



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO N.º: 88672/15  
ASSUNTO: CONSULTA  
ENTIDADE: MUNICÍPIO DE MERCEDES  
INTERESSADO: CLECI MARIA RAMBO LOFFI  
RELATOR: CONSELHEIRO NESTOR BAPTISTA

### ACÓRDÃO N.º 877/16 - Tribunal Pleno

Consulta. Município de Mercedes. Pelo conhecimento da consulta, e resposta nos seguintes termos: (a) A verificação do cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas, pode ser realizada com base em critérios discricionários estabelecidos pelo Município, sempre tendo em vista a análise dos custos e benefícios dos parâmetros a serem empregados. Com o escopo de minimizar riscos de falhas na pesquisa de mercado, recomenda-se que inicialmente seja efetuada uma busca nos dados internos do próprio Município, com ênfase ao registro cadastral e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou para objetos semelhantes. Ademais, deve o ente complementar a investigação, buscando informações atualizadas, podendo utilizar, *exempli gratia*, informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, assim como questionamentos a alguma microempresa ou empresas de pequeno porte local ou regional se existem outras potenciais participantes da licitação. Entretanto, custos e benefícios das medidas a serem adotadas na referida pesquisa devem ser sopesados, de modo a evitar danos ao Erário. Se porventura o ente não lograr êxito na perquirição de três fornecedores na localidade e optar pela confirmação de que não há fornecedores aptos a nível regional, a investigação deve ser ainda mais profunda, inclusive por meio da análise de documentos de outros entes a que tenha acesso. Outrossim, é prudente que a Administração, quando não efetuar a licitação diferenciada, explicita no edital o motivo pelo qual não a realizou, majorando-se a probabilidade de que algum interessado apresente recurso em sentido oposto. (b) Uma interpretação literal da Lei n.º 123/2006, faz crer que não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3 (três) empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, mas simplesmente que existam os três fornecedores



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

competitivos enquadrados nas exigências legais. Contudo, insta consignar ser inaceitável que a licitação tenha um baixo número de concorrentes por falhas na divulgação do certame pela Administração. (c) A justificativa para aplicação de margem de preferência deve ter por parâmetro a busca de ao menos um dos objetivos dispostos no caput do artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Ademais, a margem de preferência somente poderá ser aplicada quando as seguintes condições forem cumulativamente preenchidas: (i) o benefício esteja expressamente previsto no ato convocatório, caso em que a Administração será obrigada a contratar a microempresa ou empresa de pequeno porte local ou regional que oferecer o melhor preço, se dentro da margem de preferência e se o valor ofertado espelhar a realidade do mercado; (ii) a microempresa ou empresa de pequeno porte tenha efetivamente participado do certame e oferecido durante o procedimento licitatório preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência; (iii) trate-se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado); e (iv) o preço enquadrado dentro da margem de preferência seja compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte. (d) Uma interpretação gramático-litera do artigo 48, § 3º, evidencia que o uso da conjunção “ou” estabelece que o ente poderá estabelecer, alternativamente, a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente. Desta forma, os requisitos “local” e “regional” não são cumulativos, sendo de discricionariedade do gestor optar pelo modo que melhor atender ao interesse público, assim como aos princípios reitores da Administração Pública. Por óbvio que a escolha da opção “regional” necessariamente abarca os fornecedores locais. Caso opte por conceder o benefício unicamente às microempresas e empresas de pequeno porte sediadas “localmente”, ao contrário, excluem-se aquelas “regionais” e não “locais”. Entretanto, apõe-se a ressalva de que somente poderá a Administração Municipal restringir a prioridade de contratação a empresas locais quando comprovada a existência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte competitivas naquele mesmo âmbito. (e) É certo que, enquanto entende-se “local” os limites geográficos do



# TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Município, definidos de modo oficial, o termo “regional” é de conceituação menos rígida. A Administração Municipal, neste sentido, poderá estabelecer discricionariamente um critério de “região”, desde que o mesmo seja prévio, impessoal, objetivo e uniformemente aplicado aos certames licitatórios daquele ente, restando vedada a modificação injustificada dos parâmetros empregados. Deve a metodologia de definição pautar-se em fundamentos pré-estabelecidos, seja por instituição reconhecidas de estudos no âmbito geográfico (e.g., IBGE, IPARDES), seja por lei municipal que obedeça aos princípios da impessoalidade e da objetividade. Adotado determinado critério para definição da região, é prudente que haja robusta justificativa para mudança e que o novo critério seja utilizado também em futuros certames. Seja qual for o conceito definido, deve sempre ser superior aos limites geográficos do próprio Município, mas não amplo o suficiente a ponto que determinada empresa esteja enquadrada na região, mas esteja faticamente impedida de prestar o objeto específico da licitação em razão de estar muito distante do ente contratante, vez que nesse caso não é uma potencial participante da licitação. Verificado que a região usualmente estabelecida não serve ao objeto sob análise em razão da impossibilidade fática de empresa localizada na região prestar o serviço, sua extensão poderá ser reduzida, desde que a decisão seja robustamente fundamentada, mediante utilização de critério também prévio, impessoal, objetivo – situação excepcional, válida para objetos bastante específicos.

## 1. RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Prefeita Municipal de Mercedes, Sra. Cleci Maria Rambo Loffi, na qual se indaga: (a) como se verificar o cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas; (b) se a condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 deve se concretizar para validade do certame, ou seja, se há a necessidade do efetivo comparecimento de, no mínimo, três microempresas ou empresas de pequeno porte nas licitações diferenciadas; (c) qual interpretação deve ser conferida ao termo “justificadamente”, presente no § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006; (d) se a disposição do § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, admite seja



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

estabelecida prioridade de contratação unicamente em favor de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente, ou se há a obrigatoriedade de se contemplar as sediadas regionalmente; e (e) se os artigos 47, 48 e 49 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, fazem alusão a microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, assim como o que pode se entender por “região” para fins de aplicação dos referidos dispositivos.

O parecer jurídico da assessoria municipal manifestou-se nos seguintes termos: (a) o cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123/2006, pode ser verificado através do registro cadastral do órgão licitador; (b) a condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123/2006, não exige a efetiva participação do número mínimo de microempresas e empresas de pequeno porte nos certames diferenciados, bastando a constatação de sua existência; (c) o termo “justificadamente”, presente no § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123/2006, deve ser interpretado como a demonstração da necessidade/utilidade da intervenção do Poder Público com vistas a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito local ou regional, sempre à vista de dados concretos, como índices e indicadores; (d) a disposição do § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123/2006, admite seja estabelecida prioridade de contratação unicamente em favor de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente; e (e) para fins de aplicação das disposições dos artigos 47, 48 e 49 da Lei Complementar n.º 123/2006, devem ser entendidas como “região” as microrregiões geográficas estabelecidas pelo IBGE.

A Diretoria de Jurisprudência e Biblioteca (DJB), em cumprimento ao disposto no parágrafo §2º do artigo 313, e inciso X, do artigo 166 do Regimento Interno deste Tribunal, mediante a informação n.º 10/15 (peça 07), atestou a inexistência de precedentes específicos deste egrégio Tribunal de Contas a respeito da matéria versada na consulta.

A Diretoria de Contas Municipais (DCM) desta Casa, por meio da instrução n.º 2346/15 (peça 11) pugnou pela apresentação de respostas nos seguintes termos: (a) a pesquisa deve ser realizada com base em critérios discricionários do ente, sempre tendo em vista a análise dos custos e benefícios de



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

determinada escolha. No entanto, recomenda-se que antes de afirmar a inexistência de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados localmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório sejam tomadas ao menos as seguintes medidas pouco onerosas e que demandam pouco tempo para serem efetivadas: registro cadastral para fins de habilitação do ente e pesquisa a respeito dos fornecedores que participaram de licitação anterior para o mesmo objeto. No entanto, se no caso concreto houver algum óbice ou dificuldade para busca desses dados, de modo que os prejuízos superem os benefícios, é possível que não sejam efetuados. Importante explicitar que essas pesquisas não são suficientes para que o ente tenha convicção da inexistência de fornecedores competitivos. Isso porque os fornecedores não são obrigados a participar de uma licitação ou a realizar registro cadastral no município para fins de habilitação. Assim, outras pesquisas devem ser efetuadas. Não é necessário que o ente busque a informação de todas as formas possíveis, custos e benefícios das medidas a serem adotadas devem ser sopesados. Ademais, se algum dado encontrado for desatualizado, importante que se busque informação atualizada, por exemplo, no site da receita federal. Quando o Ente não conseguir comprovar que existem 3 (três) fornecedores na localidade e por opção discricionária sua, optar pela busca e demonstração de que não há fornecedores aptos na região – ao invés de localmente – terá que efetuar uma pesquisa mais complexa, seja por meio da análise dos documentos de outros Entes a que tiver acesso, seja pela busca das informações em outros locais, como na junta comercial. Por fim, é prudente que a Administração, quando não efetuar a licitação diferenciada, explicitar no edital o motivo pelo qual não a realizou. A título de exemplo, ao constar no edital que a licitação diferenciada não foi realizada em razão da inexistência de 3 (três) empresas situadas local ou regionalmente, aumenta-se a chance de que algum interessado apresente recurso comprovando que existem microempresas ou empresas de pequeno porte no local ou região delimitado. Nesse caso, a Administração deve analisar o recurso e averiguar se houve algum equívoco no momento em que realizou sua pesquisa; (b) não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3 (três) empresas, mas de que existam 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

exigências estabelecidas no instrumento convocatório. Apesar disso, não é aceitável que a licitação tenha um baixo número de concorrentes por falha na divulgação do certame pela Administração. Caso existam várias empresas locais ou regionais competitivas e um número pequeno de participantes no certame, a Administração deve avaliar se as demais tiveram acesso à informação, não se limitando apenas a cumprir as formalidades da lei. Realizada uma autocrítica a respeito da eficácia da divulgação realizada, deve averiguar de que modo pode aperfeiçoar a forma de publicação, levando em conta as peculiaridades de cada ente, de modo a garantir o maior número possível de concorrentes em busca de uma ampla concorrência no certame; (c) a justificativa para aplicação de margem de preferência deve ter por parâmetro a busca de ao menos um dos objetivos dispostos no caput do artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006, quais sejam: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Ademais, a margem de preferência somente poderá ser aplicada quando as seguintes condições forem cumulativamente preenchidas: a) o benefício esteja expressamente previsto no ato convocatório, caso em que a Administração será obrigada a contratar a microempresa ou empresa de pequeno porte local ou regional que oferecer o melhor preço, se dentro da margem de preferência e se o valor ofertado espelhar a realidade do mercado; b) a microempresa ou empresa de pequeno porte tenha efetivamente participado do certame e oferecido durante o procedimento licitatório preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência; c) trate-se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado) e a empresa que ofertou o melhor preço válido seja microempresa ou empresa de pequeno porte não sediada local ou regionalmente. Isso porque ausentes os benefícios previstos no caput – como no caso da porção de 75% dos objetos cujo valor seja superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) – não há como o ente estabelecer a margem de preferência nos termos descritos no § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123/2006. d) O preço enquadrado dentro da margem de preferência seja compatível com a realidade do mercado. Quanto ao preço de mercado, importante salientar que a licitação que garante a ampla competição de



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

todas as empresas interessadas – sejam elas grandes ou pequenas – tende a auferir preços condizentes com o do mercado. No caso de licitações diferenciadas o risco de distorção nos preços das propostas apresentadas à Administração aumenta. Portanto, nesses casos, a pesquisa de mercado deve ser feita com ainda mais cautela; (d) a Administração poderá dar prioridade de contratação apenas às empresas locais. No entanto, para que isso seja permitido, a análise de existência de no mínimo 3 (três) microempresas ou empresas de pequeno porte competitivas deve ter se dado também no âmbito local. Isso porque em uma mesma licitação devem ser utilizados parâmetros idênticos para definição do termo “local” ou “regional”. Assim, se a busca dos três fornecedores competitivos para fins de realização de licitação diferenciada foi realizada em determinada região, essa mesma área geográfica deverá ser utilizada para todo o certame. Frise-se que se encontrados 3 (três) fornecedores aptos em pesquisa local, não é necessário que se faça pesquisa regional para adotar o critério regional, visto que existindo três localmente, por óbvio também existirão na região; (e) enquanto entende-se “local” como os limites geográficos do Município, o termo “regional” permite conceito mais aberto. A Administração poderá estabelecer um critério de região, desde que seja prévio, impessoal, objetivo e uniformemente aplicado às licitações daquele Ente. Entende-se por prévio aquele que não é utilizado única e exclusivamente para o fim de definição de região, ou que esteja previsto em norma municipal que obedeça à impessoalidade e objetividade. Como exemplos de critérios prévios, objetivos e impessoais, citam-se os seguintes: o Estado do Paraná; as microrregiões do Estado do Paraná; as mesorregiões do Estado do Paraná; a associação dos Municípios a que aquele Município pertença. Adotado determinado critério para definição da região, é prudente que haja robusta justificativa para mudança e que o novo critério seja utilizado também em futuros certames. Seja qual for o conceito definido, deve sempre ser superior aos limites geográficos do próprio Município. Ademais, não pode ser grande o suficiente a ponto que determinada empresa esteja enquadrada na região, mas esteja faticamente impedida de prestar o objeto específico da licitação em razão de estar muito distante do ente contratante, vez que nesse caso não é uma potencial participante da licitação. Verificado que a região usualmente estabelecida não serve ao objeto sob análise em razão da impossibilidade fática de empresa localizada na região prestar o serviço, sua



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

extensão poderá ser reduzida, desde que a decisão seja robustamente fundamentada, mediante utilização de critério também prévio, impessoal, objetivo. Frise-se que se trata de situação excepcional, válida para objetos bastante específicos.

O douto Ministério Público de Contas (MPC), com fulcro no parecer n.º 12487/15 (peça 12), de lavra do ilustre Procurador-Geral Michael Richard Reiner, corroborou, em sua integralidade, o opinativo da unidade técnica deste Tribunal.

É o relatório.

### 2. VOTO

Em sede preliminar, insta salientar que efetivamente a presente consulta cumpre os requisitos do artigo 38 da Lei Orgânica do TCE/PR e do artigo 311 do Regimento Interno desta Corte, devendo ser, portanto, conhecida.

Art. 38. A consulta deverá atender aos seguintes requisitos:

- I – ser formulada por autoridade legítima;
- II – conter apresentação objetiva dos quesitos, com indicação precisa da dúvida;
- III – versar sobre dúvida na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência do Tribunal de Contas;
- IV – ser instruída por parecer jurídico ou técnico emitido pela assessoria técnica ou jurídica do órgão ou entidade consulente, opinando acerca da matéria objeto da consulta;
- V – ser formulada em tese.

Insta consignar que a consulta em tela terá resposta oferecida pelo Tribunal formulada em abstrato, nos termos do artigo 38, § 1º, da Lei Complementar Estadual n.º 113/2005.

Feitas tais ponderações, preliminarmente, conheço da presente consulta.

Neste diapasão, passo a abordar, no mérito, cada uma das questões suscitadas na consulta *sub examine*:

(a) como se verificar o cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas:





## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Inicialmente, cumpre explicitar os precisos termos do artigo 49 da Lei Complementar n.º 123/2006, em conformidade com a redação dada pela Lei Complementar n.º 147/2014:

Artigo 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 n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do artigo 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 artigo 48.

Especificamente no que tange ao inciso segundo, objeto da presente consulta, assiste razão à unidade técnica deste insigne Tribunal de Contas ao sublinhar ser de fato complexo aferir se há ou não, em determinado caso concreto, três pequenas empresas capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Assim, a pesquisa pode ser realizada com base em critérios discricionários estabelecidos pelo Município, sempre tendo em vista a análise dos custos e benefícios dos parâmetros a serem empregados.

Por certo, minimizam-se riscos de falhas no momento em que a Administração faz uma efetiva pesquisa do mercado, efetuada de forma satisfatória.

Neste sentido, recomenda-se que inicialmente seja efetuada uma busca nos dados internos do próprio Município, com ênfase ao registro cadastral e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou para objetos semelhantes.

Contudo, resta incontroverso que tais informações são insuficientes para firmar convicção da inexistência de empresas competitivas, uma vez que



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

empresas potencialmente competitivas não são obrigadas a participar de licitações ou a manter registro cadastral para fins de habilitação.

Diante de tal contexto, deve o ente complementar a investigação, podendo utilizar, *exempli gratia*, informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, assim como questionamentos a alguma microempresa ou empresas de pequeno porte local ou regional se existem outras potenciais participantes da licitação. Entretanto, custos e benefícios das medidas a serem adotadas na referida pesquisa devem ser sopesados, de modo a evitar danos ao Erário.

Em caso da obtenção de dados defasados, deve o ente buscar informações atualizadas, por exemplo, junto à Receita Federal do Brasil.

Se porventura o ente não lograr êxito na perquirição de três fornecedores na localidade e optar pela confirmação de que não há fornecedores aptos a nível regional, a investigação deve ser ainda mais profunda, inclusive por meio da análise de documentos de outros entes a que tenha acesso.

Outrossim, é prudente que a Administração, quando não efetuar a licitação diferenciada, explicita no edital o motivo pelo qual não a realizou, majorando-se a probabilidade de que algum interessado apresente recurso em sentido oposto.

(b) se a condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 deve se concretizar para validade do certame, ou seja, se há a necessidade do efetivo comparecimento de, no mínimo, três microempresas ou empresas de pequeno porte nas licitações diferenciadas:

Uma interpretação literal da Lei n.º 123/2006, faz crer que não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3 (três) empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, mas simplesmente que existam os três fornecedores competitivos enquadrados nas exigências legais.

Consigne-se, entretanto, a existência de relevante doutrina em sentido oposto, como as lições de Marçal Justen Filho:

A restrição em favor da participação de pequenas empresas não pode conduzir à eliminação da competitividade. Por isso, o art. 49, inc. II,



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

determina que não se aplicará o regime de licitação diferenciadas quando “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”. A redação legal certamente produzirá sérios problemas, eis que não se faz alusão à efetiva participação de um número mínimo de licitantes. O que se estabelece é a existência de pelo menos três empresas em condições de competir.

A natureza peculiar da disposição conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição. A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição. (JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas. Ed. São Paulo: Dialética, 2007.)

Com o devido respeito, entendemos que exigir a efetiva participação de três licitantes extrapola os comandos da lei *sub examine*.

Caso houvesse efetivamente a necessidade de comparecimento de três licitantes, aumentar-se-ia demasiadamente a burocracia estatal, pois nova licitação teria de ser realizada, reabrindo-se os prazos previstos na lei, com consideráveis prejuízos econômicos e temporais, em contraponto a princípios relevantes, dentre os quais a economicidade e a eficiência.

Há que se atentar, contudo, à necessidade de preservação ao princípio da publicidade, pois eventual baixo número de concorrentes não pode ocorrer por falhas da Administração na divulgação do certame, a qual deve almejar sempre a mais ampla concorrência possível.

(c) qual interpretação deve ser conferida ao termo “justificadamente”, presente no § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006:

Consoante o artigo 48, § 3º, do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123/2006, redação dada pela Lei Complementar n.º 147/2014:

Artigo 48 Para o cumprimento do disposto no artigo 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (...)

§ 3º - Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (grifo nosso)

Assiste razão à unidade técnica ao pugnar que a justificativa para aplicação de margem de preferência deve ter por parâmetro a busca de pelo menos um dos objetivos dispostos no artigo 47, *caput*, da Lei Complementar n.º 123/2006: 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.

Artigo 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.

Faz-se imperioso destacar, ademais, que a referida margem de preferência somente aplicar-se-á quando preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições:

(i) o benefício deve estar previsto no ato convocatório de forma expressa;

(ii) a microempresa ou empresa de pequeno porte deve ter efetivamente participado do certame licitatório, ofertando preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência pré-estabelecida;

(iii) deve tratar-se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até oitenta mil reais, ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado); e

(iv) o preço enquadrado dentro da margem de preferência deve ser compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte.

(d) se a disposição do § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, admite seja estabelecida prioridade de contratação



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

unicamente em favor de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente, ou se há a obrigatoriedade de se contemplar as sediadas regionalmente:

Uma interpretação literal do artigo 48, § 3º, evidencia que o uso da conjunção “ou” estabelece que o ente poderá estabelecer, alternativamente, a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente. Desta forma, os requisitos “local” e “regional” não são cumulativos, sendo de discricionariedade do gestor optar pelo modo que melhor atender ao interesse público, assim como aos princípios reitores da Administração Pública.

Por óbvio que a escolha da opção “regional” necessariamente abarca os fornecedores locais. Caso opte por conceder o benefício unicamente a microempresas e empresas de pequeno porte sediadas “localmente”, ao contrário, excluem-se aquelas “regionais” e não “locais”. Entretanto, apõe-se a ressalva de que somente poderá a Administração Municipal restringir a prioridade de contratação a empresas locais quando comprovada a existência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte competitivas naquele mesmo âmbito.

(e) o que se pode entender por “região” para fins de aplicação dos artigos 47, 48 e 49 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006:

É certo que, enquanto entende-se “local” os limites geográficos do Município, definidos de modo oficial, o termo “regional” é de conceituação menos rígida.

A Administração Municipal, neste sentido, poderá estabelecer discricionariamente um critério de “região”, desde que o mesmo seja prévio, impessoal, objetivo e uniformemente aplicado aos certames licitatórios daquele ente, restando vedada a modificação injustificada dos parâmetros empregados.

Deve a metodologia de definição pautar-se em fundamentos pré-estabelecidos, seja por instituição reconhecida de estudos no âmbito geográfico (e.g., IBGE, IPARDES), seja por lei municipal que obedeça aos princípios da impessoalidade e da objetividade. Como exemplos de critérios prévios, objetivos e impessoais, citam-se os seguintes: o Estado do Paraná; as microrregiões do Estado



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

do Paraná; as mesorregiões do Estado do Paraná; a associação dos Municípios a que aquele Município pertença.

Adotado determinado critério para definição da região, é prudente que haja robusta justificativa para mudança e que o novo critério seja utilizado também em futuros certames.

Seja qual for o conceito definido, deve sempre ser superior aos limites geográficos do próprio Município, mas não amplo o suficiente a ponto que determinada empresa esteja enquadrada na região, mas esteja faticamente impedida de prestar o objeto específico da licitação em razão de estar muito distante do ente contratante, vez que nesse caso não é uma potencial participante da licitação.

Por fim, verificado que a região usualmente estabelecida não serve ao objeto sob análise em razão da impossibilidade fática de empresa localizada na região prestar o serviço, sua extensão poderá ser reduzida, desde que a decisão seja robustamente fundamentada, mediante utilização de critério também prévio, impessoal, objetivo. Frise-se que essa se trata de situação excepcional, válida para objetos bastante específicos.

Diante do exposto, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** da presente consulta, formulada pela Prefeita Municipal de Mercedes, com fulcro no artigo 38 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. No mérito, em suma, a resposta da presente consulta se dá nos seguintes termos:

(a) como se verificar o cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas: A verificação do cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas, pode ser realizada com base em critérios discricionários estabelecidos pelo Município, sempre tendo em vista a análise dos custos e benefícios dos parâmetros a serem empregados. Com o escopo de minimizar riscos de falhas na pesquisa de mercado, recomenda-se que inicialmente seja efetuada



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

uma busca nos dados internos do próprio Município, com ênfase ao registro cadastral e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou para objetos semelhantes. Ademais, deve o ente complementar a investigação, buscando informações atualizadas, podendo utilizar, *exempli gratia*, informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, assim como questionamentos a alguma microempresa ou empresas de pequeno porte local ou regional se existem outras potenciais participantes da licitação. Entretanto, custos e benefícios das medidas a serem adotadas na referida pesquisa devem ser sopesados, de modo a evitar danos ao Erário. Se porventura o ente não lograr êxito na perquirição de três fornecedores na localidade e optar pela confirmação de que não há fornecedores aptos a nível regional, a investigação deve ser ainda mais profunda, inclusive por meio da análise de documentos de outros entes a que tenha acesso. Outrossim, é prudente que a Administração, quando não efetuar a licitação diferenciada, explicito no edital o motivo pelo qual não a realizou, majorando-se a probabilidade de que algum interessado apresente recurso em sentido oposto.

(b) se a condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 deve se concretizar para validade do certame, ou seja, se há a necessidade do efetivo comparecimento de, no mínimo, três microempresas ou empresas de pequeno porte nas licitações diferenciadas: Uma interpretação literal da Lei n.º 123/2006, faz crer que não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3 (três) empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, mas simplesmente que existam os três fornecedores competitivos enquadrados nas exigências legais. Contudo, insta consignar ser inaceitável que a licitação tenha um baixo número de



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

concorrentes por falhas na divulgação do certame pela Administração.

(c) qual interpretação deve ser conferida ao termo “justificadamente”, presente no § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006: A justificativa para aplicação de margem de preferência deve ter por parâmetro a busca de ao menos um dos objetivos dispostos no caput do artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Ademais, a margem de preferência somente poderá ser aplicada quando as seguintes condições forem cumulativamente preenchidas: (i) o benefício esteja expressamente previsto no ato convocatório, caso em que a Administração será obrigada a contratar a microempresa ou empresa de pequeno porte local ou regional que oferecer o melhor preço, se dentro da margem de preferência e se o valor ofertado espelhar a realidade do mercado; (ii) a microempresa ou empresa de pequeno porte tenha efetivamente participado do certame e oferte durante o procedimento licitatório preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência; (iii) trate-se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado); e (iv) o preço enquadrado dentro da margem de preferência seja compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte.

(d) se a disposição do § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, admite seja





## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

estabelecida prioridade de contratação unicamente em favor de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente, ou se há a obrigatoriedade de se contemplar as sediadas regionalmente: Uma interpretação gramático-litera do artigo 48, § 3º, evidencia que o uso da conjunção “ou” estabelece que o ente poderá estabelecer, alternativamente, a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente. Desta forma, os requisitos “local” e “regional” não são cumulativos, sendo de discricionariedade do gestor optar pelo modo que melhor atender ao interesse público, assim como aos princípios reitores da Administração Pública. Por óbvio que a escolha da opção “regional” necessariamente abarca os fornecedores locais. Caso opte por conceder o benefício unicamente a microempresas e empresas de pequeno porte sediadas “localmente”, ao contrário, excluem-se aquelas “regionais” e não “locais”. Entretanto, apõe-se a ressalva de que somente poderá a Administração Municipal restringir a prioridade de contratação a empresas locais quando comprovada a existência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte competitivas naquele mesmo âmbito.

(e) se os artigos 47, 48 e 49 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, fazem alusão a microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, assim como o que pode se entender por “região” para fins de aplicação dos referidos dispositivos: É certo que, enquanto entende-se “local” os limites geográficos do Município, definidos de modo oficial, o termo “regional” é de conceituação menos rígida. A Administração Municipal, neste sentido, poderá estabelecer discricionariamente um critério de “região”, desde que o mesmo seja prévio, impessoal, objetivo e uniformemente aplicado aos certames licitatórios daquele ente, restando vedada a modificação injustificada dos parâmetros empregados. Deve a metodologia de definição pautar-se em fundamentos pré-estabelecidos, seja por instituição reconhecidas de



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

estudos no âmbito geográfico (e.g., IBGE, IPARDES), seja por lei municipal que obedeça aos princípios da impessoalidade e da objetividade. Adotado determinado critério para definição da região, é prudente que haja robusta justificativa para mudança e que o novo critério seja utilizado também em futuros certames. Seja qual for o conceito definido, deve sempre ser superior aos limites geográficos do próprio Município, mas não amplo o suficiente a ponto que determinada empresa esteja enquadrada na região, mas esteja faticamente impedida de prestar o objeto específico da licitação em razão de estar muito distante do ente contratante, vez que nesse caso não é uma potencial participante da licitação. Verificado que a região usualmente estabelecida não serve ao objeto sob análise em razão da impossibilidade fática de empresa localizada na região prestar o serviço, sua extensão poderá ser reduzida, desde que a decisão seja robustamente fundamentada, mediante utilização de critério também prévio, impessoal, objetivo – situação excepcional, válida para objetos bastante específicos.

Nestes termos, após o trânsito em julgado da presente decisão, encerre-se e archive-se o feito junto à Diretoria de Protocolo (DP).

É o voto.

**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 NESTOR BAPTISTA, por unanimidade, em:

I - **CONHECER** da presente Consulta, formulada pela Prefeitura Municipal de Mercedes, com fulcro no artigo 38 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná;

II - Responder, no mérito, a presente Consulta nos seguintes termos:



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(a) como se verificar o cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas: A verificação do cumprimento da condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, requisito indispensável ao emprego das licitações diferenciadas, pode ser realizada com base em critérios discricionários estabelecidos pelo Município, sempre tendo em vista a análise dos custos e benefícios dos parâmetros a serem empregados. Com o escopo de minimizar riscos de falhas na pesquisa de mercado, recomenda-se que inicialmente seja efetuada uma busca nos dados internos do próprio Município, com ênfase ao registro cadastral e aos dados de empresas que participaram de licitações prévias para o mesmo objeto ou para objetos semelhantes. Ademais, deve o ente complementar a investigação, buscando informações atualizadas, podendo utilizar, *exempli gratia*, informações constantes em alvarás de licença para localização e funcionamento, dados perante a junta comercial, sindicatos ou associações, assim como questionamentos a alguma microempresa ou empresas de pequeno porte local ou regional se existem outras potenciais participantes da licitação. Entretanto, custos e benefícios das medidas a serem adotadas na referida pesquisa devem ser sopesados, de modo a evitar danos ao Erário. Se porventura o ente não lograr êxito na perquirição de três fornecedores na localidade e optar pela confirmação de que não há fornecedores aptos a nível regional, a investigação deve ser ainda mais profunda, inclusive por meio da análise de documentos de outros entes a que tenha acesso. Outrossim, é prudente que a Administração, quando não efetuar a licitação diferenciada, explicitar no edital o motivo pelo qual não a realizou, majorando-se a probabilidade de que algum interessado apresente recurso em sentido oposto.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(b) se a condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 deve se concretizar para validade do certame, ou seja, se há a necessidade do efetivo comparecimento de, no mínimo, três microempresas ou empresas de pequeno porte nas licitações diferenciadas: Uma interpretação literal da Lei n.º 123/2006, faz crer que não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3 (três) empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, mas simplesmente que existam os três fornecedores competitivos enquadrados nas exigências legais. Contudo, insta consignar ser inaceitável que a licitação tenha um baixo número de concorrentes por falhas na divulgação do certame pela Administração.

(c) qual interpretação deve ser conferida ao termo “justificadamente”, presente no § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006: A justificativa para aplicação de margem de preferência deve ter por parâmetro a busca de ao menos um dos objetivos dispostos no caput do artigo 47 da Lei Complementar n.º 123/2006: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Ademais, a margem de preferência somente poderá ser aplicada quando as seguintes condições forem cumulativamente preenchidas: (i) o benefício esteja expressamente previsto no ato convocatório, caso em que a Administração será obrigada a contratar a microempresa ou empresa de pequeno porte local ou regional que oferecer o melhor preço, se dentro da margem de preferência e se o valor ofertado espelhar a realidade do mercado; (ii) a microempresa ou empresa de pequeno porte tenha efetivamente participado do certame e oferte durante o procedimento licitatório preço superior ao menor ofertado, porém dentro da margem de preferência; (iii) trate-



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

se de licitação diferenciada (licitações de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou na parte referente à cota de até 25% do objeto a ser contratado); e (iv) o preço enquadrado dentro da margem de preferência seja compatível com a realidade do mercado, a qual deve ser auferida com cautela, devendo ser evitada a prática comum de realizar estimativa de orçamento unicamente com base em pesquisa de preços efetuada com potenciais interessados na licitação, pois determinadas empresas potencialmente interessadas no certame são excluídas em razão de seu porte.

(d) se a disposição do § 3º do artigo 48 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, admite seja estabelecida prioridade de contratação unicamente em favor de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas localmente, ou se há a obrigatoriedade de se contemplar as sediadas regionalmente: Uma interpretação gramático-litera do artigo 48, § 3º, evidencia que o uso da conjunção “ou” estabelece que o ente poderá estabelecer, alternativamente, a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente. Desta forma, os requisitos “local” e “regional” não são cumulativos, sendo de discricionariedade do gestor optar pelo modo que melhor atender ao interesse público, assim como aos princípios reitores da Administração Pública. Por óbvio que a escolha da opção “regional” necessariamente abarca os fornecedores locais. Caso opte por conceder o benefício unicamente a microempresas e empresas de pequeno porte sediadas “localmente”, ao contrário, excluem-se aquelas “regionais” e não “locais”. Entretanto, apõe-se a ressalva de que somente poderá a Administração Municipal restringir a prioridade de contratação a empresas locais quando comprovada a existência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte competitivas naquele mesmo âmbito.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

(e) se os artigos 47, 48 e 49 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, fazem alusão a microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, assim como o que pode se entender por “região” para fins de aplicação dos referidos dispositivos: É certo que, enquanto entende-se “local” os limites geográficos do Município, definidos de modo oficial, o termo “regional” é de conceituação menos rígida. A Administração Municipal, neste sentido, poderá estabelecer discricionariamente um critério de “região”, desde que o mesmo seja prévio, impessoal, objetivo e uniformemente aplicado aos certames licitatórios daquele ente, restando vedada a modificação injustificada dos parâmetros empregados. Deve a metodologia de definição pautar-se em fundamentos pré-estabelecidos, seja por instituição reconhecidas de estudos no âmbito geográfico (e.g., IBGE, IPARDES), seja por lei municipal que obedeça aos princípios da impessoalidade e da objetividade. Adotado determinado critério para definição da região, é prudente que haja robusta justificativa para mudança e que o novo critério seja utilizado também em futuros certames. Seja qual for o conceito definido, deve sempre ser superior aos limites geográficos do próprio Município, mas não amplo o suficiente a ponto que determinada empresa esteja enquadrada na região, mas esteja faticamente impedida de prestar o objeto específico da licitação em razão de estar muito distante do ente contratante, vez que nesse caso não é uma potencial participante da licitação. Verificado que a região usualmente estabelecida não serve ao objeto sob análise em razão da impossibilidade fática de empresa localizada na região prestar o serviço, sua extensão poderá ser reduzida, desde que a decisão seja robustamente fundamentada, mediante utilização de critério também prévio, impessoal, objetivo – situação excepcional, válida para objetos bastante específicos.

III - Encerrar e arquivar o feito junto à Diretoria de Protocolo (DP), após o trânsito em julgado da presente decisão.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

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

Presente o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI.

Sala das Sessões, 03 de março de 2016 - Sessão n.º 7.

NESTOR BAPTISTA  
Conselheiro Relator

**IVAN LELIS BONILHA**  
Presidente