

# LICITAÇÃO

## MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

### RESERVA DE COTA – PERCENTUAL

PROCESSO N° : 114494/20  
ASSUNTO : CONSULTA  
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE LONDRINA  
INTERESSADO : MARCELO BELINATI MARTINS  
RELATOR : CONSELHEIRO ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO

### ACÓRDÃO N° 477/21 - TRIBUNAL PLENO

**EMENTA:** Consulta. Microempresa e empresa de pequeno porte. Cota de até 25%. Art. 48 da Lei n° 123/06. Prejulgado n° 27-TCEPR. Favorecimento. Percentual inferior motivado nas causas do art. 49 do citado diploma legal.

## 1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta apresentada por MARCELO BELINATI MARTINS, Prefeito do MUNICÍPIO DE LONDRINA, que formula os seguintes questionamentos:

1. Considerando o texto do artigo 48, inciso III da Lei Complementar n° 123/06 que estabelece a obrigatoriedade de reserva de cota de até 25% e na redação do Prejulgado 27 e do Acórdão n° 2122/2019 consta a obrigatoriedade de reserva de cota de 25%, existe impedimento para a Administração Pública adotar a reserva de cota de até 25%, analisando individualmente o objeto de cada contratação, de forma a buscar um melhor percentual de aplicação de acordo com a realidade de mercado?
2. Houve algum entendimento divergente quanto ao disposto na Lei Complementar n° 123/06 por parte dessa Corte de Contas para que se mantenha o estabelecimento da cota fixa de 25% para disputa apenas entre as pequenas e microempresas, conforme apresenta a redação do referido Prejulgado e Acórdão?

A assessoria jurídica da Entidade emitiu o Parecer Jurídico n° 82/20 (peça n° 04), "no sentido da discricionariedade do estabelecimento de cotas inferiores a 25% do objeto nos termos do que preconizado no inciso III do artigo 48 da LC 123/06".

Admitida a consulta (peças n° 07), a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca informa a inexistência de decisões com força normativa sobre o tema.

A Coordenadoria de Gestão Municipal, mediante a Instrução n° 3451/20 (peça n° 11), responde as indagações do Consulente:

(...) pela possibilidade de fixação de cota exclusiva à microempresas e empresas de pequeno porte em percentual menor que 25% (vinte e cinco por cento), com fundamento no art. 49 da Lei Complementar n° 123/06, desde que devidamente justificado nos autos do procedimento licitatório.

Para tanto, destaca que:

a) Ainda que o art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 estabeleça que a cota seja de até 25% (vinte e cinco por cento), a utilização de percentual menor roga por justificativa amparada nas causas previstas no art. 49 do mesmo diploma legal, considerando o objetivo da norma de favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 47 da norma em questão;

b) Referida fundamentação não deve se revelar como simples indicação do enquadramento da situação do certame com a uma das exceções legais, sendo necessária a efetiva demonstração das razões que amparam a utilização de percentual inferior a 25% (vinte e cinco por cento).

Por sua vez, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por meio do Parecer nº 214/20 (peça nº 12), manifesta-se no mesmo sentido da Unidade Técnica.

É o relatório.

## 2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Em análise aos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 311 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, verifica-se que: (a) a autoridade consulente é legitimada para formular consultas; (b) há quesitos objetivos, indicando precisamente as dúvidas; (c) a observância do diploma regulamentar se insere na competência fiscalizatória do Tribunal de Contas; (d) o parecer jurídico local aborda conclusivamente o tema; e (e) não há vinculação à caso concreto.

Limitam-se as indagações do Consulente à interpretação do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 e do Prejulgado nº 27 desta Corte de Contas, no que diz respeito a possibilidade, ou não, da reserva de cota em percentual inferior a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto dos certames à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Esclarece o Consulente que a referida dúvida reside no fato da letra da lei prever o termo "até 25% (vinte e cinco por cento)", enquanto a redação do citado prejulgado cita que a reserva é "de 25% (vinte e cinco por cento)":

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

(...)

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.

(...)" (destacamos)

"i) É possível, mediante expressa previsão em lei local ou no instrumento convocatório, realizar licitações exclusiva à microempresas e empresas de pequeno porte, sediadas em determinado local ou região, em virtude da peculiaridade do objeto a ser licitado ou para implementação dos objetivos propostos no art. 47, Lei Complementar nº 123/2006, desde que, devidamente justificado;

- ii) Na ausência de legislação suplementar local que discipline o conteúdo do art. 48, § 3º da LC nº 123/2006, deve ser aplicado o limite de preferência definido pela Legislação Federal às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas local ou regionalmente, desde que dentro do preço máximo previsto no edital;
- iii) Conforme o disposto no art. 48, inciso I da Lei Complementar nº 123/2006, é obrigatória a realização de licitação exclusiva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte sempre que os itens ou lotes submetidos à competição tenham valor adstrito ao limite legal de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Para bens de natureza divisível, cujo valor ultrapasse o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a Administração deve reservar **uma cota de 25% (vinte e cinco por cento)** para disputa apenas entre as pequenas e microempresas. Com relação aos serviços de duração continuada, o teto deve ser considerado para o calendário financeiro anual;
- iv) A aplicação dos instrumentos de fomento dos incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 é obrigatória à Administração Pública, somente podendo ser afastada nas hipóteses retratadas no art. 49 do mesmo diploma legislativo, exigindo-se, em qualquer caso, motivação específica e contextualizada quanto à sua incidência. (destacamos)

Tal como bem ponderado pela Unidade Técnica e também já tratado no Prejulgado nº 27 desta Corte de Contas, a intenção do legislado ao formular a Lei Complementar nº 123/06 circunda o favorecimento das microempresas e empresas de pequeno porte, com tratamento diferenciado e simplificado, como forma de incentivo, atendendo à ordem econômica nacional, tal como mencionado nos arts. 146, III, "d",<sup>1</sup> e 170, IX,<sup>2</sup> da Constituição Federal, mediante a redação do seu art. 47:

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

Sobre o tema, são as autorizadas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO:

Já os benefícios do art. 48 são vinculados à realização das finalidades previstas no art. 47. Ou seja, trata-se de beneficiar as pequenas empresas, mas não é apenas isso. O benefício às pequenas empresas não é o fim último

1 "Art. 146. Cabe à lei complementa:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e § 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

(...)"

2 "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.

(...)"

buscado pela legislação. É o meio para a realização de outros fins, muito mais complexos e amplos. O que se busca é, por meio da preferência assegurada às ME e EPP, promover a inovação tecnológica, o desenvolvimento econômico e social e as outras finalidades referidas no art. 47.<sup>3</sup>

Assim, o art. 48 da dessa lei infraconstitucional<sup>4</sup> deve ser interpretado visando atender a equilíbrio entre a busca da proposta mais vantajosa à Administração e o desenvolvimento nacional sustentável a que faz menção o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Dentro deste contexto, pode a Administração adotar a reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento), portanto, inferior ao referido percentual, porém, desde que analiticamente fundamentada nas situações do art. 49 da mencionada Lei, sob pena de se esvaziar o fomento que ambiciona o espírito da norma:

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 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.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2007, p. 109/110.

4 "Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:  
I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);  
II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;  
III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.  
§ 1º (revogado).

§ 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.

§ 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."

Neste mesmo sentido, destacou a Unidade Técnica e corroborou o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas:

(...) é fundamental que a Administração demonstre, objetivamente, nos autos do procedimento licitatório, as razões que fundamentaram a fixação da cota exclusiva em percentual menor que 25% (vinte e cinco por cento), não bastando a simples indicação de que a situação se enquadra em uma das exceções à aplicação da reserva.

Desse modo, é possível a fixação de cota exclusiva à microempresas e empresas de pequeno porte em percentual menor que 25% (vinte e cinco por cento), com fundamento no art. 49 da Lei Complementar nº 123/06, desde que devidamente justificado nos autos do procedimento licitatório.<sup>5</sup>

"(...) a possibilidade de ser arbitrado percentual de cota exclusiva menor que 25% deve estar embasada em um dos incisos do art. 49 da referida Lei Complementar, sendo que a Administração deve demonstrar, objetivamente, nos autos do procedimento licitatório, as razões que fundamentaram a fixação da cota exclusiva em percentual menor que 25%.<sup>6</sup>

Logo, responde-se o questionamento do Consultante nos seguintes termos:

I - Considerando o texto do artigo 48, inciso III da Lei Complementar nº 123/06 que estabelece a obrigatoriedade de reserva de cota de ATÉ 25% e na redação do Prejulgado 27 e do Acórdão nº 2122/2019 consta a obrigatoriedade de reserva de cota DE 25%, existe impedimento para a Administração Pública adotar a reserva de cota de até 25%, analisando individualmente o objeto de cada contratação, de forma a buscar um melhor percentual de aplicação de acordo com a realidade de mercado?

Sim, pode a Administração adotar a reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento), porém, desde que analiticamente fundamentada nas situações do art. 49 da Lei Complementar nº 123/06, sob pena de se esvaziar o fomento que ambiciona o espírito da mencionada norma.

II - Houve algum entendimento divergente quanto ao disposto na Lei Complementar nº 123/06 por parte dessa Corte de Contas para que se mantenha o estabelecimento da cota fixa de 25% para disputa apenas entre as pequenas e microempresas, conforme apresenta a redação do referido Prejulgado e Acórdão?

Diante da resposta do item 1, resta prejudicado este questionamento.

## 2.1 CONCLUSÃO

Diante do exposto, VOTO pelo CONHECIMENTO da presente Consulta e, no mérito, pela RESPOSTA dos questionamentos, no sentido de que pode a Administração adotar a reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento), porém, desde que analiticamente fundamentada nas situações do art. 49 da Lei Complementar nº 123/06, sob pena de se esvaziar o fomento que ambiciona o espírito da mencionada norma.

5 Peça nº 11, fls. 04 e 05.

6 Peça nº 214/20.

### 3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, por unanimidade, em conhecer da presente Consulta e, no mérito, pela RESPOSTA dos questionamentos, no sentido de que pode a Administração adotar a reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento), porém, desde que analiticamente fundamentada nas situações do art. 49 da Lei Complementar nº 123/06, sob pena de se esvaziar o fomento que ambiciona o espírito da mencionada norma.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES e o Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 4 de março de 2021 – Sessão Ordinária Virtual nº 3.

**ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO**  
**Conselheiro Relator**

**FABIO DE SOUZA CAMARGO**  
**Presidente**