



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

Procedência: Núcleo de Assessoramento Jurídico (NAJ-AGE)/Coordenação de Licitações e Contratos (CLC)

Interessada: NAJ-AGE/Coordenação de Licitações e Contratos (CLC)

Número: 15.874

Data: 23 de maio de 2017

Classificação Temática: Licitações. Benefício Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. (RE)INTERPRETAÇÃO DO ART. 48, I, DA LC Nº 123/06 NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO Nº 1932/16 DO PLENÁRIO DO TCU E A NOTA JURÍDICA Nº 3492/13 DA AGE. DEFENSÁVEL NOVA TESE DO TCU.

Defensável a tese de que a interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 12/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R\$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade.

Posição no mesmo sentido do Acórdão nº 1932/16 – Plenário – TCU.

RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta oriunda da Coordenação de Licitações e Contratos do Núcleo de Assessoramento Jurídico da AGE (NAJ/AGE),



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

encaminhada por meio do Memorando SEPLAG/CSC/NAJ nº 100/2017, em que é ponderado o entendimento adotado pelo TCU no acórdão nº 1932/16 que restou assim ementado:

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. DATAPREV. PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. DISCUSSÃO ACERCA DA INTERPRETAÇÃO A SER EMPRESTADA AO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR 123, DE 2006, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 147, DE 2014. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. CIÊNCIA.

A interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 12/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R\$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade.

2. Ocorre que a nova orientação do TCU conflita com o posicionamento até então adotado pela Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado consubstanciado na Nota Jurídica nº 3492 de 2013.

3. Diante da divergência de entendimento, o expediente veio instruído com a Nota Jurídica nº 52/2017, elaborada pela Coordenação de Licitações e Contratos, para fins de provocar a Consultoria Jurídica a reafirmar ou alterar a posição inicialmente exarada na Nota Jurídica nº 3492/2013.

4. Feito o relatório, passa-se a opinar.

PARECER

I) Perspectiva constitucional e legal sobre a matéria

5. Inicialmente convém fazer um apanhado da legislação em vigor sobre a matéria, de modo a possibilitar uma interpretação sistêmica dos comandos



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

legais e, partir de então, buscar a interpretação do art. 48, I, da LC 123/2006 que mais se aproxima dos valores sociais e da justiça.

6. Por certo, o ponto de partida deve ser a Constituição Federal, pois detém supremacia formal e material no ordenamento jurídico, apresentando-se como fonte de validade e de sentido (decorrente do inevitável caráter axiológico que possui) de todo o sistema. É, pois, força motriz e força normativa¹ de interpretação capaz de gerar um verdadeiro efeito irradiador em toda legislação pátria.

7. Neste sentido, a Constituição Federal ao tratar dos princípios norteadores da atividade econômica estabelece explicitamente em seu art. 170, inciso IX c/c art. 179 a necessidade de um tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, de modo a criar condições de efetivo desenvolvimento e fomento do setor². Assim:

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)

¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997, 2002.

² Setor este que representa 99% das empresas formalmente estabelecidas no país; gera mais de 52% dos empregos formais; representa cerca de 25% do PIB; 70% das novas vagas geradas por mês e 40% da massa salarial, conforme levantamento de 2013 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em *Caderno de Logística nº 4 – Comprando das Micro e Pequenas Empresas*, disponível em: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/sustentabilidade/comprando-das-micro-e-pequenas-empresas-revisado.pdf/view>. Acesso em 17/03/17.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

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.

8. A diretriz constitucional foi então regulamentada **LC nº 123/2006** que estabeleceu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e, entre outros aspectos, com as alterações promovidas pela **LC nº 147/2014**, criou a obrigatoriedade de licitações destinadas exclusivamente à microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), na forma do seu artigo 48, I:

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);

9. Ao criar tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas percebe-se que a Lei Complementar nº 123/16 evidencia o poder de compra do Estado como instrumento para fomentar o desenvolvimento e reduzir as desigualdades regionais, em verdadeiro reconhecimento da função social das contratações públicas e o desenvolvimento nacional sustentável. Conforme posto pela pregoeira Erika Hitomi Moriguti, em resposta à impugnação nº 1 do pregão eletrônico nº 011/2015 do Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo³:

“Há de se considerar que as compras públicas devem ser consideradas, não apenas como meio de suprir as necessidades de bens e serviços para o correto funcionamento da Administração, mas como um instrumento de alocação de recursos públicos que os aplica de forma a estimular

³ O inteiro teor da resposta à impugnação pode ser consultado no endereço eletrônico: <http://portal.coren-sp.gov.br/sites/default/files/Impugna%C3%A7%C3%A3o%20-%20Resposta_1.pdf>



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

grupos ou segmentos da sociedade vulneráveis ou estratégicos para a redução de desigualdades e fomento do desenvolvimento.”

10. Na mesma toada, destaca-se a posição de Daniel Ferreira e Justen Filho, respectivamente:

*“A função social da contratação administrativa passou por uma modificação bastante significativa, de forma a transcender a concepção tradicional arguida acerca da socialização das aquisições públicas e, nos dias atuais, inserir cada vez mais a visão macroeconômica das contratações públicas”.*⁴

*“Segundo a concepção tradicional, as contratações públicas seriam destinadas exclusivamente a prover os entes estatais dos bens, serviços e obras necessários ou dar um destino aos bens de que os entes administrativos não necessitassem. Sob esse enfoque, as contratações públicas era destinadas a promover a satisfação direta e imediata das necessidades estatais. Na dimensão macroeconômica, é inquestionável que a contratação pública apresenta uma relação socioeconômica. A atividade contratual do Estado não pode ser concebida como um simples instrumento para atender necessidades administrativas. A afirmação de um estado intervencionista acarretou uma função promocional de satisfação de direitos. O Estado assumiu o dever de satisfazer uma ampla gama de necessidades coletivas e individuais. Isso significa que o Estado necessita realizar contratações frequentes, que envolvem valores muito elevados. O estado, individualmente considerado, torna-se o maior contratante na economia. Isso significa que o setor privado acaba sendo modelado para atender às necessidades estatais. Se o estado cessasse repentinamente de promover contratações, o resultado seria o caos – não apenas colapso dos serviços estatais, mas também pela ociosidade do setor produtivo.”*⁵

⁴ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. 1.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 39.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.746.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

11. E veja que esta preocupação quanto a função social das contratações públicas não é exclusiva de *terrae brasilis*, tendo a LC 123/2006 se inspirado em experiências internacionais como a dos Estados Unidos⁶, Israel e África do Sul para utilizar do poder de compra estatal para geração de emprego e renda e, conseqüentemente, equalizar a vulnerabilidade e a desvantagem competitiva das ME's e EPP's.

12. Explica Jonas Lima⁷ que a ideia de se criar normas diferenciadas para licitações voltadas às pequenas empresas ("Small business") remonta da falta de competitividade nos EUA, durante a Segunda Guerra Mundial, entre a grande indústria e as pequenas fábricas de material bélico:

"Nos Estados Unidos, durante Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as pequenas empresas ficaram sem chances de competir com as grandes indústrias, que se voltavam para a guerra. Para resolver a situação e inserir as pequenas no mercado da guerra, foi criada em 1942 a "Corporação de Pequenas Fábricas de Material Bélico" ("Smaller War Plants Corporation - SWPC"), que já tratava da obtenção de contratos governamentais pelas pequenas empresas. Com o fim da guerra, foi extinta a SWPC, sendo criado o "Escritório da Pequena Empresa" ("Office of Small Business - OSB"), do Departamento de Comércio. Logo em seguida, diante da Guerra da Coréia (1950-1953), foi criada a "Administração de Pequenas Fábricas Ligadas à Defesa" ("Small Defense Plants Administration - SDPA"), que também incluía atividades relacionadas a contratos governamentais com as pequenas empresas. Enfim, eis que o Presidente Eisenhower decide propor a criação de uma agência independente para as pequenas empresas, como uma nova instituição, o que foi **aprovado pelo Congresso em 30 de julho de 1953, com a "Lei de Apoio às Pequenas Empresas" ("Small Business Act - Public Law 83-163, 67 Stat. 232")**, nascendo assim a "Administração de Pequenas Empresas dos Estados Unidos" ("The U.S. Small Business Administration - SBA"). Essa é a norma legal vigente até hoje, ainda que com alterações sofridas ao longo dos anos.

⁶ As compras governamentais nos EUA com pequenas empresas têm como princípio intrínseco o uso do poder de compra do Estado e está baseado em três programas: Buy American Act, Balance of Payment Program e Small Business Act.

⁷ LIMA, Jonas. *Licitações para pequenas empresas*: Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1364, 27 mar. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9655>>. Acesso em 17/03/17.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

13. Assim, com um atraso de pelo menos cinquenta anos, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC 123/06) traz para o Brasil mecanismos do chamado "Ato das Pequenas Empresas", editado pelos Estados Unidos em 1953, que desde então já previa: 1ª) a "meta" (com feição de patamar mínimo) de 23% dos contratos governamentais serem destinados às pequenas empresas; 2ª) o incentivo à participação das pequenas empresas como contratantes principais ou subcontratadas, inclusive fornecedoras; 3ª) a inserção de pequenas empresas nas oportunidades de contratações governamentais das agências na máxima extensão praticável; 4ª) a estruturação das exigências dos contratantes de modo a facilitar competição "por e entre" pequenas empresas, procurando eliminar obstáculos à participação delas; 5ª) o cuidado para evitar exigências desnecessárias e injustificadas para os contratos, que pudessem impedir a participação das pequenas empresas; 6ª) a possibilidade de separação ou divisão de contratações para dar oportunidade a mais de uma empresa; 7ª) a recomendação a todas as agências federais para que fosse assegurada uma participação em proporção justa das pequenas empresas nas compras e serviços do governo; 8ª) a pesquisa de mercado para se estabelecer exigências necessárias e justificadas nas licitações; 9ª) a avaliação das pequenas empresas subcontratadas; 10ª) a previsão de metas percentuais adicionais de licitações destinadas a empresas de veteranos de guerra (incluindo inválidos), indivíduos economicamente desfavorecidos e mulheres; 11ª) a realização de licitações destinadas exclusivamente à participação das pequenas empresas para contratos de bens e serviços com valor acima de US\$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares), porque abaixo disso as "micro-compras" são feitas diretamente, e não superior a US\$ 100.000 (cem mil dólares), a menos que não possam ser obtidas 2 (duas) ou mais ofertas de pequenas empresas com preços competitivos com os de mercado, qualidade e entrega dos bens ou serviços; 12ª) a obrigação de apresentação de relatório anual sobre a aplicação da lei à Câmara dos Representantes e ao Senado; 13ª) o estabelecimento de pena de multa de até US\$ 500.000 (quinhentos mil dólares) e prisão de até 10 (dez) anos, ou ambos, além da perda dos contratos vigentes e impedimento de novos contratos por até 3 (três) anos, para quem falsear a verdade sobre o estado da empresa, pretendendo enquadrá-la dissimuladamente como "pequena empresa", visando obter contratos do governo; 14ª) a determinação de que todas as pequenas empresas recebam certificação da agência independente, "The U.S. Small Business Administration", com efeito de uma pré-



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

qualificação antecipada e permanente, para que possam usufruir os benefícios da lei, evitando complicações ou delongas sobre documentos durante a licitação; 15ª) a criação de uma "Ouvidoria" ("Ombudsman"), semelhante a um "Fórum Permanente", para promover discussões pelo País quanto à aplicação da Lei, à necessidade de sua atualização, além de receber reclamações de desvios; e 16ª) o estabelecimento de preferência, como se fosse uma espécie de critério de "desempate", nas licitações abertas a todas as empresas, pelo preço ofertado pela pequena empresa que não exceda 10% (dez) por cento do preço ofertado por outra empresa não beneficiada pela lei, ressalvadas situações especificadas.⁸

14. Não foram todas essas benesses incorporadas à legislação brasileira, mas não se pode olvidar que o artigo 47, da LC 123/06 incorpora a ideia de ser dado tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) 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.

15. A tônica sem dúvida é o fomento deste importante setor na economia, cujo próprio governo brasileiro reconhece sua relevância⁹:

"A partir do estudo dessas experiências internacionais e da própria natureza e relevância das compras públicas, consolida-se o entendimento de que o fomento às MPEs é instrumento eficaz para o desenvolvimento econômico, geração de emprego e renda, eliminação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais, e que adquire especial relevância no Brasil, tendo em vista a imensa informalidade do setor, de modo que as novas formas de incentivo ao setor por meio das compras governamentais passam a ter como objetivos a formalização e legalização das MPEs, o acesso a mercados, a transferência tecnológica, a formação de arranjos

⁸ Conforme esclarece Jonas Lima (ex-assessor da Presidência da República) no artigo acima mencionado, disponível em <<https://jus.com.br/artigos/9655>>. Acesso em 17/03/17.

⁹ Caderno de Logística nº 4 – Comprando das Micro e Pequenas Empresas do Ministério do Planejamento e Gestão, disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/sustentabilidade/comprando-das-micro-e-pequenas-empresas-revisado.pdf/view>>. Acesso em 17/03/17.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

produtivos locais e a capacitação para a competição no mercado interno e externo.

(...)

Nesse sentido, o fomento às MPEs, por meio do direcionamento das compras governamentais, não surge como iniciativa isolada, mas se enquadra em uma política maior de uso do poder de compra, em que a demanda por bens e serviços do Estado é utilizada como instrumento de política industrial para o desenvolvimento de setores sensíveis, vulneráveis ou estratégicos da economia.”

16. De maneira que para o cumprimento do artigo 47 da LC 123/06, a Administração Pública: I) deverá (no sentido cogente) realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME e EPP nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00; 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) 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 e, IV) 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 válido¹⁰.

17. Sendo que somente não se aplicará o disposto nos artigos 47 e 48 do estatuto quando:

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

I - (Revogado);

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

¹⁰ Vide art. 48, LC 123/06.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

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.

18. Voltando aos contornos constitucionais do tratamento diferenciado às ME e EPP poderia se questionar se este favorecimento não afrontaria ao princípio da igualdade insculpido no art. 37, XXI da CF que assim dispõe:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

19. De antemão, em nosso entendimento, não. Isto porque o reconhecimento do princípio da isonomia – também previsto no artigo 3º da Lei 8.666/93 – pressupõe a compreensão da sua dimensão formal e a material. É dizer, os benefícios existentes para as ME e EPP são na verdade formas de eliminar possíveis diferenças fáticas que acabam por comprometer o próprio princípio da igualdade.

20. Nas palavras de Marçal Justen Filho¹¹:

“a Constituição adotou a orientação de que benefícios restritos às pequenas empresas é uma solução destinada a promover a isonomia: as pequenas empresas devem ser protegidas legislativamente como meio

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2007, p. 33.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

de compensar a insuficiência de sua capacidade econômica para competir com as grandes empresas.”

21. Ou ainda, como ficou consignado no voto da Conselheira Adriene Andrade do TCE/MG, em resposta a Consulta nº 951416:

“Cumpre ressaltar que o tratamento diferenciado dado pela Lei Complementar 123/2006 às micro e pequenas empresas não caracteriza violação ao princípio da isonomia, visto que isonomia nada mais é que propiciar tratamento igual a todos os interessados, de maneira que todos possam disputar em igualdade de condições.

Com as alterações introduzidas pela Lei Complementar 123/2006, é possível afirmar que houve a transição de uma isonomia formal, que era utilizada em todas as licitações, mesmo com a participação de empresas em condições distintas, para uma isonomia real, que procura tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade.

O que se busca no tratamento diferenciado é igualar as condições de micro e pequenas empresas em relação às demais, fortalecendo a competitividade em busca do interesse público.”

22. Este também é o entendimento do Plenário do TCU, quando da prolação do Acórdão nº 1231/2008, em que se manifestou pela constitucionalidade do tratamento diferenciado conferido pelo Estatuto das ME e EPP, ante a harmonização que se deve dar ao artigo 3º da Lei 8666/93 com os artigos 170, IX e 179, da CF.

23. Superada esta questão, vale destacar que no âmbito federal a LC 123/06 é regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.538/15 (que revogou inteiramente o Decreto Estadual nº 6.204/07) e passou a disciplinar o tratamento favorecido não só para as ME e EPP, como também para agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

24. Para os objetivos que se propõe este estudo, destaca-se o art. 6º do Decreto Federal nº 8.538/15:

Art. 6º 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).

25. Já no âmbito da legislação mineira é o **Decreto Estadual nº 44.630/2007** (alterado pelo Decreto nº 46.665/14) que dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas do Estado de Minas Gerais, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Sendo necessário destacar, também seu artigo 6º:

Art. 6º Os órgãos e entidades deverão realizar aquisições e contratações de bens, serviços e obras destinadas exclusivamente à participação de pequenas empresas quando o valor estimado para o item de contratação não ultrapassar R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

§ 1º A regra de participação exclusiva de pequenas empresas na contratação, estabelecida no caput, deverá estar expressamente prevista no instrumento convocatório.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput às contratações diretas fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, inclusive quando realizadas por cotação eletrônica de preços.

§ 3º Considera-se item de contratação, para efeitos deste Decreto, o lote composto por um item ou por um conjunto de itens que habitualmente são fornecidos por empresas do mesmo ramo de atividade e que, após a etapa competitiva do certame, irá gerar contrato em nome do vencedor da disputa.

§ 4º As contratações diretas fundamentadas no inciso I do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, serão, preferencialmente, realizadas de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48 da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

§ 5º No caso em que não acudirem interessados à licitação, nos termos do caput, o procedimento licitatório deverá ser feito, podendo participar as demais empresas.

26. A questão que se coloca sob exame é o fato da legislação, federal (art. 48, I, LC c/c art. 6º do Decreto 8.538/15) e estadual (art. 6º do Decreto nº 44.630/07), não especificar a forma de cálculo para contratação exclusiva com ME e EPP quando a licitação tratar de contratos de natureza continuada que admitam prorrogações, nos termos do art. 57 da Lei 8666/93:

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses

27. Desta maneira, indaga-se se o valor a ser considerado para participação exclusiva da ME e EPP deva ser aquele inicialmente previsto, limitado ao montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) com as eventuais prorrogações, ou se deve ser levado em consideração a soma dos valores de todo o período passível de prorrogação, até o limite de sessenta meses para os serviços continuados.

28. É o que se analisa nas linhas abaixo.

II. Fundamentos da posição dominante

29. A interpretação até então adotada do art. 48, I, da LC 123/06 seria a de que o enquadramento no limite de R\$ 80.000,00 deveria ser do **valor global da contratação**, já computadas as possíveis prorrogações. Assim, no caso da



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

exclusividade de participação de micro e pequenas empresas verifica-se que tem prevalecido uma interpretação restritiva da norma.

30. **Conforme posição atual da Advocacia-Geral do Estado, por meio da Nota Jurídica nº 3492/13, esta Consultoria Jurídica concluiu que:**

“Se as prorrogações possíveis de um contrato devem ser consideradas para o cálculo do valor estimado, a fim de se aferir a modalidade de licitação, a mesma lógica há de ser aplicada na aferição do valor estimado para que seja analisada a aplicabilidade da exclusividade concedida às microempresas e empresas de pequeno porte nos diversos certames.

Assim, para que seja possível determinar se um procedimento licitatório poderá ser reservado exclusivamente às ME e EPP's, o dimensionamento realista do objeto terá que considerar as prorrogações do contrato, sob pena de elevarmos, em até cinco vezes, o valor determinado em lei para a concessão dessa exclusividade.”

31. **Tal entendimento acompanhou o posicionamento da AGU exarado na Orientação Normativa nº 10 (alterada pela Portaria AGU nº 572, de 13.12.2011) que restou assim ementada:**

“A DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRATAÇÃO LEVARÁ EM CONTA O PERÍODO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO E AS POSSÍVEIS PRORROGAÇÕES PARA: A) A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO EXCLUSIVA (MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADE COOPERATIVA); B) A ESCOLHA DE UMA DAS MODALIDADES CONVENCIONAIS (CONCORRÊNCIA, TOMADA DE PREÇOS E CONVITE); E C) O ENQUADRAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PREVISTAS NO ART. 24, INC. I E II, DA LEI Nº 8.666, DE 1993.”

32. O raciocínio utilizado pela AGU foi que a estimativa do valor do contrato deve considerar toda a programação dos gastos que serão necessários para cobrir a execução total do objeto contratado, considerando-se as possíveis prorrogações (art. 8º e art. 57, da Lei 8666/93), de forma que definirá qual



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

modalidade licitatória deverá ser adotada e se a licitação deve ser exclusiva a entidades de menor porte, como estabelecido na LC 123/06. Portanto, entendeu que¹²:

Quanto a aplicabilidade do raciocínio da Orientação Normativa para a definição se a licitação deverá ser exclusiva ou não para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas, entende-se cabível, pois a Constituição Federal previu o tratamento favorecido a elas no art. 179 e o princípio da isonomia entre os licitantes, da eficiência nas licitações no art. 37. E a legislação previu mecanismos para dar tratamento favorecido as Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas nos casos das contratações com valores superiores a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), consoante art. 44, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Com a adoção de tal critério prestigiam-se os princípios da isonomia, da economicidade e o da ampliação da competitividade, sem afronta ao comando constitucional que prevê política pública de favorecimento e estímulo às entidades de menor porte, consolidada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e seu Decreto regulamentador.

33. Esta também foi a orientação da **Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul** ao concluir no **Parecer nº 16.695** de 27 de janeiro de 2016¹³ que:

“Em conclusão, tem-se que, para fins de verificação do limite de R\$ 80.000,00, para a realização de certame com participação exclusiva de microempresas e EPPS's, deverá ser considerado o valor total da contratação, incluindo-se as possíveis prorrogações.”

34. E, claro, os posicionamentos dos órgãos consultivos da Advocacia Pública se firmaram em diversos acórdãos dos órgãos de controle no sentido de que as prorrogações de eventuais contratos de serviço contínuo deveriam ser

¹² Conforme fundamentação da redação atual da Orientação Normativa AGU nº 10 disponível para consulta em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189171>>. Acesso em 17/03/17.

¹³ Íntegra do parecer disponível em: <<http://www2.pge.rs.gov.br/pareceres/pa16695.pdf>>. Acesso em 17/03/17.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

limitadas ao valor de R\$ 80.000,00. A saber, somente na jurisprudência do TCU: **Acórdãos nºs 943/2010/Plenário; nº1482/2005/2ª Câmara; nº1725/03/1ª Câmara**, entre outros.

35. Não é diferente na jurisprudência do **TCE/MG** que ao responder a **Consulta nº 951416¹⁴**, procedente da Câmara Municipal de Lagoa da Prata, em **sessão Plenária do dia 09/09/15**, assim opinou:

EMENTA CONSULTA. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL ANUAL. ART 57, II E IV, DA LEI N. 8.666/93. VALOR DE ENQUADRAMENTO. VALORES DO PRIMEIRO ANO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 48, I, DA LC N. 123/2006.

1. Para efeito de abertura de licitação exclusiva às microempresas e empresas de pequeno porte, na contratação de serviços continuados, devem ser considerados apenas os valores referentes ao primeiro ano de vigência contratual.

2. Decisão por maioria de votos.

36. Mais a mais, longe de ser um tema em que haja consenso, também encontraremos doutrinadores que irão sustentar que a interpretação do art. 48, I, da LC 123/06 deve ser estrita, não cabendo ao intérprete ampliar seu entendimento de modo a considerar que o enquadramento do valor de R\$ 80.000,00 refere-se ao limite máximo do exercício financeiro, podendo ser redimensionado com eventuais prorrogações no caso de serviços e natureza continuada.

III – Novo paradigma: Acórdão 1932/2016 - TCU - Plenário. Reinterpretação conferida ao art. 48, I, da LC 123/06.

¹⁴ Íntegra do acórdão disponível em: <<http://lenotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/1173104>>. Acesso em 17/03/17.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

37. Em recente decisão do Tribunal de Contas da União, em sessão plenária ocorrida em 27 de julho de 2016, os Ministros do TCU firmaram 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 123/06, 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)**”¹⁵.

38. O caso concreto versa sobre uma representação apresentada pela empresa Thyssenkrupp Elevadores S.A, a qual alega ilegalidade do Pregão Eletrônico nº 022/2015, promovido pela Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV, em Florianópolis/SC.

39. Em síntese, a empresa aduz que o pregão destinado exclusivamente às ME e EPP para prestação de serviços de manutenção preventiva dos elevadores do órgão público, pelo período de 24 meses, violaria o art. 6º do Decreto 8.538/15, pois segundo fora argumentado, o valor da contratação (valor total estimado era de R\$ 53.839,92) acaso considerada as prorrogações, ultrapassaria o limite de R\$ 80.000,00 estabelecido em lei. Desta forma, a empresa não poderia ser impedida de participar do procedimento licitatório.

40. Admitida a representação, o exame técnico preliminar do TCU se manifestou no sentido de que a Lei 123/06 não faz menção à forma de cálculo quando a licitação trata de contratos de natureza continuada que admitam prorrogações, de forma que o tema careceria de estudos mais aprofundados e até

¹⁵ Íntegra do acórdão nº 1932/2016/TCU/Plenário disponível em:

<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d434f4d504c45544f2d31363334353532&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-COMPLETO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

que o Tribunal fixasse um entendimento, não seria possível impor aos órgãos a adoção de qualquer procedimento como norma.

41. Encaminhado ao plenário, o Ministro Relator Vital do Rêgo inicialmente votou no sentido de que: *“o art. 48, inciso I, da Lei Complementar 123, de 2006, que restringe o processo licitatório exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00, deve ser interpretado de forma estrita. Assim, por consequência, as prorrogações de eventuais contratos celebrados em decorrência deste dispositivo devem ser limitadas ao valor de R\$ 80.000,00, sob pena de se privar a participação da totalidade de empresas em detrimento de grupo já beneficiado pela norma”*.

42. Todavia, com pedido de vista do Ministro Revisor Benjamim Zymler foi aberto o **voto de divergência** sob os argumentos que aqui se reproduz:

“Com as devidas vênias ao ilustre relator, divirjo de sua proposta quanto a exegese do aludido inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006. 7. É inconteste na doutrina e na jurisprudência que às normas que prevêm direito excepcional não pode ser dada interpretação extensiva. Entretanto, não observo por parte da promotora do Pregão Eletrônico 22/2015 uma interpretação dessa natureza ao mencionado dispositivo legal.

8. A literalidade do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, que transcrevo a seguir, admite, de fato, a controvérsia a respeito da interpretação que deve ser dada ao dispositivo no caso de licitações para a contratação de prestação de serviços continuados:

“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);”

9. Mais uma vez, com as vênias devidas, entendo que uma interpretação mais adequada a ser dada ao dispositivo passa pela identificação dos balizadores utilizados pelo legislador para estabelecer o valor monetário máximo para o qual o incentivo constitucionalmente previsto (art. 179 da Constituição) deveria ser concedido. Em outras palavras,



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

cabe descobrir o parâmetro a que o montante financeiro mencionado faz referência.

10. Para tal mister, entendo que, antes de tudo, deve-se buscar na própria norma o referencial utilizado pelo legislador para a definição da importância de R\$ 30.000,00 prevista na lei.

11. Conforme dispõe o seu art. 3º, a Lei Complementar 123/2006 utiliza, para considerar microempresa ou empresa de pequeno porte, a receita bruta por essa auferida em cada ano-calendário. Da mesma forma, não se pode olvidar que o valor a que se refere o citado art. 48, se converterá em receita bruta da licitante que vier a ser contratada pela administração pública. Dessa forma, não vejo como afastar a relação existente entre esses valores.

12. Resta, contudo, identificar a que unidade os valores dizem respeito. No caso da receita bruta auferida, a lei é expressa: refere-se a cada ano-calendário. Assim, entendo que na ausência de qualquer referência para o valor dos itens de contratação a que se refere o inciso I do art. 48, para os casos de serviços de natureza continuada, o mais adequado é a utilização do período anual, pois o valor de R\$ 30.000,00 nada mais é que a fração do faturamento dessas empresas que o legislador entendeu como o limite adequado para a realização de licitação que lhes fosse exclusiva, de forma a atender o art. 179 da Constituição Federal, que trata do tratamento jurídico diferenciado a ser a elas concedido.

13. A partir desse raciocínio, apesar de não ser regra, nada impede que, em face da redação do art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993, o contrato originário possa ter um prazo diferente de um ano. Nesses casos, faz-se necessária a proporcionalização, de forma que o contrato originário possa ter, como limite máximo a ensejar a licitação exclusiva, o valor resultante desse cálculo. Por exemplo, para contratos com duração de seis meses, esse valor seria de R\$ 40.000,00. Para contratos de dezoito meses, R\$ 120.000,00. Considerando a possibilidade de prorrogações sucessivas desse tipo de contrato por um período máximo de até sessenta meses, esse valor limite seria de R\$ 400.000,00.

14. Ademais, por outro lado, se considerarmos que o limite de R\$ 30.000,00 deva se referir, como consignou o eminente relator, ao prazo máximo permitido de sessenta meses (art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993) para os contratos de prestação de serviços continuados, estaríamos falando em valores mensais de R\$ 1.333,33. Tal importância inviabilizaria qualquer contrato de prestação de serviços que exigisse a disponibilização de até mesmo apenas um colaborador, considerando o salário mínimo desse empregado e demais encargos trabalhistas. Vê-se, assim, que tal interpretação inviabilizaria a realização de licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte, nos casos de contratação de serviços continuados. Esta corte estaria, por via



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

transversa, fazendo do inciso I do art. 48 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte letra morta.

15. Ressalto, ainda, que, em geral, para os contratos de prestação de serviços, as empresas não dependem para a sua execução de grande estrutura organizacional ou de relevantes ativos permanentes, o que faz das microempresas e empresas de pequeno porte vocacionadas para o atendimento desse tipo de demanda da Administração.

16. Dessa forma, entendo que a melhor interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é que o valor nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade. Tal interpretação, parece-me a que dá a necessária efetividade ao incentivo previsto no art. 179 da Constituição Federal.

Ante o exposto, com as devidas vênias ao ilustre relator e em consonância com a proposta da unidade técnica, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este Colegiado.”

43. Diante de tais fundamentos apresentados pelo Ministro Benjamin Zymler, o Ministro Relator modificou seu voto e adotou as razões apresentadas pelo Revisor por entender ser medida de melhor justiça. Por fim, os Ministros de TCU acordaram, diante das razões expostas pelo Relator, firmar o seguinte entendimento:

REPRESENTAÇÃO. DATAPREV. PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. DISCUSSÃO ACERCA DA INTERPRETAÇÃO A SER EMPRESTADA AO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR 123, DE 2006, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR 147, DE 2014. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. CIÊNCIA.

A interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 12/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R\$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade.

44. Pois bem. Não obstante seja uma questão polêmica na doutrina e na jurisprudência dos órgãos de controle, dada a recém-publicada decisão do TCU,



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

que ainda sequer foi objeto de análise dos órgãos judiciários (não encontramos julgados neste sentido), comungamos do entendimento sedimentado no Acórdão nº 1932/16 do TCU.

45. Isto porque a nova interpretação dada ao art. 48, I, da LC123/06, de fato concretiza o art. 170, inciso IX e/c art. 179 da Constituição Federal, que como visto no item I deste estudo, sempre teve o condão de incentivar e viabilizar a adoção de políticas públicas destinadas a promover a justiça social e os valores consagrados constitucionalmente, como é o caso do tratamento diferenciado às ME e EPP que decorre dos princípios gerais da atividade econômica e da ideia de igualdade material.

46. Ademais, como pelo posto pelo Ministro Benjamin Zymler, a aferição de valores para fins de contratação exclusiva, se considerado o limite máximo de prorrogações, torna o art. 48, I, da LC 123/06 letra morta, pois em termos práticos somente permitiria a contratação exclusiva de ME e EPP nos valores de contratação de até R\$ 1.333,33 mensais ou até R\$ 16.000,00 anuais, valores estes facilmente transponíveis para abrir a participação de quaisquer licitantes.

47. Desta maneira, considerando as lições da Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha¹⁶, no sentido de que os princípios por serem polifórmicos e plásticos possuem uma capacidade de se amoldar a diferentes interpretações, nos posicionamos favoráveis à (re)interpretação do art. 48, I, LC 123/06 por nos parece ser o melhor caminho para a exegese da **função social das contratações públicas**.

CONCLUSÃO

¹⁶ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.



ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO

Consultoria Jurídica

48. Por todo o exposto, sem perder de vista a divergência com o posicionamento atual da AGU e do TCE/MG, acreditamos que a tese aqui desenvolvida é defensável caso a Coordenação de Licitações e Contratos queiram se valer do mesmo entendimento do TCU no Acórdão nº 1932/16, e considerar que **“a interpretação a ser dada ao inciso I do art. 48 da Lei Complementar 12/2006, para os casos de serviços de natureza continuada, é no sentido de que o valor de R\$ 80.000,00 nele previsto se refere ao período de um ano, devendo, para contratos com períodos diversos, ser considerada sua proporcionalidade”**.

49. Desta forma, a bem embasada Nota Jurídica nº 3492 (27/03/13) desta Consultoria Jurídica, desenvolvida, contudo, antes da mudança de posicionamento do TCU, estaria superada com o advento do Acórdão nº 1932/16 – Plenário – TCU.

50. É o parecer que se propõe a apreciação.

Belo Horizonte, 20 de março de 2017.

RAFAELLA BARBOSA LEÃO
Procuradora do Estado
MASP 1.186.062-4 – OAB/MG 107.724

Aprovado em: *05 de maio de 2017.*

Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Advogado-Geral do Estado

André Luiz Batista Júnior
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO