



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA**

PARECER: 118/2020–G4P

ASSUNTO: ESTUDOS ESPECIAIS

REFERÊNCIA: PROCESSO Nº 11.825/2019-e

EMENTA: 1. ESTUDOS ESPECIAIS. ITEM IV DA DECISÃO Nº 1.621/2019. DIREITO DE PREFERÊNCIA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. LICITAÇÃO DO TIPO TÉCNICA E PREÇO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2016. DECRETOS FEDERAIS NºS 7.174/2010 E 8.538/2014. LEI DISTRITAL Nº 4.611/2007. DECRETO DISTRITAL Nº 35.592/2014. SUPOSTA RESTRIÇÃO PELOS NORMATIVOS DISTRITAIS. ANÁLISE DE MÉRITO.
2. UNIDADE TÉCNICA ENTENDE QUE A NORMA GERAL FEDERAL NÃO RESTRINGE O DIREITO DE PREFERÊNCIA AO TIPO DE LICITAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE DA LIMITAÇÃO IMPOSTA PELA LEI DISTRITAL Nº 4.611/2007 E PELO DECRETO DISTRITAL Nº 35.592/2014 COM A NORMA GERAL. ALERTA AO GOVERNADOR DO DF E À CÂMARA LEGISLATIVA DO DF. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.
3. PARECER CONVERGENTE DO PARQUET ESPECIALIZADO.

1. Tratam os autos de estudo especial realizado para avaliar eventual incompatibilidade do disposto no artigo 20 da Lei Distrital nº 4.611/2007 e no artigo 3º do Decreto local nº 35.592/2014 com os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, mormente após o advento dos Decretos Federais nºs 8.538/2015 e 7.174/2010, que expressamente consentem o exercício do direito de preferência nas licitações do tipo técnica e preço

2. O estudo foi motivado por força do item IV da Decisão nº 1.621/2019¹, constante do Processo nº 6.228/2017, **in verbis**:

“O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: (...); IV – autorizar o retorno dos autos à Unidade Técnica de origem, determinando-lhe que, em sede de estudos especiais, considere eventual incompatibilidade do disposto no artigo 20 da Lei Distrital nº 4.611/2007 e no artigo 3º do Decreto local nº 35.592/2014 com os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, mormente após o advento dos Decretos Federais nºs 8.538/2015 e 7.174/2010, que expressamente consente o exercício do direito de preferência nas licitações do tipo técnica e preço.(...).” (Grifos acrescidos).

ML3

¹ e-DOC 69ACCFAA-e.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA

3. Para o cumprimento do mister, a zelosa Assessoria Técnica e de Estudos Especiais emitiu a Informação nº 44/ATE¹ contendo percuciente estudo acerca dos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais que norteiam a matéria altercada, cujas conclusões alcançadas são as seguintes:

“(…)

III. Conclusões

45. *Quanto ao objeto dos presentes estudos relativamente à eventual incompatibilidade do disposto no artigo 20 da Lei Distrital nº 4.611/2007 e no artigo 3º do Decreto local nº 35.592/2014 com os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, mormente após o advento dos Decretos Federais nºs 8.538/2015 e 7.174/2010, destacam-se os seguintes aspectos supra analisados:*

- i. *A Lei Complementar nº 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – ME e EPP estabeleceu como critério de desempate em licitações preferência para essas empresas, nos termos dos arts. 44 e 45 do diploma, não tendo restringido os tipos de licitação a que o direito se aplica.*
- ii. *No regramento inicial da matéria em âmbito federal, o direito de preferência às ME e EPP foi limitado às licitações tipo menor preço, conforme previsto no art. 5º do Decreto nº 6204/2007. Posteriormente, o Decreto nº 8538/2015 não indicou em que tipos de licitação o direito de preferência das ME e EPP seria cabível, tendo, contudo, expressamente previsto a possibilidade na licitação tipo técnica e preço. Ainda, quanto à contratação de bens e serviços de informática e automação, o Decreto federal nº 7174/2010 já previra o direito de preferência nas licitações tipo técnica e preço para as ME e EPP.*
- iii. *No Distrito Federal, a regulamentação da matéria foi expressa no sentido de restringir o direito de preferência das ME e EPP às licitações do tipo menor preço, conforme arts. 20 e 21 da Lei Distrital nº 4611/2011 e arts 3º e 4º do Decreto Distrital nº 35592/2014.*
- iv. *O tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP deixou de ser facultativo e dependente de legislação estadual, distrital ou municipal e passou a ser obrigatório, com aplicação da legislação federal no caso de ausência de legislação específica do respectivo ente, conforme alteração realizada pela LC nº 147/2014 na LC nº 123/2006. Não obstante, em face da existência de regramento distrital acerca matéria, consoante Lei nº 4611/2011 e Decreto 35592/2014, não há que se aplicar a legislação federal para o DF nesse âmbito.*
- v. *A maior parte da doutrina tinha o entendimento pela aplicação restrita do direito de preferência às licitações tipo menor preço. Contudo, atualmente, em vista dos Decretos federais nºs 7174/2010 e 8538/2015, não deve persistir tal posicionamento. No mais, a exegese do caput do art. 44 da LC nº 123/2006, c/c com seus parágrafos 1º e 2º, de fato, não limita o direito de preferência às licitações tipo menor preço.*
- vi. *A análise da possibilidade ou não da restrição do direito de preferência à licitação tipo menor preço no DF deve contemplar o alcance da competência legislativa da União para edição de normas gerais quanto à matéria.*
- vii. *A CF/1988 dispõe que o tratamento favorecido e diferenciado em função do porte da empresa é atribuição de todos os entes federativos, conforme arts. 170, inciso IX c/c art. 179. Também determina que cabe à lei complementar estabelecer*

¹ e-DOC 1212548F-e.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA

regras gerais sobre legislação tributária em relação ao tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP, consoante art. 146, inciso III, alínea 'd. Por seu turno, a LODF dispõe sobre a competência legislativa do Poder Público distrital para o tratamento favorecido às ME e EPP, nos termos dos arts. 175 e 345. Ainda, tratando-se de matéria afeta a licitações, o direito de preferência nessa seara esbarra na competência da União em legislar sobre normas gerais nesse campo, consoante art. 22, inciso XXVII, da CF/1988.

- viii. Doutrinariamente, *não há unicidade de entendimento* acerca da extensão da competência da União para legislar sobre normas gerais, sendo que a jurisprudência predominante indica uma concepção ampliada dessa competência, notadamente no âmbito das licitações (STF: ADI 3735 e ADI 4748; TJDFT: Acórdão 1085198).
- ix. Com base na legislação de regência, *é possível entender que a competência dos entes federativos para concessão do tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP pode ampliar benefícios previstos no regramento geral, desde que não invada a competência legislativa da União, não sendo possível inferir o contrário.*
- x. O Tribunal já entendeu em análises concretas pela incompatibilidade do art. 24 da Lei Distrital nº 4611/2011 e do art. 2º, § 2º, do Decreto Distrital nº 35592/2014 frente à LC nº 123/2006, ao disciplinarem que o tratamento diferenciado e favorecido às ME não poderia ser aplicado em favor da entidade que venha a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa, tendo em vista que tal circunstância não consta do Estatuto das ME e EPP.
- xi. Assim, entende-se que a LC nº 123/2006, sendo o Estatuto Nacional das ME e EPP, é norma geral sobre a matéria, constituindo-se lei nacional, consoante art. 179 c/c art. 146, III, 'a', da CF/1988, de modo que a competência legislativa distrital nesse âmbito não lhe pode ser contrária. Em adição, a matéria também contempla a competência da União para editar normas gerais de licitação, nos termos do art. 22, XXVII, da CF/1988, não estando abrangida na competência legislativa suplementar do DF.
- xii. Em face dos fundamentos supra, entende-se que a legislação distrital não pode criar restrição não prevista da LC nº 123/2006 quanto ao direito de preferência das ME e EPP em caso de empate em licitações, de forma que os arts. 20 da Lei Distrital nº 4611/2011 e 3º do Decreto Distrital 35592/2014 são incompatíveis com os arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, ao limitarem o direito de preferências às licitações tipo menor preço.
- xiii. Tendo em conta a presente análise abstrata de normas, cumpre, caso o entendimento aqui exposto seja acompanhado pela Corte, estabelecer sua aplicação aos casos concretos analisados pelo Tribunal e alertar o Governador do Distrito Federal e à Câmara Legislativa do DF quanto à possível incompatibilidade acima indicada. (...)” (Grifos acrescidos).

4.

Por fim, o Corpo Instrutivo sugeriu ao Plenário:

I. aprovar os presentes estudos especiais, considerando cumprida a diligência interna constante do item IV da Decisão nº 1621/2019;

II. considerar incompatível o disposto nos arts. 20 da Lei Distrital nº 4.611/2007 e 3º do Decreto Distrital nº 35.592/2014 com os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA

123/2006, tendo em vista que o regramento local estabeleceu restrição não prevista na lei geral acerca da matéria;

III. alertar o Governador do Distrito Federal e a Câmara Legislativa do DF quanto à possível incompatibilidade acima indicada;

IV. autorizar o retorno dos autos à Segecex para fins de arquivamento.”

5. É o relatório. Passo à análise do presente feito.
6. **Ab initio**, este Representante Ministerial destaca que possui entendimento **convergente** ao alcançado pela cuidadosa Unidade Técnica na Informação nº 44/ATE. Explico.
7. Malgrado, em princípio, a tema altercado pareça ser de natureza árida e suscitar certo grau de incerteza quanto à aplicabilidade dos critérios de desempate previstos na Lei Distrital nº 4.611/2007 e no Decreto Distrital nº 35.592/2014, ou seja, **restritos somente às licitações do tipo menor preço**, uma análise sistemática, teleológica e em conformidade com a Constituição Federal **ratifica** e dá robustez às conclusões apresentadas pela Unidade Técnica, que se mostram apropriadas e bem fundamentadas, não cabendo reparos a fazer.
8. O MP de Contas destaca que o ponto fulcral da discussão tratada nestes estudos especiais se baseia em saber se as normas distritais, que regulamentam o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais, cumprem com a finalidade indisponível de compatibilizar o ordenamento jurídico local aos ditames constitucionais, a fim de que não seja contrário à essência preconizada pela Constituição Federal e, conseqüentemente, pela Lei Complementar nº 123/2006.
9. O corpo Instrutivo, em sua Informação nº 44/ATE, fez as seguintes considerações iniciais em sua análise:

“(…)

*8. O cerne dos presentes estudos reside em elucidar se em face do disposto na LC nº 123/2006 e no Decreto federal nº 8538/2015 quanto ao direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte em licitações, **há incompatibilidade da legislação distrital, que, ao regulamentar a matéria, contemplou apenas a licitação tipo menor preço**. Dessa forma, cumpre, inicialmente, examinar a legislação em questão.*

9. A Lei Complementar nº 123/2006, ao instituir o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – ME e EPP, estabeleceu, dentre outros direitos, como critério de desempate em licitações, preferência de contratação para essas empresas, nos termos dos arts. 44 e 45:

“(…)

10. Assim, a LC nº 123/2006 não discriminou os tipos de licitação em que se aplica o direito de preferência às ME e EPP no caso de empate.

11. Não obstante, no regramento inicial da matéria em âmbito federal, o direito de preferência às ME e EPP foi limitado às licitações tipo menor preço, conforme previsto no art. 5º do Decreto nº 6204/2007:

“(…)



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA**

12. *No Distrito Federal, a legislação também foi expressa no sentido de restringir o direito de preferência das microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais às licitações do tipo menor preço, conforme arts. 20 e 21 da Lei Distrital nº 4611/2011:*

(...)

13. *O Decreto Distrital nº 35592/2014, que regulamentou a Lei nº 4611/2011, igualmente reproduziu os dispositivos supra quanto ao direito de preferência das ME e EPP, de forma limitá-lo às licitações tipo menor preço, nos termos nos arts. 3º e 4º:*

(...)

14. *No entanto, em seguida, na esfera federal, o Decreto nº 8538/2015, que revogou o Decreto nº 6204/2007, não indicou em que tipos de licitação o direito de preferência das ME e EPP seria cabível, à semelhança do disposto no art. 44 da LC nº 123/2006. Contudo, ao regulamentar a aferição de empate nas licitações tipo técnica e preço no § 8º do art. 5º, passou a expressamente contemplar a licitação tipo técnica e preço no direito de preferência. Transcrevem-se os seguintes dispositivos do Decreto nº 8538/2015:*

(...)

15. *Ainda, quanto à contratação de bens e serviços de informática e automação, o Decreto federal nº 7174/2010 já previra o direito de preferência nas licitações tipo técnica e preço para as ME e EPP, nos termos do art. 8º:*

(...)

16. *Assim, na esfera federal, conforme Decretos nºs 7174/2010 e 8538/2015, o direito de preferência em casos de empate em licitações passou a contemplar, além das licitações tipo menor preço como presumido, as licitações tipo técnica e preço.*

17. *Em relação à aplicação da legislação federal ao Distrito Federal, observa-se que LC nº 147/2014 alterou a LC nº 123/2006 para expressar que os entes federativos devem conceder tratamento diferenciado e simplificado às ME e EPP, aplicando-se a legislação federal enquanto não sobrevier a regulamentação específica.*

(...)

18. *Dessa maneira, o tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP deixou de ser facultativo e dependente de legislação estadual, distrital ou municipal e passou a ser obrigatório, com aplicação da legislação federal no caso de ausência de legislação específica do respectivo ente.*

19. *Não obstante, tendo em vista que, como visto, o DF já regulamentou o tratamento favorecido e diferenciado às ME e EPP meio da Lei nº 4611/2011 e do Decreto 35592/2014, não há que se aplicar a legislação federal nesse âmbito.*

20. *Retomando a questão fulcral dos autos, cabe indagar se a LC nº 123/2006, ao não indicar os tipos de licitação em que é aplicável o direito de preferência das ME e EPP no caso de empate, deve abranger todos os tipos cabíveis ou apenas o tipo menor preço.*

(...).” (Grifos acrescidos).

10. Nesse contexto, vale destacar que, em normas de eficácia limitada, tais quais as previstas no art. 146, III, d e no art. 179 da Constituição Federal, a essência jurídica defendida norteia o valor a ser perseguido pelo normativo regulamentador.

11. No caso do tratamento jurídico diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, o sentido **teleológico** da norma prevista na Constituição Federal



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA**

é o de garantir a **prevalência** dessas sociedades empresariais por meio da simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela diferenciação, eliminação ou redução destas, de forma a **incentivá-las na produção de bens e serviços, na geração de empregos e no fomento ao desenvolvimento social sustentável.**

12. A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, trouxe a mesma temática constitucional, **não se desprendendo da essência daquela norma originária.** No caso das aquisições públicas, mais especificamente no art. 44, a Lei é **clara** ao estabelecer tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, como critério de desempate nas licitações. **Não há restrições alusivas ao tipo de licitação**, ou seja, em havendo empate em uma licitação, há regramento para que seja dada preferência às microempresas e empresas de pequeno porte.

13. Logo, como se observa, a preferência a ser dada em caso de empate em nada tem a ver com o tipo de licitação. Isso porque não seria coerente, razoável ou proporcional à finalidade da norma – **in casu**, a LC nº 123/2006 em cumprimento à essência jurídica do dispositivo constitucional – que mero tipo de licitação obstasse a aplicação do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

14. Malgrado, inicialmente, certa parte da doutrina entendesse que, nos casos de empate, o direito de preferência estaria adstrito às licitações do tipo menor preço, esse entendimento é, no ponto de vista do MP de Contas, equivocado. A propósito, pela pertinência, cabe transcrever excerto da Informação nº 44/ATE que traz ao lume a análise da matéria:

“(…)

21. Assim, especialmente antes do Decreto Federal nº 8538/2015, a maior parte da doutrina entendia pela aplicação restrita do direito de preferência às licitações tipo menor preço. Vale a transcrição do seguinte trecho do livro ‘Leis de licitações públicas comentadas’⁷ quanto à questão:

Os artigos 44 e 45 caracterizam como empate (ficto) as situações nas quais as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta melhor classificada, quando esta for apresentada por sociedade não caracterizada como ME ou EPP.

Na modalidade pregão, esse intervalo é reduzido para 5%.

(…)

Este estatuto não restringe a aplicação do desempate ficto a determinado tipo (critério) licitatório, seja menor preço, melhor técnica, técnica e preço ou maior lance ou oferta.

Não obstante, a doutrina construiu o raciocínio de que os benefícios devem ser restritos às licitações do tipo menor preço, uma vez que nas licitações dos tipos melhor técnica ou técnica e preço seriam exigidos critérios econômicos e técnicos incompatíveis com as regras deste estatuto, de natureza simplista.

Esse pensamento foi consagrado pelo Regulamento, Decreto Federal nº 6.204/2007, que, em seu artigo 5º, restringiu a preferência de contratação, no procedimento de desempate ficto, às licitações do tipo menor preço. Contudo, o posterior Decreto federal nº 8.538/2015 admitiu que, nas licitações do tipo técnica e preço, o empate possa ser ‘aferido levando em consideração o



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA**

resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior’.

Curiosamente, o referido dispositivo conclui sua redação com a referência ‘nos termos do regulamento’, o que parecer indicar curiosa necessidade de nova regulamentação específica! ‘

22. *Dessa forma, atualmente, em vista da previsão expressa do exercício do direito de preferência das ME e EPP nas licitações tipo técnica e preço, conforme Decretos federais n°s 7174/2010 e 8538/2015, **não deve persistir o entendimento quanto à aplicação desse direito exclusivamente às licitações tipo menor preço.***

23. *Ainda, observando-se a redação do art. 44 da LC n° 123/2006, verifica-se que, de fato, a exegese do dispositivo não limita o direito de preferência às licitações tipo menor preço. O caput, ao contemplar o termo ‘nas licitações’, não faz qualquer tipo de restrição. Ainda, o § 1° aponta que, de maneira geral, o empate deve ser aferido considerando a proposta mais bem classificada (o que pode contemplar qualquer tipo de licitação), e o § 2°, ao especificar a modalidade pregão, em que por definição legal, abrange só o tipo menor preço, indica que o empate deve ser aferido considerando, efetivamente, o menor preço. Transcreve-se novamente o dispositivo em questão: (...).” (Grifos acrescidos).*

15. Ao analisar a questão suscitada nos autos, o que se deve ter claro é que a finalidade da norma (LC n° 123/2006) é a de propiciar vantagem às microempresas e empresas de pequeno porte, quando essas estiverem em condições de empate com as demais sociedades empresárias nos certames públicos, de modo a fomentar o desenvolvimento econômico, reduzindo as desigualdades sociais e gerando emprego e renda de forma mais equânime.

16. Desse modo, no ponto de vista do **Parquet**, a edição do Decreto Federal n° 6.204/2007 trouxe uma **restrição indevida**, limitando o critério de desempate às licitações do tipo menor preço, o que gerou toda a controvérsia a qual também se observa atualmente na legislação distrital, que se pretende dirimir nestes autos.

17. Vale lembrar que os decretos regulamentadores, como instrumentos jurídicos, servem para regulamentar a operacionalização das leis, não lhes cabendo restringir direitos. **In casu**, cabe aos decretos de regência da matéria apenas disciplinar a forma como a preferência às microempresas e empresas de pequeno será concedida nos casos de empate nos certames, independente do tipo de licitação.

18. Isso porque, como dito alhures, os decretos regulamentadores prestam-se apenas a dispor sobre a fiel execução da lei. Logo, **se a LC n° 123/2006 não restringiu a aplicação da vantagem ao tipo de licitação, não poderá o decreto fazê-lo.**

19. Por óbvio, se restrição houvesse, a própria Constituição deveria estabelecer, e não o decreto. Logo, se a LC n° 123/2006, incorporada do espírito dos dispositivos constitucionais, **não restringiu a aplicação do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte ao tipo ou modalidade de licitação**, o decreto não poderá fazê-lo.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA

20. Seguindo a linha de argumentação, o Corpo Instrutivo também avaliou se a restrição **sub examine** caberia no âmbito da legislação distrital. Pela pertinência da análise, transcrevo o excerto da Informação nº 44/ATE:

“(…)

24. *Superada tal questão, cabe ainda indagar se, mesmo que o art. 44 da LC nº 123/2006 não restrinja o direito de preferência às licitações tipo menor preço, seria possível tal restrição no âmbito distrital.*

25. *Para tanto, deve-se analisar preliminarmente a **competência legislativa** no que se refere a licitações e ao tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte.*

26. *O tratamento favorecido e diferenciado em função do porte da empresa tem amparo constitucional, sendo atribuição de todos os entes federativos, conforme arts. 170, inciso IX c/c art. 179 da CF/1988, abaixo transcritos:*

(…)

27. *Por outro lado, a CF/1988 dispõe que cabe à lei complementar estabelecer regras gerais sobre legislação tributária em relação ao tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP, consoante art. 146, inciso III, alínea ‘d’:*

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(…)

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

(…)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

28. *A Lei Orgânica do Distrito Federal – LODF também dispõe sobre a competência legislativa do Poder Público distrital para o tratamento favorecido às ME e EPP, especialmente na política agrícola, nos seguintes termos:*

Art. 175. O Poder Público do Distrito Federal dará tratamento favorecido a empresas sediadas em seu território e dispensará a micro-empresas e empresas de pequeno porte, definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, com vistas a incentivá-las por meio da simplificação, redução ou eliminação de suas obrigações administrativas, tributárias ou creditícias, na forma da lei.

Art. 345. O Poder Público dispensará a micro, pequenos e médios produtores rurais, definidos em lei, tratamento jurídico diferenciado que os incentive por meio da simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias e creditícias, da eliminação ou redução destas, por meio de lei.

29. *Dessa forma, tem-se que, consoante competência legislativa constitucional, a LC nº 123/2006 estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP, constituindo lei nacional, em relação aos distintos aspectos da legislação tributária mencionada na CF/1988, incluindo ainda o acesso ao mercado quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público. Nesse sentido, a competência legislativa do DF nessa seara, assegurada na CF/1988 e na LODF, não deve ir de encontro à norma geral editada pela União.*



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA**

30. *Sob outro aspecto, o direito de preferência em exame, ao estabelecer regras em sede de licitação, também esbarra na competência da União em legislar sobre normas gerais nesse campo, nos termos do art. 22, inciso XXVII, da CF/1988:*

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

31. *Sendo assim, de modo a se determinar se o Distrito Federal pode limitar o direito de preferência em licitações previsto na LC nº 126/2006, cumpre verificar o alcance do termo ‘normas gerais’, seja no âmbito das licitações, seja no âmbito do tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP.*

32. *Nesse aspecto, tem-se que não há entendimento uníssono quanto à questão, tendo em vista que a CF/1988 não estabelece objetivamente a extensão da competência da União para legislar sobre normas gerais, e, conseqüentemente, da competência legislativa remanescente dos demais entes.*

(...)

36. *À parte das posições doutrinárias, observa-se que a jurisprudência, no caso de licitações, tem adotado, em regra, uma concepção mais ampliada da terminologia relativa às normas gerais. Transcrevem-se as seguintes ementas do Supremo Tribunal Federal acerca na matéria:*

(...)

37. *Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal – TJDFDT tem entendido por uma acepção ampla quanto ao conceito de normas gerais em licitações, de modo a ressaltar a plena validade ao disposto no art. 1º da Lei nº 8666/1993, consoante seguintes julgados:*

(...)

39. *Assim, tendo em vista o entendimento jurisprudencial predominante quanto à competência da União para legislar acerca de normas gerais em licitação, observa-se que a normatização referente a critério de desempate nesse âmbito estaria abarcada nessa competência geral.*

40. *Já no que se refere ao tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP, a jurisprudência é menos representativa. No entanto, por envolver controvérsia análoga a dos presentes autos, cita-se o seguinte julgado recente da 7ª Turma do TJDFT:*

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. HOMOLOGAÇÃO. ADJUDICAÇÃO OBJETO. PERDA INTERESSE PROCESSUAL. PRELIMINAR REJEITADA. MICROEMPRESA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LIMITAÇÃO DOS PARTICIPANTES. LICITAÇÃO. TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO. PERMISSÃO CONSTITUCIONAL. LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006. COMPLEMENTAÇÃO/SUPLEMENTAÇÃO. DISTRITO FEDERAL. POSSIBILIDADE. LEI DISTRITAL 4.611/2011. VIGÊNCIA. PRINCÍPIOS LEGALIDADE, ISONOMIA E COMPETITIVIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA. DENEGAÇÃO SEGURANÇA. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. A superveniente homologação/adjudicação do objeto licitado não enseja a perda do interesse processual em ação na qual se alegam nulidades no procedimento licitatório que podem contaminar até mesmo o próprio contrato. Precedentes jurisprudenciais.



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA**

2. O tratamento jurídico diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deriva de permissão constitucional. Inteligência dos artigos 170, inciso IX e 179 da CF. 3. O Excelso Supremo Tribunal Federal já assentou que ‘a Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades’ (RE 423560, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012 RT v. 101, n. 923, 2012, p. 678-683). 4. A competência legislativa concorrente da União e do Distrito Federal para estabelecer tratamento jurídico diferenciado a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, conforme prevê o Art. 179 da Constituição Federal, assegura ao ente distrital complementar ou suplementar a Lei Complementar n. 123/2006 para o preenchimento de lacunas ou vazios, ou, ainda para observância às peculiaridades regionais. 5. A supressão da expressão ‘serviços de natureza divisível’ do Art. 48, inciso III, da LC 123/2006 não acarreta a automática revogação do Art. 26 da Lei Distrital 4.611/2011, se houve ampliação do benefício de reserva de cota em procedimento licitatório para aquisição de serviços às microempresas e empresas de pequeno porte, de forma a promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito distrital e conferir efetividade ao direito de acesso daquelas ao ‘crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão’, conforme prevê o Art. 1º, inciso III, da LC 123/2006. 6. ‘Partindo do pressuposto básico de que a LC 123/11 não afasta a aplicação de outras Leis Estaduais, Municipais e Distritais, bem como sua finalidade primeira é desenvolver a economia, criando um ambiente de competitividade isonômica entre os agentes econômicos, não há como se negar que ambas as leis - LC 123/06 e Lei 4.611/11 - devem ser aplicadas em conjunto, de maneira a concretizar os objetivos e princípios constitucionais da livre concorrência’. Reprodução trecho Sentença. 7. Devidamente observados os princípios da legalidade, isonomia e competitividade no certame, sobretudo ante a existência de norma distrital vigente - Lei 4.611/11 - que autoriza a reserva de cota de até 25% às entidades preferenciais em licitação para aquisição de serviços de natureza divisível e se a competição em procedimento licitatório deve observar as diferenças dos microempresários em relação às empresas de grande porte, de forma a assegurar que ‘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’ (Art. 47 da LC n. 123/2006). 8. Recurso desprovido.

(Acórdão 1162336, 07089937220178070018, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 12/6/2019, publicado no DJE: 9/4/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

(Grifado).



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA**

41. Como se vê, prevaleceu no entendimento do TJDFT a competência concorrente do Distrito Federal para conceder tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP, conforme cota para contratação de serviços de natureza divisível estabelecida na Lei Distrital nº 4611/2011, ainda que a LC nº 123/2006, sendo norma geral quanto à matéria, não traga tal previsão na redação atual. Sendo assim, é possível entender, com base no posicionamento supra, que **a competência dos entes federativos para concessão do tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP pode ampliar benefícios previstos no regramento geral, não sendo possível inferir o contrário, tendo em vista o regramento constitucional no intuito do auxílio a essas entidades.**

42. Ademais, cumpre verificar que em análises concretas o Tribunal já entendeu pela incompatibilidade da Lei Distrital nº 4611/2011 e do Decreto Distrital nº 35592/2014 frente à LC nº 123/2006. Nos Processos nºs 9442/2016 e 14487/2013, analisou-se o art. 2411 da Lei nº 4611/2011 e o art. 2º, § 2º12, do Decreto nº 35592/2014, que disciplinam que o tratamento favorecido e diferenciado **não poderá ser concedido a entidade que auferir faturamento que acarrete seu desenquadramento da condição de microempresa.** Tendo em vista que a LC nº 123/2006, constituindo norma geral sobre a matéria, não faz tal ressalva, o Tribunal entendeu que **o regramento distrital era incompatível com a referida lei complementar neste ponto.** Transcreve-se o seguinte excerto do voto-condutor da Decisão 6054/2016, verbis:

(...)

43. Dessa forma, a semelhança do posicionamento do Tribunal visto acima, **entende-se que a legislação distrital não pode criar restrição não prevista da LC nº 123/2006 quanto ao direito de preferência das ME e EPP em caso de empate em licitações.** Isto porque a LC nº 123/2006, sendo o Estatuto Nacional das ME e EPP, é norma geral sobre a matéria, constituindo-se lei nacional, de modo que a competência legislativa distrital nesse âmbito **não lhe pode ser contrária.** Em adição, a questão também contempla a competência da União para editar normas gerais de licitação, nos termos do art. 22, XXVII, da CF/1988, não estando a matéria abrangida na competência legislativa suplementar do DF.

44. Por fim, tendo em vista que os presentes estudos analisam abstratamente a relação entre normas, cumpre apenas, caso o entendimento aqui exposto seja acompanhado pela Corte, **estabelecer sua aplicação aos casos concretos analisados pelo Tribunal e alertar o Governador do Distrito Federal e à Câmara Legislativa do DF no que se refere à possível incompatibilidade dos arts. 20 da Lei Distrital nº 4611/2011 e 3º do Decreto Distrital 35592/2014 com os arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006. (...).**” (Grifos acrescidos e no original).

21. Com efeito, não há dúvidas de que a restrição também não pode ser concebida pela legislação distrital.

22. A uma porque a LC nº 123/2006 é **norma geral** que dispõe sobre a matéria e, portanto, esvazia a possibilidade de norma local contrapô-la. Além disso, como já destacado nos autos, compete à União legislar sobre normas gerais de licitação (art. 22, XXVII, da CF/1988) e a forma abordada pela norma distrital **cria restrição não contemplada na norma geral.**



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
QUARTA PROCURADORIA**

23. A duas porque a restrição **sub examine não se coaduna com o espírito pretendido constitucionalmente**, qual seja o de ampliar – e não de restringir – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte.

24. A três porque, ao se interpretar a legislação em conformidade com a Constituição, parece evidente que qualquer dispositivo que venha restringir a vantagem do desempate a um único tipo de licitação se revela inadequado se aferido com base nos **princípios norteadores da atividade econômica previstos no art. 170, da CF/1988, afrontando o seu sentido teleológico**.

25. Logo, na visão Ministerial, não se mostra possível conceber os critérios de desempate previstos na Lei Distrital nº 4.611/2007 e no Decreto Distrital nº 35.592/2014, os quais restringem a vantagem das microempresas e empresas de pequeno porte somente nos empates ocorridos nas licitações do tipo menor preço, pois criam limites que subvertem, não só o sentido da LC nº 123/2006, mas o da CF/1988, desvirtuando a adequada ordem jurídica.

26. Por todo o exposto, este Representante do **Parquet** tem **entendimento convergente** com as conclusões e sugestões apresentadas pelo Corpo Técnico.

É o Parecer.

Brasília, 3 de abril de 2020.

Marcos Felipe Pinheiro Lima
Procurador-Geral