

MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

LICITAÇÃO - PARÂMETROS

PROCESSO N° : 323786/19
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : MUNICÍPIO DE FAZENDA RIO GRANDE
INTERESSADO : MÁRCIO CLAUDIO WOZNIACK, MARCO ANTONIO MARCONDES SILVA, NASSIB KASSEM HAMMAD
RELATOR : CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

ACÓRDÃO N° 2210/22 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Licitações e contratos. Tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. Disponibilização de processos licitatórios na internet. Reajustes por apostilamento. Conhecimento em parte. Resposta.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de Consulta formulada pelo Sr. Márcio Cláudio Wozniack, então Prefeito do Município de Fazenda Rio Grande, em que apresentou os seguintes questionamentos:

- a) Qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná com relação à documentação necessária exigida para comprovação de enquadramento de licitantes como MEI, ME e EPP, visando concessão do tratamento diferenciado em licitações? Há legalidade na exigência de “Declaração” que ateste a condição de ME, EPP e MEI assinada conjuntamente pelo administrador da pessoa jurídica e o contador responsável?
- b) No que diz respeito às políticas públicas que implementem o tratamento diferenciado às ME, EPP e MEI, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná entende que há legalidade na execução de certames licitatórios com participação exclusiva de ME, EPP e MEI locais e/ou regionais embasados nestas políticas públicas?
- c) Especificamente acerca dos Microempreendedores Individuais (MEI's), qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná quanto à dispensa ou não exigência de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica em certames licitatórios? Qual deve ser a diferenciação na documentação exigida dos MEI's em certames licitatórios? Em sendo legítima a dispensa de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, por meio de qual documento a Administração Pública poderia assegurar-se quanto à capacidade do potencial licitante em atender o objeto licitatório?
- d) Tendo em vista a insegurança que os empresários têm com relação ao descumprimento dos prazos de pagamento por parte da Administração Pública em geral e atentando-se para o tratamento diferenciado instituído em lei, haveria a possibilidade legal de instituir preferência de pagamento para as ME, EPP e MEI que venham a fornecer bens e serviços para o Município? A adoção desta prática colocaria o gestor público em risco

por descumprimento da ordem cronológica de pagamento imposta legalmente?

e) Quanto à possibilidade de realização de subcontratação de ME, EPP e MEI prevista no artigo 48, II, da Lei Complementar Federal n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, por parte de licitantes não enquadrados, de que forma seriam realizados os pagamentos diretamente à empresa subcontratada, conforme disposição legal, considerando que atualmente o layout do SIM-AM não aceita a vinculação de pessoa jurídica ao contrato que não tenha participado desde o início da fase externa da licitação? Da mesma forma, não se verifica possível emitir Termo Aditivo de contrato onde figure pessoa jurídica não vinculada como participante da licitação, como solucionaríamos este impasse? Justifica-se a relevância do pagamento de forma direta às ME, EPP e MEI a fim de evitar ocorrência de inadimplência da empresa subcontratante para com a subcontratada, o que parece ser o objetivo da legislação que beneficia as ME, EPP e MEI.

f) O Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná entende que o Decreto n.º 9.412/18 que alterou os valores do artigo 23 da Lei Federal n.º 8.666/1993 abrange os municípios? Em caso de negativa, qual seria o instrumento utilizado para atualização dos valores e qual a periodicidade de aplicação a ser respeitada? Em caso positivo, como delimitar os valores a serem utilizados em 2018?

g) Em qual fase da licitação se deve solicitar a certidão simplificada das ME, EPP e MEI?

h) Relativamente à obrigação imposta pela Lei Estadual n.º 19.581, de 04 de julho de 2018, que trata sobre a disponibilização da íntegra dos processos licitatórios pelos órgãos estaduais e municipais da administração pública direta e indireta, o que se deve considerar como íntegra em tempo real dos processos licitatórios a serem disponibilizados nos sites dos municípios?

i) Qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná em relação à legalidade no ato de priorizar as compras de produtos que serão fornecidos por ME, EPP e MEI, em detrimento das demais licitantes não enquadrados nas contratações e aquisições realizadas por Atas de Registro de Preços? O fator preço precisaria ser analisado para que fosse possível a priorização?

j) Em casos de contrato de monopólio como aquisições de asfaltos, emulsões e outros elementos desta espécie, devida à grande variação de custos, qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná sobre a legalidade em se estabelecer reajuste por simples apostilamento sem a emissão de aditivo contratual?

A Procuradoria Jurídica do Município emitiu o devido parecer (peça 4), posicionando-se a respeito das dúvidas do consulente.

Pelo Despacho n.º 604/19-GCILB (peça 6), admitiu-se o processamento da Consulta.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, por meio da Informação n.º 52/19-SJB (peça 8), noticiou ter encontrado em sua base de dados algumas decisões¹ acerca do tema.

Por intermédio do Despacho n.º 88/20-CGF (peça 11), a Coordenadoria-Geral de Fiscalização externou que, caso haja alteração no entendimento vigente, após

¹ Acórdãos n.º 2159/18-STP; n.º 1141/18-STP; n.º 1376/18-STP; n.º 5454/15-STP.

o julgamento o processo deve retornar àquela unidade para ciência e adoção das medidas pertinentes.

A Coordenadoria de Gestão Municipal, em resposta às dúvidas apresentadas, concluiu (Instrução nº 1862/21-CGM, peça 12):

- a) Cabe ao Município a regulamentação sobre a forma de comprovação da condição de MPE em seu âmbito. Contudo, mostra-se descabida a exigência de que a declaração de enquadramento seja firmada por contador, sendo suficiente a assinatura do representante legal da empresa.
- b) Considerando que o presente questionamento foi respondido por decisão do Pleno com efeito normativo, cabível a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 313, §4º, do Regimento Interno, comunicando-se ao Consulente a existência do Prejulgado nº 27.
- c) Os documentos exigidos para a qualificação técnica, conforme o art. 37, XXI, da Constituição Federal, têm de estar circunscritos ao mínimo necessário para a execução do objeto, devendo ser os mesmos para os MEI e para as pessoas jurídicas.
- d) É possível o estabelecimento, através de lei local, de tratamento diferenciado na ordem de pagamento às MPE, visando assegurar 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.
- e) É possível o pagamento direto aos subcontratados enquadrados como MPE, hipótese prevista no art. 48, II, § 2º, da Lei Complementar nº 123/06.
- f) Considerando que o presente questionamento foi respondido por decisão do Pleno com efeito normativo, cabível a extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 313, § 4º, do Regimento Interno, comunicando-se ao Consulente a existência do Acórdão nº 1200/19 - Tribunal Pleno.
- g) A certidão simplificada da Junta Comercial pode ser exigida na fase de habilitação.
- h) Todo o procedimento licitatório deve ser disponibilizado, inclusive a sua fase interna, no tempo necessário à sua inserção no Portal da Transparência, devendo ser resguardado os documentos que tenham a publicidade diferida.
- i) É possível priorizar as compras de produtos da cota reservada nas atas de registro de preços, desde que haja previsão no instrumento convocatório, bem como que o preço não seja superior ao da cota principal.
- j) O mero reajuste de preços previsto no contrato pode ser realizado através de apostilamento.

O Ministério Público de Contas corroborou em parte o opinativo técnico (Parecer nº 15/22-PGC, peça 13):

(...) pelo conhecimento parcial da consulta, não devendo ser conhecidos os quesitos (b) e (f) e, no mérito, pelo oferecimento da seguinte resposta para o quesito (d): extrapola a competência legislativa local a instituição de preferências que alterem a ordem legal de pagamento dos débitos municipais, ainda que a pretexto de ampliar os benefícios da Lei Complementar nº 123/2006; e, quanto às demandas remanescentes, pelo acolhimento das sugestões exaradas no opinativo técnico.

É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Inicialmente, ressalto que conheço desta Consulta apenas em parte, pois ausentes requisitos de admissibilidade quanto a dois questionamentos, conforme passo a expor.

No quesito (b), o Consulente indagou se, com base nas políticas públicas de tratamento diferenciado às microempresas (ME), empresas de pequeno porte (EPP) e microempreendedores individuais (MEI), esta Corte entende que há legalidade na execução de licitações com participação exclusiva de ME, EPP e MEI locais e/ou regionais.

Ocorre que, por meio do Acórdão nº 2122/19-STP², aprovou-se o Prejulgado nº 27, que, entre outros aspectos, fixou o seguinte entendimento:

i) É possível, mediante expressa previsão em lei local ou no instrumento convocatório, realizar licitações exclusivas a 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. 47³, Lei Complementar n.º 123/2006, desde que, devidamente justificado;

Nos termos regimentais⁴, tal decisão possui caráter normativo.

Considerando que a dúvida já foi esclarecida por este Tribunal, cabível a aplicação do § 4^{os} do artigo 313 do Regimento Interno.

Desse modo, acompanhando as manifestações uniformes, deixo de conhecer da Consulta, nesse ponto.

Já no quesito (f), o consulente inquiriu se esta Corte entende que o Decreto nº 9.412/18⁶ (que atualizou os valores do artigo 23 da Lei nº 8.666/93) abrange os Municípios; em caso de resposta negativa, qual seria o instrumento utilizado para atualização dos montantes e periodicidade de aplicação; e, se positiva, como delimitar os valores a serem utilizados.

2 Relator: Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Unânime. Votaram também Nestor Baptista, Fernando Augusto Mello Guimarães, Ivan Lelis Bonilha, José Durval Mattos do Amaral, Ivens Zschoerper Linhares e o Auditor Sérgio Ricardo Valadares Fonseca.

3 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.

4 Art. 414. O prejulgado tem caráter normativo e será aplicado sempre que invocado no exame processual.

5 Art. 313. Uma vez protocolada, autuada e distribuída, será a consulta encaminhada ao Relator para proceder ao juízo de admissibilidade.

§ 4º Tratando-se de tema sobre o qual o Tribunal já tenha se pronunciado com efeito normativo, o relator dará ciência ao interessado extinguindo o processo.

6 Art. 1º Os valores estabelecidos nos [incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Este Tribunal já teve a oportunidade de discutir o assunto, quando da apreciação do Processo de Consulta nº 52336-6/18, que gerou o Acórdão nº 1200/19-STP⁷, em que se concluiu:

Tendo em vista que as normas gerais previstas na Lei de Licitações se aplicam aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os limites financeiros das modalidades licitatórias ali previstos, devidamente atualizados por Decreto do Poder Executivo Federal, também devem ser aplicados aos Estados e Municípios, de modo direto, sem a necessidade de qualquer providência pelos Poderes Estaduais ou Municipais.

Sobre “como delimitar os valores a serem utilizados”, evidencia-se objetivamente, conforme artigo 2º do Decreto nº 9.412/18, que o emprego das novas quantias pôde ser efetuado a partir da entrada em vigor de tal norma, ou seja, trinta dias após sua publicação (a qual ocorreu em 19/06/2018).

Portanto, na medida em que o tema já foi apreciado por esta Corte, o § 4º do artigo 313 do Regimento Interno deve ser novamente aplicado.

Sendo assim, no mesmo sentido das manifestações uniformes, não conheço da Consulta quanto ao quesito (f).

Passo ao exame das demais questões.

No quesito (a), indagou-se qual o posicionamento deste Tribunal em relação à documentação a ser exigida para que se comprove o enquadramento de licitantes como MEI, ME e EPP, visando concessão de tratamento diferenciado; e se há legalidade na exigência de “Declaração” que ateste a condição de ME, EPP e MEI, assinada em conjunto pelo administrador da pessoa jurídica e o Contador responsável.

Pois bem.

A Lei Complementar nº 123/06 não disciplina acerca da maneira de se comprovar o atendimento das condições para enquadramento de empresas como MEI, ME ou EPP.

No âmbito federal, a regulamentação do tema ocorreu com a edição do Decreto nº 8.538/15, o qual dispõe:

Art. 13, § 2º. Deverá ser exigida do licitante a ser beneficiado a declaração, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, microempreendedor individual, produtor rural pessoa física, agricultor familiar ou sociedade cooperativa, o que o tornará apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos [art. 42 ao art. 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006](#).

Nos termos desse dispositivo, exige-se do licitante apenas a apresentação da declaração de que cumpre os requisitos legais para tal enquadramento, sendo desnecessária a entrega de certidão expedida pela Junta Comercial.

7 Relator: Conselheiro Fernando Augusto Mello Guimarães. Unânime. Votaram também Artagão de Mattos Leão, José Durval Mattos do Amaral, Fabio de Souza Camargo, Ivens Zschoerper Linhares e o Auditor Cláudio Augusto Kania.

8 Art. 2º. Este Decreto entra em vigor trinta dias após a data de sua publicação.

Como bem explanou a Coordenadoria de Gestão Municipal⁹:

Embora seja de competência dos municípios a regulamentação sobre a forma de comprovação da condição de MEI, ME ou EPP em seu âmbito, mostra-se desarrazoado exigir que a declaração de enquadramento seja firmada por contador, mormente porque a exigência representaria um ônus desnecessário aos MEI, categoria criada justamente para possibilitar que todas as suas obrigações sejam cumpridas pelo próprio microempreendedor.

Nessa toada, em consonância com as manifestações técnica e Ministerial, a resposta a ser oferecida é a de que cabe ao Município a regulamentação, em seu âmbito, sobre a forma de comprovação da condição de MEI, ME ou EPP; entretanto, não se deve exigir que a declaração de enquadramento seja firmada por Contador, bastando a assinatura do representante legal da empresa.

No quesito (c), solicitou-se qual o entendimento desta Corte acerca da dispensa ou não exigência de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica em licitações, por parte dos microempreendedores individuais (MEI); qual a diferenciação nos documentos a serem exigidos dos MEI em certames licitatórios; e, em sendo legítima a dispensa do Atestado, por meio de qual documento a Administração poderia assegurar-se quanto à capacidade do licitante em atender o objeto licitatório.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI¹⁰, dispõe que o processo de licitação “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Assim, de acordo com o texto constitucional, só se pode exigir aquilo que for indispensável.

Inexiste embasamento legal para que ocorra dispensa de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica apenas para os MEI.

Portanto, se, para determinado objeto, o gestor público concluir que não é necessária a apresentação do Atestado, todos os participantes do certame devem ser dispensados da sua entrega, seja qual for o tipo de empresa.

Por outro vértice, tratamento igualitário a todos os tipos empresariais também deve ser ofertado caso se entenda pela imprescindibilidade do documento.

Nessa senda, a resposta adequada é a de que os documentos exigidos para qualificação técnica devem estar em consonância com o mínimo necessário para a execução do objeto, devendo ser os mesmos para as pessoas jurídicas e para os MEI.

No quesito (d), o consulente questionou se, em atenção ao tratamento diferenciado, haveria possibilidade legal de se instituir preferência de pagamento para as ME, EPP e MEI que venham a fornecer bens e serviços para o Município; e se

9 Instrução nº 1862/21, peça 12.

10 Art. 37, 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.

a adoção dessa prática colocaria o gestor público em risco por descumprimento da ordem cronológica de pagamento imposta legalmente.

A esse respeito cumpre transcrever a manifestação do Ministério Público de Contas¹¹, em que se abordou a questão de forma satisfatória:

Harrison Leite, observando a ausência de discricionariedade quanto à ordem de pagamento das obrigações licitadas, contratadas e liquidadas, admite exceção à cronológica:

nas hipóteses em que os serviços não foram devidamente prestados, ou naquelas em que pairam dúvidas sobre a qualidade, quantidade e adequação do bem entregue ou da obra realizada, desde que tenha havido processo administrativo com as garantias a ele inerentes para averiguar eventuais irregularidades, poderá haver alteração na ordem de pagamento. O autor, na sequência, salienta a prescrição do art. 92 da Lei nº 8.666/1993 (substituído pelo art. 337-H do Código Penal, incluído pela Lei nº 14.133/2021, mantendo-se a continuidade normativo-típica) e do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/1967, o qual tipifica como Crime de Responsabilidade dos prefeitos o seguinte:

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...) XII - Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário; (...)

Deve o gestor municipal ser impessoal, buscar o atingimento da finalidade pública, sem favorecimentos indevidos.

Concordo, assim, com as suficientes ponderações do Órgão Ministerial, as quais adoto como razões de decidir, no sentido de que “excede a competência suplementar dos entes locais, ainda que a pretexto de ampliar benefícios previstos a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, alterar a forma pela qual as despesas públicas são processadas, matéria indiscutivelmente afeta ao direito financeiro, sob pena de se usurpar a competência da União para legislar sobre normas gerais”.

Nessa esteira, respondo ao quesito (d): extrapola a competência legislativa local a instituição de preferências que alterem a ordem legal de pagamento dos débitos municipais, ainda que a pretexto de ampliar os benefícios da Lei Complementar nº 123/06.

No quesito (e), indagou-se, quanto à possibilidade de realização de subcontratação de ME, EPP e MEI por parte de licitantes não enquadrados, de que forma seriam realizados os pagamentos diretamente à empresa subcontratada, considerando que atualmente o layout do SIM-AM não aceita vinculação de pessoa jurídica ao contrato que não tenha participado desde o início da fase externa da licitação; e qual seria a solução para a circunstância de que não se verifica possível emitir termo aditivo de contrato onde figure pessoa jurídica não vinculada como participante da licitação.

¹¹ Parecer nº 15/22, peça 13.

A subcontratação surge quando o contratado celebra com terceiros (subcontratados) a execução de parte do objeto do contrato.

Afigura-se inviável liquidar a despesa e efetivar diretamente o pagamento se as partes (contratante e subcontratado) não constituíram uma relação jurídica, exceto quando a lei expressamente autorizar.

É o caso da Lei Complementar Federal nº 123/06, que prevê a possibilidade de subcontratação:

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

(...)

I - 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;

(...)

§ 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.

À luz desse dispositivo, os subcontratados podem receber diretamente da Administração Pública o empenho e o pagamento. Confere-se, assim, tratamento jurídico diferenciado e simplificado às ME, EPP e MEI, de modo a se atender aos fundamentos constantes do artigo 179¹² da Constituição Federal e da própria Lei Complementar nº 123/06.

No que diz respeito às dúvidas do consulente quanto à utilização do sistema SIM-AM, fato é que não se caracterizam como passíveis de serem sanadas mediante o instrumento da Consulta, haja vista que não se tratam de questões relacionadas com a aplicação de dispositivos legais e regulamentares, conforme previsão do Regimento Interno¹³.

Não obstante, acompanho o entendimento da CGM de que se afigura pertinente encaminhar os presentes autos à Coordenadoria-Geral de Fiscalização para análise da necessidade de alterações a serem efetuadas no sistema, com vistas a tornar plenamente exequível a inserção de dados referentes às subcontratações.

Logo, quanto ao quesito (e), respondo que as ME, EPP e MEI podem, na qualidade de subcontratadas, receber diretamente o pagamento do Poder Público.

No quesito (g), perguntou-se em qual fase da licitação se deve solicitar a certidão simplificada das ME, EPP e MEI.

12 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.

13 Art. 311. A consulta formulada ao Tribunal de Contas, conforme o disposto no Título II, Capítulo II, Seção VII, da Lei Complementar nº 113/2005, deverá atender aos seguintes requisitos: (...)
III - versar sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal; (...)

A certidão simplificada emitida pela Junta Comercial do Paraná constitui-se de extrato de informações atualizadas da empresa, constantes de atos arquivados junto àquele Órgão.

Para a condição de enquadramento de ME, EPP e MEI, conforme já explanado no quesito (a), deve-se exigir da licitante somente a apresentação da declaração, sob as penas da lei, de que cumpre os pressupostos legais para tal qualificação, o que a tornará apta a usufruir do tratamento favorecido, sendo desnecessária a entrega de certidão expedida pela Junta Comercial.

Ocorre que, nas licitações, a fase definida como habilitação possui como objetivo verificar se a proponente cumpre os requisitos previstos em lei e no instrumento convocatório; é o momento em que acontece a averiguação acerca de sua capacidade em honrar os compromissos relacionados à execução do contrato.

Assim, acompanhando as manifestações uniformes, em resposta ao quesito (g), entendo que a apresentação da certidão simplificada pode ser feita pela empresa proponente na fase de habilitação.

No quesito (h), relativamente à obrigação imposta pela Lei Estadual nº 19.581/18 (que trata sobre a disponibilização dos processos licitatórios pelos Órgãos estaduais e municipais), interrogou-se o que se deve considerar como íntegra em tempo real dos processos a serem disponibilizados nos sites dos Municípios.

A Lei nº 19.581/18 estabelece expressamente acerca da exigência de que os Órgãos públicos tornem disponíveis, em seus sites, a totalidade dos processos de licitação:

Art. 1º. Os órgãos estaduais e municipais da administração pública direta e indireta que realizarem processos licitatórios, disponibilizarão a íntegra desses processos em tempo real em seus sites.

Parágrafo único. O órgão responsável pelo processo licitatório disponibilizará pesquisa simplificada, permitindo como requisito único de busca o ano de abertura do edital.

Mediante o Acórdão nº 1278/20-STP¹⁴, esta Corte de Contas assim já decidiu acerca deste tema:

Cumprir salientar que a divulgação da totalidade dos documentos que formam o processo licitatório é de suma importância para o cumprimento do dever de transparência, sendo que sua inobservância importa em violação dos Princípios da Publicidade e da Eficiência, gerando prejuízo às atividades de controle. Outrossim, a Lei Estadual n.º 19581/18 prevê a necessidade que referida disponibilização ocorra em tempo real: (...)

Nesta toada, deve, neste ponto, a Representação ser julgada procedente parcialmente, a fim de RECOMENDAR que o MUNICÍPIO DE CAMPO LARGO garanta a alimentação do Portal da Transparência em tempo real, no mesmo

14 Ref. Processo nº 16143-3/19. Relator: Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Unânime. Votaram também Fernando Augusto Mello Guimarães, Ivan Lelis Bonilha, José Durval Mattos do Amaral, Fábio de Souza Camargo e Ivens Zschoerper Linhares.

sentido da cautelar concedida por esta Corte, visando a disponibilização integral dos procedimentos licitatórios e dos contratos firmados pela municipalidade.

À vista da literalidade do comando da Lei nº 19.581/18, do precedente acima transcrito e da necessária observância ao princípio da publicidade, a resposta a ser oferecida é a de que todo o processo licitatório deve ser disponibilizado, no tempo necessário apenas à sua inserção na internet, devendo ser resguardados somente eventuais documentos que possuam, conforme previsão legal, publicidade diferida.

No quesito (i), questionou-se se há legalidade no ato de priorizar compras de produtos que são fornecidos por ME, EPP e MEI, em detrimento das demais licitantes não enquadradas como tal, nas contratações e aquisições realizadas mediante Atas de Registro de Preços; e se o fator preço precisa ser analisado para que seja possível a priorização.

A Lei Complementar nº 123/06 dispõe:

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.

Infere-se, desta norma, que é necessário reservar até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para microempresas e empresas de pequeno porte; contudo, não se estabeleceu de que modo efetivar as compras quanto aos preços praticados nas cotas principal e reservada, quando se sagrarem vencedoras empresas distintas.

No Manual de Licitações¹⁵ deste Tribunal, esclareceu-se que, apesar da possibilidade de que um mesmo objeto seja adjudicado por um determinado preço na cota principal e outro na cota reservada, ambos os preços não podem superar o que havia sido estimado pela Administração Pública:

(..) Com a aplicação da regra do artigo 48, III da LC nº 123/2006, a Administração terá que criar duas cotas para um mesmo objeto: uma cota principal, de até 75% do objeto que será disputada por empresas de todos os portes, e outra cota reservada, de até 25% do objeto que será disputada apenas por ME ou EPP. Dessa forma, poderá ocorrer de um mesmo objeto ser adjudicado por um preço na cota principal e outro preço na cota reservada. Contudo, nenhum destes dois preços poderá ser maior que o preço estimado pela Administração em sua pesquisa de preço de mercado.

Quanto ao registro de preços com cotas principais do objeto e cotas reservadas

15 Manual de licitações / por Crislayne Maria Lima Amaral Nogueira; Edilson Gonçalves Liberal, Gihad Menezes; Ivano Rangel; Marcus Vinicius Machado; org. Luís Maurício Junqueira. 3. ed. rev., atual. e aum. por Gihad Menezes, Leonardo Evangelista de Souza Zambonini e Marcus Vinicius Machado. Curitiba: EGP/TCEPR/FOPEME; SEBRAE, 2021. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/manual-de-licitacoes/305196/area/251>

às MPE, no mesmo Manual de Licitações, consta, relativamente à ordem de execução dessas cotas:

(...) Não há na LC nº 123/2006 uma regra que determine de qual cota deve-se contratar por primeiro. O ideal é que isso venha a ser regulamentado pelo Ente, seja por lei, regulamento ou no próprio Edital da licitação. Geralmente, estabelece-se que a cota reservada será primeiramente executada, haja vista a própria finalidade do Estatuto da Micro e Pequenas Empresas em garantir o tratamento favorecido e diferenciado às MPE. Mas há casos em que se estabelece uma execução inicial do menor preço ou execução proporcional da ata. O importante é que, ao final do prazo de vigência da ata, a reserva de cota de até 25% tenha sido mantida.

Com efeito, o texto constitucional prevê, dentre os princípios da Administração Pública, o da eficiência¹⁶.

Mediante o procedimento licitatório, almeja-se selecionar a proposta mais vantajosa aos interesses da Administração, ou seja, com melhor relação custo-benefício. Relevante, portanto, que, nas respectivas contratações, sejam aplicados os princípios da economicidade¹⁷ (o qual decorre da eficiência) e da indisponibilidade do interesse público.

Advém da aplicação dos fundamentos dos artigos 170, IX¹⁸ e 179¹⁹ da Constituição Federal o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte estabelecido pela Lei Complementar nº 123/06.

E referida lei, no artigo 49²⁰, dispõe que não se aplicam os benefícios do artigo 48, quando “não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”.

Diante desse contexto, em resposta ao quesito (i), concluo que é possível priorizar as compras de produtos da cota reservada às microempresas e empresas de pequeno porte, desde que o preço não seja superior ao da cota principal.

16 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

17 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

18 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.

19 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.

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

No quesito (j), inquiriu-se: em casos de contrato de monopólio como aquisições de asfaltos, emulsões e outros elementos desta espécie, devido à grande variação de custos, qual o posicionamento deste Tribunal sobre a legalidade em se estabelecer reajuste por simples apostilamento sem a emissão de aditivo contratual?

Nos termos da Lei nº 8.666/93:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

§ 8º. A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.

A Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) também prevê nesse sentido:

Art. 136. Registros que não caracterizam alteração do contrato podem ser realizados por simples apostila, dispensada a celebração de termo aditivo, como nas seguintes situações:

I - variação do valor contratual para fazer face ao reajuste ou à repactuação de preços previstos no próprio contrato; (...)

O apostilamento é o ato administrativo por meio do qual se efetua a anotação ou o registro que não importa em modificação das bases contratuais. É utilizado para registrar variações, como reajustes e compensações, que não possam ser caracterizadas como alterações do contrato.

Já o termo aditivo é o procedimento a ser utilizado para formalizar modificações permitidas legalmente que se caracterizem como inovações das condições e cláusulas contratuais.

Desse modo, em resposta ao quesito (j), a formalização do reajuste de preços, conforme previsto no contrato, pode ocorrer por apostilamento.

2.1 DO VOTO

Ante o exposto, VOTO pelo conhecimento em parte desta Consulta para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

a) Qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná com relação à documentação necessária exigida para comprovação de enquadramento de licitantes como MEI, ME e EPP, visando concessão do tratamento diferenciado em licitações? Há legalidade na exigência de “Declaração” que ateste a condição de ME, EPP e MEI assinada conjuntamente pelo administrador da pessoa jurídica e o contador responsável?

Resposta: Cabe ao Município a regulamentação, em seu âmbito, sobre a forma de comprovação da condição de MEI, ME ou EPP; entretanto, não se deve exigir que

a declaração de enquadramento seja firmada por Contador, bastando a assinatura do representante legal da empresa.

b) Item não conhecido, nos termos da fundamentação.

c) Especificamente acerca dos Microempreendedores Individuais (MEI's), qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná quanto à dispensa ou não exigência de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica em certames licitatórios? Qual deve ser a diferenciação na documentação exigida dos MEI's em certames licitatórios? Em sendo legítima a dispensa de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, por meio de qual documento a Administração Pública poderia assegurar-se quanto à capacidade do potencial licitante em atender o objeto licitatório?

Resposta: Os documentos exigidos para qualificação técnica devem estar em consonância com o mínimo necessário para a execução do objeto, devendo ser os mesmos para as pessoas jurídicas e para os MEI.

d) Tendo em vista a insegurança que os empresários têm com relação ao descumprimento dos prazos de pagamento por parte da Administração Pública em geral e atentando-se para o tratamento diferenciado instituído em lei, haveria a possibilidade legal de instituir preferência de pagamento para as ME, EPP e MEI que venham a fornecer bens e serviços para o Município? A adoção desta prática colocaria o gestor público em risco por descumprimento da ordem cronológica de pagamento imposta legalmente?

Resposta: Extrapola a competência legislativa local a instituição de preferências que alterem a ordem legal de pagamento dos débitos municipais, ainda que a pretexto de ampliar os benefícios da Lei Complementar nº 123/06.

e) Quanto à possibilidade de realização de subcontratação de ME, EPP e MEI prevista no artigo 48, II, da Lei Complementar Federal n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, por parte de licitantes não enquadrados, de que forma seriam realizados os pagamentos diretamente à empresa subcontratada, conforme disposição legal, considerando que atualmente o layout do SIM-AM não aceita a vinculação de pessoa jurídica ao contrato que não tenha participado desde o início da fase externa da licitação? Da mesma forma, não se verifica possível emitir Termo Aditivo de contrato onde figure pessoa jurídica não vinculada como participante da licitação, como solucionaríamos este impasse? Justifica-se a relevância do pagamento de forma direta às ME, EPP e MEI a fim de evitar ocorrência de inadimplência da empresa subcontratante para com a subcontratada, o que parece ser o objetivo da legislação que beneficia as ME, EPP e MEI.

Resposta: As ME, EPP e MEI podem, na qualidade de subcontratadas, receber diretamente o pagamento do Poder Público. Quanto às dúvidas a respeito do SIM-

AM, afigura-se pertinente encaminhar os autos à CGF para análise da necessidade de alterações a serem efetuadas no sistema, com vistas a tornar plenamente exequível a inserção de dados referentes às subcontratações.

f) Item não conhecido, nos termos da fundamentação.

g) Em qual fase da licitação se deve solicitar a certidão simplificada das ME, EPP e MEI?

Resposta: A apresentação da certidão simplificada pode ser feita pela empresa proponente na fase de habilitação.

h) Relativamente à obrigação imposta pela Lei Estadual n.º 19.581, de 04 de julho de 2018, que trata sobre a disponibilização da íntegra dos processos licitatórios pelos órgãos estaduais e municipais da administração pública direta e indireta, o que se deve considerar como íntegra em tempo real dos processos licitatórios a serem disponibilizados nos sites dos municípios?

Resposta: Todo o processo licitatório deve ser disponibilizado, no tempo necessário apenas à sua inserção na internet, devendo ser resguardados somente eventuais documentos que possuam, conforme previsão legal, publicidade diferida.

i) Qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná em relação à legalidade no ato de priorizar as compras de produtos que serão fornecidos por ME, EPP e MEI, em detrimento das demais licitantes não enquadrados nas contratações e aquisições realizadas por Atas de Registro de Preços? O fator preço precisaria ser analisado para que fosse possível a priorização?

Resposta: É possível priorizar as compras de produtos da cota reservada às microempresas e empresas de pequeno porte, desde que o preço não seja superior ao da cota principal.

j) Em casos de contrato de monopólio como aquisições de asfaltos, emulsões e outros elementos desta espécie, devido à grande variação de custos, qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná sobre a legalidade em se estabelecer reajuste por simples apostilamento sem a emissão de aditivo contratual?

Resposta: A formalização do reajuste de preços, conforme previsto no contrato, pode ocorrer por apostilamento.

Após o trânsito em julgado, encaminhem-se os autos à Coordenadoria-Geral de Fiscalização e à Escola de Gestão Pública para as providências pertinentes, ficando, desde logo, autorizado o posterior encerramento e arquivamento do feito junto à Diretoria de Protocolo.

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 IVAN LELIS BONILHA, por unanimidade, em conhecer em parte esta Consulta para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

I - Qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná com relação à documentação necessária exigida para comprovação de enquadramento de licitantes como MEI, ME e EPP, visando concessão do tratamento diferenciado em licitações? Há legalidade na exigência de “Declaração” que ateste a condição de ME, EPP e MEI assinada conjuntamente pelo administrador da pessoa jurídica e o contador responsável?

Resposta: Cabe ao Município a regulamentação, em seu âmbito, sobre a forma de comprovação da condição de MEI, ME ou EPP; entretanto, não se deve exigir que a declaração de enquadramento seja firmada por Contador, bastando a assinatura do representante legal da empresa;

II - Item não conhecido, nos termos da fundamentação;

III - Especificamente acerca dos Microempreendedores Individuais (MEI's), qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná quanto à dispensa ou não exigência de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica em certames licitatórios? Qual deve ser a diferenciação na documentação exigida dos MEI's em certames licitatórios? Em sendo legítima a dispensa de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, por meio de qual documento a Administração Pública poderia assegurar-se quanto à capacidade do potencial licitante em atender o objeto licitatório?

Resposta: Os documentos exigidos para qualificação técnica devem estar em consonância com o mínimo necessário para a execução do objeto, devendo ser os mesmos para as pessoas jurídicas e para os MEI;

IV - Tendo em vista a insegurança que os empresários têm com relação ao descumprimento dos prazos de pagamento por parte da Administração Pública em geral e atentando-se para o tratamento diferenciado instituído em lei, haveria a possibilidade legal de instituir preferência de pagamento para as ME, EPP e MEI que venham a fornecer bens e serviços para o Município? A adoção desta prática colocaria o gestor público em risco por descumprimento da ordem cronológica de pagamento imposta legalmente?

Resposta: Extrapola a competência legislativa local a instituição de preferências que alterem a ordem legal de pagamento dos débitos municipais, ainda que a pretexto de ampliar os benefícios da Lei Complementar nº 123/06;

V - Quanto à possibilidade de realização de subcontratação de ME, EPP e MEI prevista no artigo 48, II, da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro

de 2006, por parte de licitantes não enquadrados, de que forma seriam realizados os pagamentos diretamente à empresa subcontratada, conforme disposição legal, considerando que atualmente o layout do SIM-AM não aceita a vinculação de pessoa jurídica ao contrato que não tenha participado desde o início da fase externa da licitação? Da mesma forma, não se verifica possível emitir Termo Aditivo de contrato onde figure pessoa jurídica não vinculada como participante da licitação, como solucionaríamos este impasse? Justifica-se a relevância do pagamento de forma direta às ME, EPP e MEI a fim de evitar ocorrência de inadimplência da empresa subcontratante para com a subcontratada, o que parece ser o objetivo da legislação que beneficia as ME, EPP e MEI;

Resposta: As ME, EPP e MEI podem, na qualidade de subcontratadas, receber diretamente o pagamento do Poder Público. Quanto às dúvidas a respeito do SIM-AM, afigura-se pertinente encaminhar os autos à CGF para análise da necessidade de alterações a serem efetuadas no sistema, com vistas a tornar plenamente exequível a inserção de dados referentes às subcontratações;

VI - Item não conhecido, nos termos da fundamentação;

VII - Em qual fase da licitação se deve solicitar a certidão simplificada das ME, EPP e MEI?

Resposta: A apresentação da certidão simplificada pode ser feita pela empresa proponente na fase de habilitação;

VIII - Relativamente à obrigação imposta pela Lei Estadual n.º 19.581, de 04 de julho de 2018, que trata sobre a disponibilização da íntegra dos processos licitatórios pelos órgãos estaduais e municipais da administração pública direta e indireta, o que se deve considerar como íntegra em tempo real dos processos licitatórios a serem disponibilizados nos sites dos municípios?

Resposta: Todo o processo licitatório deve ser disponibilizado, no tempo necessário apenas à sua inserção na internet, devendo ser resguardados somente eventuais documentos que possuam, conforme previsão legal, publicidade diferida;

IX - Qual o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná em relação à legalidade no ato de priorizar as compras de produtos que serão fornecidos por ME, EPP e MEI, em detrimento das demais licitantes não enquadrados nas contratações e aquisições realizadas por Atas de Registro de Preços? O fator preço precisaria ser analisado para que fosse possível a priorização?

Resposta: É possível priorizar as compras de produtos da cota reservada às microempresas e empresas de pequeno porte, desde que o preço não seja superior ao da cota principal;

X - Em casos de contrato de monopólio como aquisições de asfaltos, emulsões e outros elementos desta espécie, devido à grande variação de custos, qual o

posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Paraná sobre a legalidade em se estabelecer reajuste por simples apostilamento sem a emissão de aditivo contratual?

Resposta: A formalização do reajuste de preços, conforme previsto no contrato, pode ocorrer por apostilamento; e

XI - encaminhar, após o trânsito em julgado, os autos à Coordenadoria-Geral de Fiscalização e à Escola de Gestão Pública para as providências pertinentes, ficando, desde logo, autorizado o posterior encerramento e arquivamento do feito junto à Diretoria de Protocolo.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES.

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

Plenário Virtual, 29 de setembro de 2022 – Sessão Ordinária Virtual nº 13.

IVAN LELIS BONILHA

Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO

Presidente