

Processo: 1047824
Natureza: DENÚNCIA
Denunciantes: Larissa Torres Machado-EPP e Júlia Baliego da Silveira
Denunciada: Prefeitura Municipal de Piedade de Caratinga
Partes: Edinilson Dornelas Lopes, Geraldo Silvério Gomes
Apenso: 1048063, Denúncia
Procuradores: Luciana Sette Mascarenhas, OAB/MG 83.434 e Robson Figueiredo Gama
MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 17/2/2022

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO PARCELADA DE PNEUS NOVOS, NÃO REMOLDADOS OU REFORMADOS. LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA. EXCLUSIVIDADE PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SEDIADAS NO LOCAL OU REGIONALMENTE. INDEVIDA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES. DENÚNCIA PROCEDENTE. RECOMENDAÇÃO.

1. Os objetivos anunciados no art. 47 e a prerrogativa estabelecida no art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06 não garantem à Administração a possibilidade de limitar geograficamente o espectro de licitantes aptos a participar do certame. Na verdade, os referidos dispositivos fixam apenas, respectivamente, comando geral de tratamento diferenciado e critério de diferenciação das propostas entre licitantes.
2. O art. 47 impõe a necessidade de se conceder tratamento diferenciado e simplificado às MEs e EPPs e o art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06 ao optar pela terminologia “prioridade” em detrimento de “exclusividade” – registra-se, empregado no mesmo art. 48, em seu inciso I –, estabelece tratamento mais favorável às MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, mas sem garantir à Administração a discricionariedade de restringir com base em critérios geográficos a participação de potenciais licitantes.
3. A Lei nº 8.666/93 veda ao administrador o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, sob pena de restrição ao caráter competitivo da licitação.
4. A imposição de excepcional restrição à participação de interessados em procedimentos licitatórios com base em critérios geográficos depende da demonstração concomitante da existência dos seguintes requisitos, em consonância com os ditames da Lei nº 8.666/93 e nos termos já decididos por este Tribunal nos autos da Consulta nº 887.734: as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, com fulcro no art. 3º, *caput*, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93.
5. A Administração tem a prerrogativa de deflagrar procedimento licitatório que preveja cláusula de tratamento diferenciado de propostas para as MEs e EPPs, nos termos do art. 47 c/c art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06, em que caberá também a demonstração

dos ônus específicos deste compêndio legal, seja com a demonstração dos objetivos do tratamento diferenciado – quais sejam: 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 –, seja com a demonstração da existência de 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 (art. 49, II, da Lei Complementar nº 123/06).

6. A restrição geográfica é cláusula excepcional a ser empregada nos certames, essa opção deve vir devidamente justificada na fase interna do procedimento, a fim de que se demonstre que as características específicas daquele objeto fundamentam esse tratamento especial, sem impactar significativamente a competitividade da licitação, em conformidade com as vedações previstas no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93. Noutro falar, deve restar comprovado que a restrição estabelecida no instrumento convocatório não é impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, mas uma condição para sua adequada obtenção pela Administração.
7. A Lei Complementar nº 123/06 somente impõe aos licitantes, caso adimplidos os requisitos previstos em seu art. 49, a realização de licitações com lotes exclusivos às MEs e EPPs quando o valor destes for inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais). Desse modo, reiterese, não há previsão naquela norma de regra que garanta à Administração, seja por discricionariedade, seja por estrito cumprimento de lei, a prerrogativa de limitar geograficamente a participação de interessados no certame, com base simplesmente no fato de as empresas licitantes serem MEs ou EPPs.
8. Ainda que a busca por fomentar a economia regional seja princípio a ser respeitado e promovido, este por si só não pode justificar o estabelecimento de cláusula de restrição geográfica.
9. Registre-se que, mesmo em cenários em que seja verossímil a necessidade de limitação de distâncias entre contratante e contratado em função do objeto a ser contratado, ainda existe o ônus para a Administração de motivar em seus instrumentos convocatórios sua decisão administrativa.
10. O disposto nos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06 não legitima que a Administração, por discricionariedade administrativa, estipule restrição à participação de potenciais licitantes em razão da distância de localização de sua sede.
11. O art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06 estabelece tão somente critério objetivo de prioridade para as MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, e não cláusula de exclusividade para essas empresas em certames licitatórios.
12. Recomenda-se que a Administração, em futuros certames, ao prever cláusula excepcional de restrição geográfica apresente justificativa que contemple as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, em consonância ao art. 3º, *caput*, e §1º, I, *c/c* art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por maioria, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas no voto-vista do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, em:

- I) julgar procedente a presente denúncia, considerando indevida a restrição a participação de licitantes com base em sua localização geográfica, prevista no subitem 4.1 do ato convocatório;
- II) recomendar à Administração municipal que, em futuros certames, ao prever cláusula excepcional de restrição geográfica, apresente justificativa que contemple as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, em consonância ao art. 3º, *caput*, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93;
- III) determinar a intimação das partes da presente decisão, conforme art. 166, §1º, inciso I, do RITCEMG;
- IV) determinar, após tomadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, inciso I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro. Vencido o Conselheiro Relator Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 17 de fevereiro de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 2/12/2021

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos principais de Denúncia formulada por Larissa Torres Machado EPP em face do Pregão Presencial nº 023/2018, Processo nº 034/2018, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Piedade de Caratinga, objetivando “futura e eventual aquisição parcelada de pneus novos, 0km não remoldados ou reformados para manutenção das atividades de todos os departamentos das Secretarias Municipais”, em conformidade com o Anexo I do Termo de Referência do Edital (peça 15 do SGAP).

A presente Denúncia foi protocolizada neste Tribunal em 26/07/2018 e distribuída à minha relatoria em 27/07/2018 (fls. 34/37, peça 15 do SGAP).

Ato contínuo, encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, para análise da matéria denunciada, que entendeu pela regularidade do edital do Pregão Presencial e pela improcedência da denúncia (fls. 109/115, peça 15 do SGAP).

Em sede de decisão liminar, não concedi a cautelar pleiteada, por não ter restado configurado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Determinei o prosseguimento do feito com a intimação do Sr. Edinilson Dornelas Lopes, Prefeito Municipal à época, e do Sr. Geraldo Silvério Gomes, Pregoeiro Oficial à época, para apresentarem as fases interna e externa do certame (fls. 116/119-v, peça 15 do SGAP).

Os responsáveis encaminharam os documentos relativos à cópia integral do Pregão Presencial nº 023/2018, juntados às fls. 126/298 (peça 16 do SGAP).

A Denúncia nº 1.048.063, formulada por Júlia Baliego da Silveira, versando sobre o mesmo certame e também questionando a exclusividade da participação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, foi apensada ao processo principal (fl. 301, peça 16 do SGAP), em determinação de fls. 42/42-v, diante da conexão com a matéria, nos termos do art. 156 do RITCEMG.

Após a análise dos documentos apresentados pelos responsáveis, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação ratificou o exame inicial, entendendo pela improcedência dos argumentos apresentados pela denunciante. No que tange ao processo em apenso, Denúncia nº 1.048.063, entendeu pela sua improcedência, conforme fundamentos apresentados na análise inicial do processo principal (fls. 302/306, peça 16 do SGAP).

Em manifestação preliminar, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entendeu que o Pregão Presencial nº 023/2018 padeceu de ilicitudes que comprometeram a sua competitividade, requerendo a citação dos responsáveis para que apresentassem defesa (fls. 308/310-v, peça 16 do SGAP).

Devidamente citados, os responsáveis pugnaram pela regularidade do certame, requerendo a improcedência das denúncias formuladas (fls. 315/321, peça 16 do SGAP).

Os autos foram encaminhados à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios que, em sede de reexame, concluiu pela procedência da Denúncia, diante da restrição que comprometeu a ampla competitividade do certame (fls. 327/333, peça 16 do SGAP).

No mesmo sentido, o *Parquet*, em sede de parecer conclusivo, manifestou pela ilegalidade da restrição geográfica constante do item 4.1 do Pregão Presencial n. 023/2018 realizado pelo Poder Executivo do Município de Piedade de Caratinga/MG (peça 18 do SGAP).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II. 1 – Da condição de participação exclusiva para microempresas, empresas de pequeno porte e equiparadas sediadas local e na microrregião de Caratinga

A denunciante Larissa Torres Machado EPP, em síntese, se insurge contra a legalidade do subitem 4.1 do Edital do Pregão Presencial n° 023/2018, Processo Licitatório n° 034/2018, por restringir a participação à Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sediadas no “local e na microrregião de Caratinga”, infringindo o disposto no art. 3° da Lei n° 8.666/93.

Na mesma esteira, a Denúncia n° 1.048.063 em apenso, apresentada pela Sr. Júlia Baliego da Silveira, e apensada aos presentes autos, aponta as mesmas infringências constantes no subitem 4.1 do Edital, uma vez que ofende a ampla competitividade, em desacordo com o art. 3° da Lei n° 8.666/93 e arts. 48 e 49 da Lei Complementar n° 123/2006.

Em análise inicial do processo principal, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação discorreu acerca da delimitação geográfica, entendendo pela ausência de irregularidade do Pregão Presencial n° 023/2018 e, conseqüentemente, a improcedência da denúncia.

Após a análise da documentação apresentada, bem como da Denúncia n° 1.048.063, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação reiterou a improcedência das denúncias, diante da ausência de irregularidades do edital do certame (fls. 302/306, peça 16 do SGAP).

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em manifestação preliminar, requereu a citação dos responsáveis para apresentação de defesa, tendo em vista as ilicitudes verificadas no Pregão Presencial n° 023/2018 (fls. 308/310-v, peça 16 do SGAP).

Em sede de defesa às fls. 315/321 (peça 16 do SGAP), os responsáveis sustentaram a existência de 3 (três) empresas aptas e capacitadas como fornecedoras, tendo o edital se submetido ao regramento disposto no inciso II do art. 49 c/c inciso I do art. 48 da LC n° 123/2006.

Ademais, alegaram que o “alcance da expressão regional não pode ser amplo, pois assim comprometeria a finalidade jurídica da Lei Complementar n° 147/2014 que é geração de empregos, renda, redução de desigualdades sociais e fomento à economia, bem como a melhor eficiência das políticas públicas de apoio às micros e pequenas empresas, sendo que, ao permitir a participação de empresas de todo o território, o gestor não estará cumprindo com o disposto no art. 47 da Lei Complementar n° 123/2006, pois afastaria o benefício do desenvolvimento local e regional, concerne do tratamento diferenciado”. Por fim, colacionaram jurisprudência e requereram a improcedência das denúncias, bem como dos apontamentos relatados pelo Ministério Público de Contas.

A 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em exame de defesa, entendeu ter restado prejudicadas as alegações apresentadas pelos denunciados, tendo em vista que o edital do Pregão Presencial n° 023/2018, no subitem 4.1, restringiu a participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte localizadas somente na Microrregião do município, ao efetuar interpretação equivocada dos arts. 47, 48 e 49 da Lei Complementar n° 126/06. Por fim, em consonância com o Órgão Ministerial, concluiu pela procedência da Denúncia.

O *Parquet*, em parecer conclusivo, reiterou a análise preliminar, afirmando que o Município de Piedade de Caratinga interpretou de forma equivocada as regras instituídas pela Lei Complementar n° 123/2006. Afirmou que a regra legal disposta no art. 48, § 3°, da referida lei

complementar “não se confunde com o que se verificou no edital, que vedou totalmente a participação no certame das empresas que não se situem na região do Município contratante”, requerendo a aplicação de multa aos gestores municipais.

Pois bem. *In casu*, verifico que a irregularidade apontada no instrumento convocatório consiste na suposta restrição da competitividade do certame diante da participação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que se encontram sediadas na microrregião de Caratinga-MG, ultrapassando o regramento disposto na LC nº 123/2006, alterada pela LC nº 147/2014.

Sobreleva destacar a redação disposta no subitem 4.1, item 4, do Edital do Pregão Presencial nº 023/2018, concernente a participação exclusiva de ME e EPP e equiparadas, *in verbis*:

“4 – DA PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE ME E EPP E EQUIPARADAS

4.1 – Nos termos da Lei Complementar nº 147/2014, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento sustentável, bem como a promoção da prática empresarial, fica permitida a participação neste certame somente empresas enquadradas como Microempresas, empresas de Pequenas Empresas e equiparadas sediada local e na microrregião de Caratinga, aplicando-se no que couber os ensinamentos do decreto 8.538/2015.” (g.n)

Com efeito, sabe-se que o ordenamento jurídico impõe tratamento diferenciado para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social, nos termos do art. 47, *caput*, da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

“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.**” (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (g.n)

Ainda, o art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 contempla o regramento acerca do tratamento diferenciado, nestes termos:

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

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º (Revogado).

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

§ 3º Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.”

Por este viés, há ainda respaldo para o tratamento diferenciado, preferencial e simplificado para os pequenos negócios, com vistas a fomentar o desenvolvimento econômico e social, conforme disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

No caso em epígrafe, verifico que o instrumento convocatório prevê a participação exclusiva de Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e equiparadas, sediada local e na microrregião de Caratinga, em observância à Lei Complementar nº 123/2006, nos termos do edital do certame.

Sob o prisma do tratamento diferenciado disposto no art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006, vem se admitindo a delimitação de distância de localização geográfica, quando tratar-se de Microempresa e Empresas de Pequeno Porte com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes desta Corte de Contas:

“DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS, BICOS, CÂMARAS E PROTETORES. RESTRITIVIDADE INDEVIDA DO EDITAL. EXCLUSIVIDADE PARA MICROEMPRESAS OU EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CASO DE HAVER 3 LICITANTES NESSA SITUAÇÃO NO MUNICÍPIO OU NA REGIÃO EM UM RAIO DE 100 KM. IMPROCEDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.

A exclusividade na contratação de microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas no município e na região, em um raio de 100km, nas licitações em que o valor dos itens é menor que R\$80.000,00, desde que presentes 3 (três) licitantes nessas condições, encontra amparo no *caput* do artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, tendo em vista a busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional. [DENÚNCIA n. 1012006. Rel. CONS. JOSÉ ALVES VIANA. Sessão do dia 26/10/2017. Disponibilizada no DOC do dia 16/11/2017.]

“DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. FORNECIMENTO DE PNEUS NOVOS. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. LIMITAÇÃO A SOCIEDADES EMPRESÁRIAS LOCAIS E REGIONAIS. PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ÂMBITO MUNICIPAL E REGIONAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA TRIBUNAL DE CONTAS. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.

1.O art. 47 da Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe que deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, à ampliação da eficiência das políticas públicas e ao incentivo à inovação tecnológica.

[...]

4.As justificativas dos responsáveis pela condução do pregão presencial, relativamente ao estabelecimento de raio de localização geográfica para potenciais participantes em no

certame, mostraram-se plausíveis, pois essa condição editalícia visou salvaguardar a satisfatória e eficaz execução do futuro contrato, para que serviços rotineiros e essenciais não sofressem a mínima solução de continuidade, e estão em conformidade com o entendimento do Tribunal em casos análogos”. [DENÚNCIA n. 1058765. Rel. CONS. GILBERTO DINIZ. Sessão do dia 30/05/2019. Disponibilizada no DOC do dia 23/07/2019.]

“DENÚNCIAS. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS. [...] RESTRIÇÃO POR DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA. [...]

5. É possível estabelecer critérios de restrição geográfica nas licitações em que se estabelece tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte localizadas regionalmente, nos termos da Lei Complementar n. 123/2006, desde que a Administração justifique os motivos para o seu emprego, abordando as particularidades do objeto e do mercado local/regional”. [DENÚNCIA n. 1031577. Rel. CONS. SUBST. ADONIAS MONTEIRO. Sessão do dia 17/11/2020. Disponibilizada no DOC do dia 15/01/2021.]

Conforme destacado em sede de decisão liminar (peça 4 do SGAP), o art. 47 da LC nº 123/06 não delimitou o que se deve entender como “local” ou “regionalmente”, ou seja, qual o espaço geográfico que se poderia definir no instrumento convocatório para estabelecer o tratamento exclusivo.

Lado outro, esta Colenda Corte de Contas já se manifestou acerca terminologia “regionalmente” prevista na Lei Complementar nº 123/2006, a exemplo do voto proferido pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão, nos autos da Consulta nº 887.734, aprovado por unanimidade, conforme trechos abaixo colacionados:

“[...]”

De fato, o Estatuto das Microempresas não trouxe um conceito preciso para a expressão “regionalmente”. Por esse motivo, entendo que o próprio gestor deverá delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o sentido e o alcance da citada expressão. Para tanto, deverão ser levadas em conta as especificidades do objeto licitado, o princípio da razoabilidade e, também, os três objetivos do tratamento diferenciado, quais sejam: 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.

Assim, o alcance e o conceito da expressão “regionalmente” variarão de acordo com as peculiaridades de cada licitação, não sendo correto, portanto estabelecer uma definição fixa e genérica.

Nesse sentido, a Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais - órgão integrante da Advocacia-Geral União - já teve a oportunidade de analisar esta questão quando da edição da Orientação Normativa CJU/MG nº 60/10. Veja-se o que diz a referida norma:

O significado da expressão “regional” deve ser buscado na situação concreta, podendo englobar os Municípios próximos ao Município em que se encontra o órgão assessorado, independentemente de fazer parte do mesmo Estado. A delimitação da região deverá constar no edital e os motivos ensejadores da referida definição deverão estar expressos nos autos. Igualmente, o Tribunal de Contas da União deixou claro que “o próprio conceito de „âmbito regional” constante da LC nº 123/2006 e do Decreto nº 6.204/2007 não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado” (Acórdão nº 2957-49/11-P, Rel. Min. André de Carvalho, Sessão de 09/11/11).

Ou seja, de acordo com os posicionamentos tanto do TCU quanto da AGU, o alcance da expressão “regionalmente” não está restrito ao âmbito de cada Estado e irá variar conforme

as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto enfrentado pela Administração. Não é correto, portanto, utilizar, de forma genérica, a região política, geográfica ou mesmo a microrregião para os fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06.”

Trago à colação excerto do voto proferido pelo Conselheiro Gilberto Diniz, sobre a matéria, nos autos da Denúncia n. 1.071.325, em sessão do dia 29/08/2019, da Segunda Câmara, *in verbis*:

“Efetivamente, o subitem 3.2 do instrumento convocatório estipulou, para efeito de “participação/credenciamento”, o seguinte (fl. 37):

3.2 – Como requisito para participação neste Pregão Presencial para Registro de Preços, o licitante deverá manifestar, através de declaração constante nos **Modelos (ANEXO III) somente para as empresas que se enquadram (ANEXO VI)**, o pleno conhecimento e atendimento às Exigências de Habilitação previstas neste Edital (item 9), juntamente com documento de identidade, contrato social e no caso de procurador uma procuração autenticada em cartório. **(Modelo de procuração anexo VIII) e ANEXO IX – (declaração de Habilitação).**

OBSERVAÇÃO: Os itens exclusivo a MPE's se faz necessário para desenvolvimento local conforme lei complementar 123/2006 no seu art. 47 e 48, devendo a mesma estar em distância percorrida de até 70 km da sede da Prefeitura Municipal. (grifos no original)

Examinada a regra evidenciada, entendo que a limitação prevista no edital, em si e por si só, não é suficiente para configurar restrição ao caráter competitivo do certame, considerando que os produtos licitados são comuns e que, por essa razão, o raio de 70km da sede da Prefeitura Municipal de Inhapim comporta número considerável de potenciais interessados em participar da licitação.

Aliado a isso, julgo coadunáveis a manifestação apresentada pelos responsáveis pela condução do certame, porquanto, segundo o que pude depreender do alegado, se buscou auferir proposta mais vantajosa para a Administração Pública também sob a óptica do desenvolvimento local e regional, da economicidade e da eficácia, de modo que atividade rotineira e essencial não sofresse a mínima solução de continuidade.

Nessa mesma perspectiva, registro que foi analisado item semelhante ao constante destes autos na Denúncia nº 1.012.006, sob a relatoria do Conselheiro José Alves Viana, também julgada improcedente, na Sessão da Segunda Câmara de 26/10/2017. Naquela oportunidade, considerou-se “cabível a exclusividade prevista no edital, desde que presentes 03 (três) microempresas ou empresas de pequeno porte situadas no município ou em um raio de 100 km, por fomentar o desenvolvimento econômico e social local, como pretende a Lei complementar nº 123/2006”. Confira-se a ementa da decisão prolatada nessa denúncia:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS, BICOS, CÂMARAS E PROTETORES. RESTRITIVIDADE INDEVIDA DO EDITAL. EXCLUSIVIDADE PARA MICROEMPRESAS OU EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CASO DE HAVER 3 LICITANTES NESTA SITUAÇÃO NO MUNICÍPIO OU NA REGIÃO EM UM RAIÃO DE 100 KM. IMPROCEDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. A exclusividade na contratação de microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas no município e na região, em um raio de 100km, nas licitações em que o valor dos itens é menor que R\$80.000,00, desde que presentes 3 (três) licitantes nessas condições, encontra amparo no caput do artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, tendo em vista a busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional.

Cito, também, as recentes decisões prolatadas pelo Colegiado da Primeira Câmara nos autos da Denúncia nº 1.048.068, na Sessão de 26/2/2019, e da Denúncia 1.031.602, na Sessão de 11/12/2018, que corroboram esse mesmo entendimento.

Nesse contexto, concluo, acorde com as manifestações da Unidade Técnica e do Órgão Ministerial, que, no caso em exame, o estabelecimento de raio de localização de potencial licitante para participação no certame não configurou restrição à competitividade, de modo que afastou o apontamento denunciado.”

Nessa esteira, venho aplicando o mesmo entendimento, no sentido de que prioridade de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente é cláusula circunscrita ao poder discricionário da Administração, desde que presentes 03 (três) microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, conforme julgamento da Denúncia nº 1.084.435, de minha relatoria, apreciada à unanimidade em sessão do dia 17/06/2021, vejamos:

“DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS, PROTETORES. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. EXCLUSIVIDADE. ART. 48, INCISO I, DA LEI Nº 123/2006. AUSÊNCIA DE 3 (TRÊS) FORNECEDORES COMPETITIVOS ENQUADRADOS COMO MICROEMPRESA OU EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SEDIADOS LOCAL OU REGIONALMENTE. IRREGULARIDADES AFASTADAS. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos termos do art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, a administração pública deve realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

2. O art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/2006, permite à Administração Pública a prioridade de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, **sendo cláusula circunscrita ao poder discricionário da Administração optar pelo modo que melhor atende ao interesse público, desde que presentes no procedimento licitatório 3 (três) empresas sediadas no âmbito municipal, tendo em vista a busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social no município.** (g.n)

Diante dos precedentes acima colacionados, é certo que a Administração Pública deverá conceder tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, nas hipóteses previstas no art. 48 da LC nº 123/2006, de modo que a expressão “sediadas local ou regionalmente” varia conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, da economicidade e da eficácia.

No que tange a participação exclusiva de MP e EPP, encontra-se a seguinte justificativa nos subitens 4.2 e 4.2, item 4, do edital do Pregão Presencial nº 023/2018, vejamos:

“4.2 – Justifica-se, ainda, o incentivo às micro e pequenas empresas locais e regionais de forma a proporcionar políticas públicas de sustentabilidade, empreendedorismo, geração de renda e desenvolvimento econômico, voltados ao incentivo da atividade empresarial e melhora dos Índices de Desenvolvimento Econômico e Sociais.

4.3 – Para este incentivo, a administração está levando em consideração o objeto do certame que pode ser fornecido por várias empresas sediadas dentro da limitação local.”

Ademais, em sede de defesa, os responsáveis afirmaram a existência de 03 (três) empresas aptas e capacitadas, estando o edital em consonância com os arts. 48, inciso I c/c art. 49, inciso II, da LC nº 123/2006.

Com efeito, compulsando os documentos relativos às fases interna e externa do certame (fls. 126/298, peças 15 e 16 do SGAP), verifico que todos os 61 itens dispostos na planilha de custo estimativo, fls. 190/192 (peça 15 do SGAP), são exclusivos para microempresas e empresas de pequeno porte em razão de terem valores inferiores a R\$ 80.000,00, nos termos do art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06. Mesma conclusão se chega verificando os valores dos 11 lotes, todos inferiores a R\$ 80.000,00.

Constato, ainda, a realização de pesquisa de preços (fls. 136/144, peça 15 do SGAP) com 3 (três) empresas da região de Caratinga, quais sejam:

1. Farol Peças e Serviços Ltda – enquadrada como ME;
2. Noova – Car Pneus e Serviços Automotivos Ltda – enquadrada como ME
3. Pneu Leste Comércio e Serviços Ltda – enquadrada como ME

Insta ressaltar que, não obstante a pesquisa de preços com os referidos fornecedores, apenas a empresa Farol Peças e Serviços Ltda – Me participou do certame e apresentou proposta, sendo vencedora dos 11 lotes do Pregão Presencial nº 023/2018, conforme Ata de Julgamento e Habilitação de Processo, fls. 277/278, Mapa de Apuração Analítico – Propostas e Lances por Lote, fl. 279/289, e Mapa de Apuração Sintético, fls. 290/291 (peça 16 do SGAP).

Diante de todo o fundamento, entendo razoável a exclusividade na contratação de microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas no município ou na região, por fomentar o desenvolvimento econômico e social local, como pretende a Lei Complementar nº 123/2006, incentivando o desenvolvimento dos pequenos negócios.

Desta forma, entendo que o Edital do Pregão Presencial nº 023/2018 cumpriu as determinações previstas na Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, ao destinar a licitação exclusivamente à Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, haja vista o valor de contratação do certame por cada item (fls. 190/192, peça 15 do SGAP), dentro do limite legal de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), e o mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME e EPP, sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, não havendo irregularidade apta a ensejar qualquer aplicação de sanção.

Assim, tendo em vista que não houve restrição à competitividade e à luz do princípio constitucional da eficiência e razoabilidade, afasto a irregularidade e julgo improcedente o apontamento apresentado no processo principal e no processo em apenso.

III – CONCLUSÃO

Nos termos da fundamentação, **voto pela improcedência** das Denúncias nºs 1.047.824 e 1.048.063, por não vislumbrar as irregularidades apontadas no Edital do Pregão Eletrônico nº 023/2018, Processo nº 034/2018, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Piedade de Caratinga, objetivando futura e eventual aquisição parcelada de pneus novos, 0km não remoldados ou reformados para manutenção das atividades de todos os departamentos das Secretarias Municipais.

Destarte, voto pela extinção dos presentes autos, com resolução de mérito, consoante o disposto no art. 487, inciso I, do CPC, aqui aplicado supletivamente, com fulcro no art. 379 do Regimento Interno.

Intimem-se as partes da presente decisão, conforme art. 166, §1º, inciso I, do RITCEMG.

Após tomadas as providências cabíveis, determino o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, inciso I, do Regimento Interno.

É como voto.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista, Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

**RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 17/2/2022**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos principais de Denúncia formulada por Larissa Torres Machado EPP em face do Pregão Presencial n° 023/2018, Processo n° 034/2018, deflagrado pelo Município de Piedade de Caratinga, objetivando “futura e eventual aquisição parcelada de pneus novos, 0km não remoldados ou reformados para manutenção das atividades de todos os departamentos das Secretarias Municipais” (peça n° 15).

A Denúncia n° 1.048.063, por sua vez, formulada por Júlia Baliego da Silveira, versando sobre o mesmo certame e questionando a exclusividade da participação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, foi apensada ao processo principal (fl. 301, peça n° 16), em cumprimento a determinação proferida às fls. 42/42-v da peça n° 3, diante da existência de conexão, nos termos do art. 156 do Regimento Interno.

Na Sessão Plenária de 02/12/21, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, apresentou proposta de voto, registrando em sua conclusão:

Nos termos da fundamentação, voto pela improcedência das Denúncias nos 1.047.824 e 1.048.063, por não vislumbrar as irregularidades apontadas no Edital do Pregão Eletrônico n° 023/2018, Processo n° 034/2018, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Piedade de Caratinga, objetivando futura e eventual aquisição parcelada de pneus novos, 0km não remoldados ou reformados para manutenção das atividades de todos os departamentos das Secretarias Municipais.

Destarte, voto pela extinção dos presentes autos, com resolução de mérito, consoante o disposto no art. 487, inciso I, do CPC, aqui aplicado supletivamente, com fulcro no art. 379 do Regimento Interno.

Intimem-se as partes da presente decisão, conforme art. 166, §1º, inciso I, do RITCEMG.

Após tomadas as providências cabíveis, determino o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, inciso I, do Regimento Interno.

Na sequência, pedi vista para melhor análise do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Consoante relatado, na sessão da Segunda Câmara do dia 02/12/21, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, propôs em seu voto a improcedência da presente denúncia.

A questão central da presente representação cinge-se à restrição do universo de licitantes às microempresas (MEs), empresas de pequeno porte (EPPs) e equiparadas, sediados local e na microrregião de Caratinga, nos termos do disposto no subitem 4.1 do ato convocatório:

4 – DA PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE ME E EPP E EQUIPARADAS

4.1 – Nos termos da Lei Complementar nº 147/2014, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento sustentável, bem como a promoção da prática empresarial, fica permitida a participação neste certame somente empresas enquadradas como Microempresas, Pequenas Empresas e equiparadas sediada local e na microrregião de Caratinga, aplicando-se no que couber os ensinamentos do decreto 8.538/2015.

Observa-se, portanto, que a municipalidade impôs duas condições cumulativas à participação de interessados no certame: (a) que a empresa seja enquadrada como ME, EPP ou equiparadas e (b) que esteja situada na microrregião de Caratinga.

No que se refere à legalidade da limitação geográfica imposta aos licitantes interessados no certame, o relator adotou o entendimento no sentido de que a “prioridade de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente é cláusula circunscrita ao poder discricionário da Administração, desde que presentes 03 (três) microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente” (fl. 07, peça nº 21). Para corroborar o entendimento adotado, citou precedente de sua relatoria, firmado na Denúncia nº 1.084.435, apreciada em sessão da Segunda Câmara de 17/06/21, nos seguintes termos:

O art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/2006, permite à Administração Pública a prioridade de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, **sendo cláusula circunscrita ao poder discricionário da Administração optar pelo modo que melhor atende ao interesse público, desde que presentes no procedimento licitatório 3 (três) empresas sediadas no âmbito municipal, tendo em vista a busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social no município.**

Inicialmente, cumpre reproduzir o teor dos arts. 47, 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/06:

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.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

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

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§1º (Revogado).

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

§3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

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

[...]

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

[...]

A análise da legislação de regência permite constatar que ela estabelece às MEs e EPPs tratamento diferenciado, 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.

Estabelecidos esses objetivos, estipula a supracitada legislação a exclusividade de participação nos certames públicos das MEs e EPPs em itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais) e, em paralelo, possibilita que, justificadamente, possa estabelecer a prioridade de contratação para MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido, desde que cumpridos os ditames do art. 49 da Lei Complementar nº 123/06.

Cumprido esclarecer, entretanto, que os objetivos anunciados no art. 47 e a prerrogativa estabelecida no art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06 não garantem à Administração a possibilidade de limitar geograficamente o espectro de licitantes aptos a participar do certame, consoante realizado pela Administração do Município de Piedade de Caratinga e chancelado pelo relator. Na verdade, os referidos dispositivos fixam apenas, respectivamente, comando geral de tratamento diferenciado e critério de diferenciação das propostas entre licitantes.

Em outras palavras, entendo que o art. 47 impõe a necessidade de se conceder tratamento diferenciado e simplificado às MEs e EPPs e o art. 48, §3º, ao optar pela terminologia “prioridade” em detrimento de “exclusividade” – registra-se, empregado no mesmo art. 48, em seu inciso I –, estabelece tratamento mais favorável às MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, mas sem garantir à Administração a discricionariedade de restringir com base em critérios geográficos a participação de potenciais licitantes.

A possibilidade de se restringir a participação de licitantes sediados a uma distância considerável do município decorre das necessidades e características inerentes ao próprio objeto, tendo fundamento no art. 6º, IX, c/c o art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93. Isso se dá, pois,

quando da realização da fase interna do procedimento licitatório e da elaboração dos estudos técnicos preliminares para a definição detalhada do objeto a ser contratado, pode a Administração identificar que, por sua característica, seja necessário que o fornecedor ou prestador de serviço esteja localizado a determinada distância máxima da sede do município a fim de garantir a viabilidade técnica do que se pretende obter.

Trata-se, entretanto, de situação excepcional, uma vez que a Lei nº 8.666/93 veda ao administrador o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, sob pena de restrição ao caráter competitivo da licitação:

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

§ 1º É **vedado** aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, **e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (destacou-se)

Assim, a imposição de excepcional restrição à participação de interessados em procedimentos licitatórios com base em critérios geográficos depende da demonstração concomitante da existência dos seguintes requisitos, em consonância com os ditames da Lei nº 8.666/93 e nos termos já decididos por este Tribunal nos autos da Consulta nº 887.734: as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, com fulcro no art. 3º, *caput*, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido posicionou-se o *Parquet* de Contas nos autos quanto à interpretação da Lei Complementar nº 123/06, conforme manifestação de fls. 308/310v da peça nº 16 e peça nº 18.

Essa possibilidade não se confunde com a prerrogativa da Administração de deflagrar procedimento licitatório que preveja cláusula de tratamento diferenciado de propostas para as MEs e EPPs, nos termos do art. 47 c/c art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06, em que caberá também a demonstração dos ônus específicos deste compêndio legal, seja com a demonstração dos objetivos do tratamento diferenciado – quais sejam: 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 –, seja com a demonstração da existência de 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 (art. 49, II, da Lei Complementar nº 123/06).

Em resumo, a possibilidade de realização de licitação exclusiva para empresas situadas a determinada distância do município, como ocorreu no caso em tela, não é decorrência do fato de as empresas participantes serem MEs e EPPs, com fulcro nas disposições da Lei Complementar nº 123/06. Na verdade, essa possibilidade decorreria de características

específicas do objeto pretendido que tornem pertinente e/ou relevante que ele seja prestado por licitantes daquela circunscrição geográfica.

Portanto, considerando que a restrição geográfica é cláusula excepcional a ser empregada nos certames, essa opção deve vir devidamente justificada na fase interna do procedimento, a fim de que se demonstre que as características específicas daquele objeto fundamentam esse tratamento especial, sem impactar significativamente a competitividade da licitação, em conformidade com as vedações previstas no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93. Noutro falar, deve restar comprovado que a restrição estabelecida no instrumento convocatório não é impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, mas uma condição para sua adequada obtenção pela Administração.

In casu, o edital do Pregão Presencial nº 023/2018, deflagrado pelo Município de Piedade de Caratinga, em seu item 4, apresenta as seguintes justificativas para a restrição geográfica (fls. 15/15v, peça nº 15):

4 – DA PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE ME EPP E EQUIPARADAS

4.1 – Nos termos da Lei Complementar nº 147/2014, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento sustentável, bem como a promoção da prática empresarial, fica permitida a participação neste certame somente empresas enquadradas como Microempresas, empresas de Pequenas Empresas e equiparadas sediada local e na microrregião de Caratinga, aplicando-se no que couber os ensinamentos do decreto 8.538/2015.

4.2 – Justifica-se, ainda, o incentivo às micro e pequenas empresas locais e regionais de forma a proporcionar políticas públicas de sustentabilidade, empreendedorismo, geração de renda e desenvolvimento econômico, voltados ao incentivo da atividade empresarial e melhora os Índices de Desenvolvimento Econômico e Sociais.

4.3 – Para este incentivo, a administração está levando em consideração o objeto do certame que pode ser fornecido por várias empresas sediadas dentro da limitação local.

4.4 – Os entendimentos acerca do tratamento diferenciado concedido às empresas locais encontram-se amparado com base na consulta nº 887.734, sessão de 03/07/2013, do TCE/MG.

De mesmo modo, o instrumento convocatório apresenta justificativas para o tratamento diferenciado aplicado às MEs e EPPs e equiparadas em seu “Anexo XI – Justificativa Circunstanciada de Aplicação de Tratamento Diferenciado às Empresas Enquadradas pela Lei Complementar nº 123/06” (fls. 31/33, peça nº 15), no qual a Administração faz referência exatamente aos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06.

Conforme se extrai dos autos, os motivos centrais apresentados para fundamentar a restrição geográfica imposta no presente caso concreto foram: (i) o cumprimento de comandos legais previstos nos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06 e (ii) a promoção de desenvolvimento regional.

A Lei Complementar nº 123/06, no entanto, somente impõe aos licitantes, caso adimplidos os requisitos previstos em seu art. 49, a realização de licitações com lotes exclusivos às MEs e EPPs quando o valor destes for inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais). Desse modo, reitera-se, não há previsão naquela norma de regra que garanta à Administração, seja por discricionariedade, seja por estrito cumprimento de lei, a prerrogativa de limitar geograficamente a participação de interessados no certame, com base simplesmente no fato de as empresas licitantes serem MEs ou EPPs.

Ademais, estabelece o edital em sua Cláusula Quarta, 4.1, do Anexo VII – Minuta de Contrato (fl. 28, peça nº 15), que:

CLÁUSULA QUARTA – DA EXECUÇÃO DO FORNECIMENTO

4.1 – A entrega será por conta da empresa registrada, sem nenhum custo ao município dentro de até cinco dias úteis a contar do recebimento da Ordem de Fornecimento no seguinte endereço: Avenida Nossa Senhora da Piedade nº 372 – Centro – Piedade de Caratinga – MG – CEP 35.325-000. No caso de outro endereço, este deverá estar descrito na Ordem de Fornecimento exaurida.

Ora, tendo em vista que o prazo para a efetiva entrega dos objetos contratados é de 05 (cinco) dias úteis, considero não haver qualquer elemento impeditivo ou potencialmente lesivo à economicidade para que empresas sediadas em distância superior à definida no edital possam fornecer o objeto licitado; ou seja, não há demonstração de característica específica do objeto que legitime a imposição de cláusula de limitação geográfica em troca de algum ganho de economicidade ou eficiência.

Assim sendo, ainda que a busca por fomentar a economia regional seja princípio a ser respeitado e promovido, este por si só não pode justificar o estabelecimento de cláusula de restrição geográfica.

Diante disso, entendo que, no certame em análise nestes autos, cujo objeto é o fornecimento eventual e futuro de e pneus novos, 0km não remoldados ou reformados para manutenção das atividades de todos os departamentos das Secretarias Municipais, não foi demonstrada satisfatoriamente a existência de elemento que denote a necessidade de proximidade geográfica da empresa fornecedora, especialmente considerando o prazo de entrega especificado na minuta do contrato. Registre-se que, mesmo em cenários em que seja verossímil a necessidade de limitação de distâncias entre contratante e contratado em função do objeto a ser contratado, ainda existe o ônus para a Administração de motivar em seus instrumentos convocatórios sua decisão administrativa.

Nesse sentido, em análise definitiva, apontou a Unidade Técnica que “não ficou demonstrado de forma objetiva e precisa, as particularidades do objeto licitado que pudessem salvaguardar a restrição geográfica estabelecida no Edital em questão” (fl. 332, peça nº 16).

Assim, em linha com o apontado pela Unidade Técnica em sua análise final (fl. 332, peça nº 16) e pelo MPC em seus pareceres (fls. 308/310v, peça nº 16; peça nº 18), a justificativa apresentada pela Administração em seu instrumento convocatório não demonstra, que a restrição fundamentou-se, cumulativamente, nas especificidades do objeto licitado, na pertinência técnica para o específico objeto licitado, no princípio da razoabilidade e na vantajosidade para a Administração.

Cumpram-se, inclusive, que na Denúncia nº 1.058.765, de relatoria do conselheiro Gilberto Diniz, mencionada pelo relator destes autos para fundamentar sua decisão, fica claro que a justificativa para a restrição geográfica não é o art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, mas que a limitação no universo de participantes deve ser motivada com base nas especificidades do objeto:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. FORNECIMENTO DE PNEUS NOVOS. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. LIMITAÇÃO A SOCIEDADES EMPRESÁRIAS LOCAIS E REGIONAIS. PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ÂMBITO MUNICIPAL E REGIONAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE CONTAS. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. 1. O art. 47 da Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe que deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado

às microempresas e empresas de pequeno porte, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, à ampliação da eficiência das políticas públicas e ao incentivo à inovação tecnológica. **2. Este Tribunal de Contas já se manifestou no sentido de que a exclusividade na contratação de microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente, em licitação em que o valor dos itens é inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), observados os requisitos legais, encontra amparo no art. 47 da Lei Complementar nº 123, de 2006.** 3. A licitação objeto da denúncia não foi destinada, exclusivamente, a microempresa e empresa de pequeno porte local e regional, nos termos das disposições contidas nos itens 3.4 e 6.3.1 do edital. 4. **As justificativas dos responsáveis pela condução do pregão presencial, relativamente ao estabelecimento de raio de localização geográfica para potenciais participantes no certame, mostraram-se plausíveis, pois essa condição editalícia visou salvaguardar a satisfatória e eficaz execução do futuro contrato, para que serviços rotineiros e essenciais não sofressem a mínima solução de continuidade, e estão em conformidade com o entendimento do Tribunal em casos análogos¹.** (destacou-se)

Dado o exposto, entendo que o disposto nos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06 não legitima que a Administração, por discricionariedade administrativa, estipule restrição à participação de potenciais licitantes em razão da distância de localização de sua sede. O art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06 estabelece tão somente critério objetivo de prioridade para as MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, e não cláusula de exclusividade para essas empresas em certames licitatórios. Assim sendo, considero ser irregular a restrição geográfica disposta no subitem 4.1 do instrumento convocatório.

No entanto, há que se ter em mente que existem julgados no âmbito desta Corte de Contas que dão suporte à interpretação adotada pelos gestores do Município de Piedade de Caratinga. Em razão disso, à luz do disposto no art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DLINDB), entendo que não há que se falar em erro grosseiro dos responsáveis, não sendo cabível a aplicação de multa.

Assim, nos termos da manifestação Unidade Técnica de fl. 332 (peça nº 16) e do MPC (fls. 308/310v, peça nº 16; peça nº 18), considero procedente o apontamento de irregularidade atinente à delimitação geográfica constante no subitem 4.1 do edital, mas entendo ser suficiente a emissão de recomendação para que a Administração, em futuros certames, ao prever cláusula excepcional de restrição geográfica apresente justificativa que contemple as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, em consonância ao art. 3º, *caput*, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93.

Por fim, conforme se extrai da documentação arrolada às fls. 326/326 (peça nº 16) dos autos, tendo em vista que o processo licitatório já alcançou seu termo, tendo sido registrada a emissão de notas de empenho, entendo que resta prejudicado, por perda de objeto, o pedido da denunciante para que se determine “à Prefeitura de Piedade de Caratinga que retire do instrumento convocatório a exigência de participação de ME/EPP que possuam sede na delimitação geográfica da Microrregião de Caratinga” (fl. 06v, peça nº 15; Denúncia nº 1.047.824).

¹ Denúncia nº 1.058.765. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 30/05/19. Disponibilizada no DOC de 23/07/19.

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, divirjo do relator e voto pela procedência da presente denúncia, considerando indevida a restrição a participação de licitantes com base em sua localização geográfica, prevista no subitem 4.1 do ato convocatório.

Em razão disso, determino a emissão de recomendação à Administração municipal para que, em futuros certames, ao prever cláusula excepcional de restrição geográfica, apresente justificativa que contemple as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, em consonância ao art. 3º, *caput*, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Senhor Presidente, vou pedir vênias a Vossa Excelência para acompanhar o voto-vista do Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

ENTÃO, FICA APROVADO O VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO, VENCIDO O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES)

