnj/626-gestao-planejamento-e-pesquisa/controle-interno/sumulas/18306-sumula-248-TCU>.



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

1.1 - o licitante que se declarar que se enquadra na condição de ME (Micro Empresa) ou EPP (Empresa de Pequeno Porte), que na habilitação prévia apresentar documentos fiscais vencidos ou com restrições, será considerado habilitado, sendo assegurado o prazo para apresentação de documentos válidos ((regularidade fiscal) somente após ser declarado vencedor.

1.2 - quando apresentado somente três participantes na modalidade convite e os licitantes enquadrado na condição de ME e EPP, apresentarem certidões vencidas a CPL suspenderá a sessão e remeterá o processo a autoridade competente para manifestar sobre a continuidade do certame e justificativa sobre a viabilidade de continuidade (interesse público, economicidade, razoabilidade).

1.2.1 - caso o licitante que apresentou a documentação com restrição se sagrar vencedor fará jus ao direito de regularizar a situação fiscal no prazo previsto na Lei Complementar nº. 123, alterada pela Lei Complementar nº. 14/2014.

1.2.2 - o licitante (ME ou EPP) não se sagre vencedor sua proposta será considerada desclassificada, por não cumprir com as condições de habilitação.

Devemos salientar que quando se tratar de licitações custeadas com recursos federais, a regra é repetir o processo, convidando um quarto participante. Em regra geral, quando se tratar de licitação na modalidade convite o requisitante deverá verificar a condição de habilitação fiscal antes de emitir o convite para evitar tais ocorrências. Desta forma fica garantido previamente que os licitantes convidados apresentarão propostas válidas.

Outro dispositivo que teve sua redação alterada pela LC 147, foi o art. 47 da Lei Complementar nº. 123/06. O artigo, que dispõe sobre o âmbito de incidência do tratamento diferenciado conferido as ME e EPP em contratações e licitações públicas, foi alterado para prever expressamente que nos certames e contratações realizados pela administração indireta autárquica e fundacional deverá ser observado o tratamento favorecido às microempresas - ME e empresas de pequeno porte - EPP, reforçando, nesse contexto, a incidência do tratamento diferenciado também nas contratações e licitações realizadas pela Administração indireta. Neste caso incluindo as Câmaras Municipais e o SAAE.

Ao precitado art. 47 foi incluído ainda o parágrafo único, determinando, no que se refere às compras públicas, a aplicação da legislação federal aos estados e municípios enquanto tais entes não providenciarem legislação própria contemplando o tratamento favorecido as ME e EPP.

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



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

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.

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.

Quando a norma menciona legislação municipal ou regulamento específico de cada órgão, entende-se, que aquilo que não for previsto na lei municipal ou que o município não queira seguir a norma federal deverá fazer constar no Edital, sem atropelar as normas gerais. Assim, o Edital se torna também norma regulamentadora daquele processo.

Licitação exclusiva para ME's e EPP's (art. 48, inc. I);

O art. 48 da Lei Complementar nº. 123/2006, também alterada pelas Leis Complementares nº. 147/2014 155/2016, prevê uma série de medidas com o fim de implementar concretamente o tratamento favorecido às MEs e EPPs em licitações públicas, dentre as quais, a realização de certames destinados 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*).

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);

Nesse sentido, o inciso I passou a prever que a Administração Pública "*deverá (obrigatório), "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)*". Ressalvado os casos que justificadamente não for vantajoso para a Administração.

Contudo, passados mais de um ano da entrada em vigor da Lei Complementar nº. 147, verifica-se a ausência de efetivo cumprimento das alterações introduzidas no ordenamento jurídico. A exclusividade não limita-se somente ao Processo e sim também a itens cujo valor estimado esteja abaixo de R\$: 80.000,00. Algumas perguntas são pertinentes a essa regra, como segue:

Questionamentos:

1 - de quem é a competência para decidir se o processo deve ser exclusivamente ou não para ME e EPP?



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

Em um rito processual essa decisão é tomada na elaboração do Termo de Referência, baseada nas cotações de serviços e bens (*conceito dado pela Lei de Licitações para materiais*). Portanto, cabe o requisitante (solicitante) a decisão se o processo correrá exclusivamente para ME e EPP bem como os itens que ele julgar que deve ser exclusivo.

Do mesmo modo quando o requisitante entender que não seja vantajoso para a Administração tal exclusividade, tem a obrigação de justificar no próprio termo de referência que orientará a decisão da autoridade competente na decisão de deferimento do pedido. Em resumo, a lei obriga que se licite exclusivamente para ME e EPP, isso só não ocorrerá se ficar comprovado que não é vantajoso para a Administração ou não houver no local ou região, nos termos dos incisos I e II do art. 49 da Lei Complementar nº. 23, in verbis:

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;

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;

Ressaltando que a autoridade competente tem competência para não acatar as justificativas do requisitante e determinar que algum item ou a Licitação na totalidade tramite exclusivamente para ME e EPP, desde que obedeça os critérios do art. 48 da mencionada lei.

2 - outro licitante que não se enquadra na condição de ME ou EPP pode apresentar proposta para item exclusivo para ME e EPP?

Não poderá o órgão licitante admitir proposta de empresas que não se enquadrarem nas condições de ME ou EPP quando o processo for exclusivo ou para os itens exclusivos para ME ou EPP. Caso contrário não estaria atendendo o disposto na LC nº. 123/06 que menciona a exclusividade. Caso seja o processo ou os itens declarados desertos ou fracassados, a regra é a repetição do certame não sendo mais exclusivo para ME e EPP.

Tais situações deverão ser previstas no edital da seguinte forma:

Quando o Processo for exclusivo para a participação de ME e EPP.

1.1 - nos termos do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº. 123, alterada pela Lei Complementar nº. 147/2014, esta licitação é exclusiva para participantes que na data da abertura das propostas se enquadrem na condição de Micro Empresa - ME ou Empresa de Pequeno Porte - EPP.



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

1.1.1 - não será admitida propostas de empresas que não se enquadrem na condição mencionada na cláusula anterior, mesmo que não tenha licitantes interessados.

1.1.2 - se o certame for declarado fracassado ou deserto a licitação será repetida, deixando de ser exclusiva para ME e EPP.

Quando for reservado itens exclusivos para a participação de ME e EPP.

1.1 - nos termos do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº. 123, alterada pela Lei Complementar nº. 147/2014, os itens __. __ e __ desta licitação serão reservados exclusivamente para participantes que na data de abertura das propostas se enquadrem na condição de Micro Empresa - ME ou Empresa de Pequeno Porte - EPP.

1.1.1 - não será admitida propostas de empresas que não se enquadrem na condição mencionada na cláusula anterior, para os itens exclusivos para ME e EPP mesmo que não tenha propostas válidas.

1.1.2 - se os itens reservados exclusivo para ME e EPP forem declarados fracassados ou desertos a licitação será repetida, e os itens deixarão de serem exclusivos para ME e EPP.

O novo processo deverá trazer em seus atos preliminares informações que já foi realizado certame anterior (*mencionar, numero, data e etc*) exclusivo para itens ou todo o processo para atender o dispositivo da Lei Complementar nº. 123/06, que no entanto, não foi acolhido pelos interessados.

3 - em uma licitação cujo o valor global é R\$: 250.000.00 dividido em seis itens, todos eles abaixo de R\$: 80.000.00, poderá ser exclusiva para ME e EPP?

Essa é uma dúvida comum quando se analisa o texto do inciso I do art. 48 com a redação anterior, foi retirada as palavras "*poderá realizar processo licitatório*" do caput do artigo tornando obrigatória a regra e ainda criando a possibilidade do processo ser exclusivo, bem como os itens que tenham valor estimado até R\$: 80.000.00. Desta forma o processo mesmo apresentando valor global estimado em R\$: 250.000.00 poderá cada item ocorrer em exclusividade para ME e EPP, desde que esteja comprovado a vantajosidade para a administração.

O que vale destacar que tanto a realização dos procedimentos exclusivos quando a sua não realização deve ser precedido de justificativas. Sendo que a realização na forma exclusiva é simples, pois trata-se de cumprimento da legislação.

4 - Um licitante ME ou EPP poderá disputar mais de um item?

O licitante que se enquadrar na condição de ME ou EPP no momento da abertura das propostas, poderá disputar todos os itens, sem restrições. Mesmo que isso não atinja a finalidade da lei que é proporcionar crescimento de todas MEs e EPPs local e regionalmente. Vale destacar que a disputa é por item e é exclusivo para ME e EPP. Sendo assim, poderá participar e disputar todos os itens e até mesmo ganhá-los.



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

5 - A exclusividade vale só para compra de bens ou também para a contratação de serviços?

No caso da exclusividade vale para compras de bens (*material de consumo*) e também serviços. No entanto, deve considerar para os serviços divisíveis em itens que não prejudicam o desenvolvimento das ações integradas. Assim consideramos respondidas as perguntas.

Subcontratação sem limite de ME's e EPP's (*art. 48, inc. II*);

Quanto à subcontratação de ME e EPP regulada pelo inciso II do art. 48, o dispositivo prevê que a Administração 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.

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

.....

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;

Trata-se de uma redação não adequada a realidade das licitações públicas, considerando que as regras se confundem com o próximo inciso do artigo, que menciona percentual da subcontratação do objeto. O inciso acima reproduzido menciona que nos "*processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços*" não incluindo as compras de bens (*material de consumo*) e tão pouco mencionando percentual sobre valor ou quantitativo. A palavra "*podrá*" diz que a regra é facultativa à administração.

Questionamentos

1 - qual a limitação para a subcontratação quando se tratar de obras e serviços nos termos do inciso II do art. 48 da LC 123?

O limite da subcontratação será o que a Administração definir, seja sobre o quantitativo ou sobre o valor do contrato, pois não existe essa limitação no inciso II do art. 48 da lei, deixando o risco da subcontratação para o licitante vencedor. Mas se a subcontratação ocorrer só poderá ser com ME ou EPP.

Podemos recorrer ao art. 72 da Lei Federal nº 8.666/93⁴, que autoriza o contratado subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Vale ressaltar que o objeto contratado é responsabilidade do licitante vencedor. Não podendo, contudo, representar a transferência da parcela de maior relevância do encargo contratual, tampouco atingir a totalidade do objeto, ambas situações vedadas pela sistemática da lei de licitações.

⁴ o art. 72. Lei 8.666/93 - O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

2 - A subcontratação deverá ser definida antes do certame ou após conhecido o vencedor?

Após a publicação do ato convocatório não poderá ser criadas novas regras para a contratação. Assim, a subcontratação deve ser definida pelo requisitante no termo de referência e levada ao Edital como regra interna na licitação.

3 - o licitante vencedor é obrigado a subcontratar?

Quando definido pela Administração no ato convocatório, sim. Isso será conhecido pelo licitante antes de sua participação no certame. Evidente que isso geraria uma insegurança para o contratado, pois a subcontratação poderá ser mais onerosa para ele, assim deve prever essa álea. No entanto, administração deverá adotar o bom senso nesses casos, se o contratado possui condições próprias para executar o contrato, qual seria a razão de submetê-lo a uma subcontratação? óbvio que nenhuma.

Nesses casos deverá constar no edital a faculdade ao licitante de subcontratar. Ou seja, a Administração aceitaria a subcontratação, caso o licitante decida por isso, que recaia somente sobre ME e EPP local ou regional.

Tais situações deverão ser previstas no edital da seguinte forma:

1.1 - nos termos do inciso II do art. 48 da Lei Complementar nº. 123, alterada pela Lei Complementar nº. 147/2014, para o objeto dessa licitação será permitida a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte para o cumprimento do objeto contratado.

1.2 - a subcontratada será submetida à aprovação da contratante e atenderá todas as condições de habilitação fiscal, nos termos do § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

1.3 - a subcontratação não poderá representar a transferência da parcela de maior relevância do encargo contratual, sendo limitada a ___% (___ por cento) do valor do contrato original. (recomendamos que não deverá ser superior a 30%, no entanto é a administração quem define)

Cotas de objetos divisíveis (art. 48, inc. III);

O inciso III do mesmo artigo menciona a obrigatoriedade de reserva de cota de até 25% do objeto (*quantitativo*) para aquisição de bens de natureza divisível para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. *In verbis:*

Art. 48. (...):

.....

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.



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

Na redação anterior (*antes da LC nº. 147/14*), o dispositivo limitava a subcontratação a 30% do total objeto licitado, limitação que veio a ser suprimida pela Lei Complementar nº. 147/2014. A cota reservada as MEs e EPPs é de até 25%. Isso significa que se for licitado 100 unidades de um determinado produto, a administração poderá reservar cota de 1 (um) computador para ME e EPP que está cumprindo o dispositivo da Lei. Valendo a ressalva que esse desproporcionalidade fere o princípio da razoabilidade, devendo ser justificado pelo requisitante.

Nesse inciso não vislumbra a possibilidade de reservar cota para obras e serviços, trata-se de objeto (*bens*) de natureza divisível. Os itens que integrarão a cota de até 25% (*vinte e cinco por cento*) serão disputado exclusivamente por MEs e EPPs não sendo aceito proposta de outros licitantes.

Questionamentos

1 - a cota a ser reservada para ME e EPP é de 25% do quantitativo ou do valor estimado?

O inciso mencionado traz claramente que é 25% (*vinte e cinco por cento*) do objeto e não do valor estimado. Sendo assim, prevalece cota de quantitativos de itens licitados independente do valor cotado para casa item.

2 - e se a cota reservada seja de até 25% do objeto, mas o valor ultrapassar a R\$: 80.000.00?

Outro ponto que a Lei Complementar nº. 123 não menciona. No entanto, se conjugarmos o texto do inciso I do art. 48 que dispõe que a exclusividade de licitação ou nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (*oitenta mil reais*), podemos concluir que essa cota deverá estar limitada a este valor. Caso a Administração (*requisitante*) entenda que a cota leva em consideração somente o quantitativo deverá justificar essa decisão e fundamentar.

Da mesma forma que está a administração obrigada a atender a legislação, também está obrigada a demonstrar o cumprimento do princípio da economicidade, vantajosidade e legalidade nas licitações, sendo essa uma função do Controle Interno atestar a legalidade desses atos, conforme preconiza a Lei de Licitações.

3 - Poderá uma licitação apresentar valores diferentes para o mesmo item (*produtos idênticos*) em decorrência de serem vencidos por ME ou EPP?

É uma possibilidade de ocorrer, pois a empresa que não se enquadrar na condição de ME ou EPP, apresentará sua proposta dentro de suas possibilidades. Bem como, as MEs e EPPs, sendo assim poderá ocorrer preços diferentes para o mesmo produto vencidos em cotas diferentes.

Nesse caso a CPL e o Pregoeiro deverão submeter a autoridade competente os valores para sua apreciação. No caso de pregão o pregoeiro deverá demonstrar que



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

tentou negociar para encontrar um valor adequado. Não sendo possível caberá a autoridade competente (*ordenador de despesa*) a palavra final.

4 - quem tem competência para justificar a homologação de valores diferentes para ME ou EPP vencedora?

Já respondido na pergunta anterior, mas nesses casos, a decisão depende de manifestação, sendo assim, somente o ordenador de despesa que poderá justificar suas decisões.

5 - pode ser homologado o resultado de licitações que não seja ME ou EPP com valor superior?

Não, pois se isso ocorrer está invertendo a finalidade da lei complementar, que é o favorecimento e o tratamento diferenciado a ME e EPP nas licitações públicas e com isso contribuir com o desenvolvimento regional e local. Deve a autoridade competente determinar que seja repetido o certame quando os valores apresentados pelas MEs e EPPs forem inferiores aos demais.

A alteração do dispositivo deveu-se à inclusão do termo “*deverá*” externando uma modificação da orientação legislativa no sentido de qualificar como um dever e não mais uma faculdade da Administração reservar, na aquisição de bens divisíveis, uma cota para ME e EPP que poderá ser de até 25% do objeto licitado.

Ainda com relação a modificações ao art. 48 da LC 123, identifica-se a revogação de seu § 1º que assim dispunha: “*O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.*” A revogação do limite anual para contratação de ME e EPP pelas entidades contratantes evidencia mais uma vez o objetivo do legislador de aumentar a participação destas empresas nas contratações públicas.

Para completar as exigências não adequadas a realidade das licitações o § 2º do art. 48 da LC 123, menciona que os empenhos e pagamentos poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, in verbis:

Art. 48. (...):

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

Tecnicamente isso gera um problemão para os operadores dos sistemas informatizados, que exigem o cadastro dos fornecedores. Com o envio de informações através dos sistemas eletrônicos dos Tribunais de Contas, isso geraria conflitos pois estaria gerando mais um contrato para o mesmo objeto já cadastrado. Sendo assim, deverá o Edital deixar claro se haverá essa possibilidade, pois assim, não haverá como o contratado requisitar empenhamento direto para os subcontratados.



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

Margem de preferência para contratação de ME's e EPP's (art. 48, § 3º);

O § 3º do art. 48 traz outra norma que exige atenção ao interpretá-la. O dispositivo traz facultativamente a possibilidade da autoridade competente decidir por contratação de ME e EPP com valores ofertados em até 10% (*dez por cento*) do melhor preço válido.

in verbis:

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.

O regramento trazido pelo § 3º do art. 48 traz a mesma previsão de benefício, só que, desta feita, para as MEs ou EPPs situadas no local ou região da contratação, quando a licitação for exclusiva para microempresas e EPPs. Assim, o procedimento deve ser o mesmo adotado para a implementação do art. 45 do Estatuto Nacional de Microempresa.

O Tribunal de Contas da União deixa claro que "o próprio conceito de 'âmbito regional' constante da Lei Complementar nº. 123/2006 e do Decreto nº 6.204/2007 não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado". (Acórdão nº 2957.49/11, Plenário, Rei. Min. André de Carvalho, j. em 09/11/11).

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - TCEMG, fixou seu entendimento no sentido de que a expressão '*regionalmente*' não possui conceito objetivo/direto, sendo assim, o seu alcance não está restrito ao âmbito de cada Estado e irá variar conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto enfrentado pela Administração, devendo o contratante fixar no edital qual é a delimitação da região e, ainda, justificar nos autos os motivos que levaram a essa delimitação.

Não é correto, portanto, utilizar, de forma genérica, a região política, geográfica ou mesmo a microrregião para os fins do inciso II do art. 49, da Lei Complementar nº 123/06, por isso o requisitante deverá demonstrar motivadamente que foi levado em consideração as particularidades do objeto licitado, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs previstos no art. 47 da LC 123/06.

No caso de existir mais de uma oferta de microempresa ou empresa de pequeno porte, configurado empate, sediadas localmente dentro do limite de 10% (*dez por cento*) superior ao menor preço válido, deverá ser realizado sorteio para estabelecer a quem será oportunizada a realização de nova proposta, nos termos do art. 45, III, da LC 123/06. Não é exigido pela lei que a ME ou EPP que for declarada dentro dessa margem a obrigatoriedade de fixar outra proposta. Nesse caso a Administração poderá contratar com a ME ou EPP dentro dessa margem. No entanto, deverá justificar essa vantajosidade, que será a garantia da legalidade e transparência do certame.



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

A prioridade de contratação para as MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (*dez por cento*) do melhor preço válido é facultativa (*definida e justificada no ato da homologação pela autoridade competente*). Portanto, quando ocorrer essa situação os autos deverão ser submetidos a autoridade competente para manifestar formalmente sobre a vantajosidade em contratar mais caro com as MEs e EPPs. Ressaltando que a justificativa deve estar baseada nos objetivos definidos na Lei Complementar nº. 123 e suas alterações.

Empate Técnico das Propostas

Os arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº. 123/06 criaram uma espécie de "*empate ficto*" entre propostas ofertadas pelas pequenas empresas e pelas demais, conferindo-se àquelas, caso haja tal empate, a possibilidade de apresentar uma nova proposta, tendo mais uma chance para obter, assim, a vitória do certame. Vamos a análise dos artigos 44 e 45 da mencionada lei complementar:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

Tal procedimento só é aplicável quando houver participação de ME ou EPP juntamente com outras espécies de entidades. Na eventualidade de um certame não lograr a participação de tais espécies de entidades, ou se houver disputa apenas entre elas (*no caso do art. 48, inciso I, da LC 123/06*), não se aplica o empate técnico.



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

Caso uma ME ou EPP ofereça uma proposta igual ou até dez por cento (*cinco por cento, no caso do pregão*) superior à menor proposta (*apresentada, decerto, por entidade não enquadrada como ME ou EPP*), concede-se a tal instituição a possibilidade de ofertar proposta de preço inferior àquela apresentada pela então licitante mais bem classificada. Assim, caso exerça tal faculdade e apresente uma oferta menor, ser-lhe-á adjudicado o objeto da licitação. Nesses casos o licitante ME ou EPP terá a obrigação de cobrir o valor da melhor proposta válida. No entanto, se recusar a cobrir a proposta de menor valor que não seja de ME ou EPP, ainda fica facultada a Administração a sua contratação se os valores ofertados estiver dentro da margem de 10% (*dez por cento*) do melhor preço válido, nos termos do § 3º do art. 48 da LC nº. 123/06.

O Tribunal de Contas da União já assentou, inclusive, que esse benefício não precisaria estar previsto expressamente no Edital para se aplicado (Acórdão 2144/2007 – Plenário).

O prazo para as MEs e EPPs comprovarem a regularidade fiscal (*art. 43, § 1º*)

A primeira e importante modificação introduzida pela Lei Complementar nº 147 foi a alteração do prazo para o saneamento dos defeitos e/ou irregularidades verificadas nos documentos habilitatórios de natureza fiscal apresentadas pelas ME's e EPP's.

Tanto no regime da Lei Complementar nº 123, como no regime da Lei Complementar nº 147, as ME's e EPP's, mesmo estando com documentação fiscal vencida ou apresentando alguma restrição, deverão apresentá-las no momento adequado, sob pena de inabilitação.

No entanto, no caso da ME ou EPP sagrar-se vencedora, terá ela um prazo para regularização da documentação fiscal apresentada com defeito ou restrição, o prazo previsto para regularização foi é de 5 (cinco) dias úteis, que, a critério da Administração, poderá ser prorrogado por igual período, conforme disposto no § 1º do art. 43 da LC nº. 123, alterada pelas LCs nº. 147 e 155/2016 :

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Como já mencionamos anteriormente o prazo para a regularidade fiscal será assegurado somente o licitante ME ou EPP que for sagrado vencedor do certame. O prazo para que proceda a emissão de novos documentos fiscais inicia-se no primeiro



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

dia útil após o momento em que for declarado o vencedor, nos termos do art. 110 da Lei de Licitações (*Lei Federal nº. 8.666/93*).

Inicialmente será assegurado ao licitante vencedor o prazo de 5 (cinco) dias úteis para a regularização dos documentos fiscais. A LC 123 dispõe que esse prazo é prorrogável por igual período, a critério da administração pública. Quando a norma estabelece que a prorrogação é a critério da Administração insere a obrigatoriedade de estar analisando sua viabilidade, sem prejudicar a celeridade do processo e o princípio da economicidade. Ou seja, a prorrogação deverá ser fundamentada, com base em requerimento da ME ou EPP amparado por razões legítimas.

Não está claro na norma quantas vezes poderá ser prorrogado o prazo. O que se percebe que o legislador imaginou somente uma prorrogação por igual período. Ou seja, limitando o prazo em 10 (dez dias) úteis, pois outro prazo acima desse seria desvirtuar o sentido da lei.

Desnecessidade de previsão no instrumento convocatório (art. 49, inc. I)

Esta alteração está relacionada ao inciso I do artigo 49 da Lei Complementar nº 123/06. A redação original do art. 49, inciso I, previa que somente se aplicaria os benefícios previstos no artigo 47 e 48, quando os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte estivessem previstos expressamente no instrumento convocatório.

O inciso I foi revogado justamente diante da nova redação do artigo 47 da LC nº 123/06, que passou a impor à Administração o dever de conceder, nos processos de contratações públicas, o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, independentemente de regulamentação na legislação do respectivo ente político.

Todavia, embora a previsão não seja mais necessária, é de bom alvitre acentuar que a prudência, a cautela, a transparência, e, sobretudo, o princípio do julgamento objetivo, recomenda a previsão, no edital, dos procedimentos, dos prazos e de quaisquer outras diretrizes para a efetivação do tratamento diferenciado previsto na LC nº 123/06.

Desta forma, essa consultoria vem notificar os membros da CPL, Gestores, Requisitantes, Jurídico e outros envolvidos nos procedimentos de compras que observe atentamente as recomendações aqui mencionados no cumprimento da Lei Complementar nº. 123, alterada pela Lei Complementar nº. 147/2014.

Preferência nas dispensas de licitação (incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93) (art. 49, inc. IV)

A última alteração introduzida pela Lei Complementar nº 147/14 reforça o indicativo de que não se aplica o direito de preferência previsto na Lei Complementar nº 123/06 aos casos de dispensa de licitação ou de inexigibilidade, salvo quando se tratar das hipóteses de dispensa de licitação com base no valor estimado da contratação.



MUNICÍPIO DE GALILÉIA

Rua Ary Machado, 599 – Centro

Estado de Minas Gerais

No entanto, a nova redação excluiu da não aplicação dos artigos 47 e 48, as hipóteses de dispensas de licitação previstas nos incisos I e II do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, ou seja, as dispensas com base no “valor”.

Note-se que, segundo a nova redação, nas hipóteses de dispensa de licitação, fundamentadas em razão do pequeno valor da contratação, a legislação passou a impor que a contratação deverá ser realizada preferencialmente junto às ME's e EPP's. Evidente que se isso não for vantajoso deve ser fundamentado formalmente no processo de compra.

A intenção da presente instrução é aclarar e esclarecer os pontos introduzidos pela Lei Complementar nº 147/2014 no Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Alerta-se, que as modificações introduzidas na Lei Complementar nº. 123/06 já se encontram em plena vigência, tendo em vista o disposto na primeira parte do *caput* do artigo 15 da Lei Complementar nº. 147/143.

Deste modo, cabe aos agentes públicos responsáveis pela realização dos certames públicos adotar as providências e demandar os esforços necessários para adequar os respectivos instrumentos convocatórios ou convites, para que o direito ao tratamento diferenciado não seja postergado no tempo, prejudicando o direito constitucional das MEs e EPPs nas operações relacionadas às aquisições dos entes políticos.

Esclareça-se ainda, que o não cumprimento acarreta aos responsáveis as sanções previstas na legislação pátria. Finalmente, considerando que não estar esgotando o assunto, colocamo-nos à disposição para dirimir quaisquer dúvidas e prestar quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários.

*Especialistas em Direito Público, Administração Pública Municipal,
Sócios de Consultorias Especializadas em Licitações e Contratações
com o Poder Público.*