



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ORIENTAÇÃO E COORDENAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS
COORDENAÇÃO-GERAL DE ORIENTAÇÃO

Parecer Nº 97 /2011/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO Nº 00400.018041/2011-19

INTERESSADO: Coordenadora do GT instituído pela Portaria/AGU 1161
ASSUNTO: Alteração dos modelos de edital de licitações disponibilizados no site da AGU
diante da superveniência do Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU

LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICRO
EMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE.
INTELIGÊNCIA DO PARECER
59/2011/DECOR/CGU/AGU.

- Nas licitações fragmentadas, a exclusividade prevista no artigo 48, I da Lei Complementar 123/2006 deve tomar por base o total dos itens/lotos licitados.

- Inexistência de divergência entre o Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU e o acórdão 2957/2011-TCU-Plenário.

- Desnecessidade de retirada dos modelos de edital postos no site da AGU, mas apenas de supressão dos dispositivos que restrinjam a participação no certame às micro e pequenas empresas quando a situação fática for incompatível com a inteligência do Parecer retromencionado.

Senhor Diretor,

- 1 -

1. A Coordenadora do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria/AGU nº 1161 encaminhou e-mail sugerindo a retirada imediata dos modelos de edital de licitação disponíveis no site da AGU diante da superveniência dos Pareceres nºs 59/2011/DECOR/CGU/AGU e 87/2011/DECOR/CGU/AGU que, supostamente, tornariam desatualizadas as referidas minutas (fl. 02).



2. A referida tarefa foi originalmente distribuída à Dra. Isabela Rossi Cortes Ferrari (fl. 03) que desincumbiu-se do feito por meio de Nota ainda sem número (fls. 139/144). Com relação ao Parecer nº 87/2011/DECOR/CGU/AGU, que estabelece que a sanção prevista no artigo 87, III da Lei 8.666/93 alcança toda a administração pública brasileira e não apenas o ente federativo que a aplicou, a referida causídica concluiu pela necessidade de alterações pontuais nos modelos de edital disponíveis no site da AGU, nos termos indicados à fl. 142 dos presentes autos. Quanto ao Parecer nº 59/2011/DECOR/CGU/AGU, que trata do teto para realização de licitação exclusiva para micro e pequenas empresas, pontuou a superveniência do Acórdão nº 2957/2011-TCU-Plenário, o que justificaria a redistribuição dos autos ao presente parecerista, signatário daquela manifestação.

3. É o suficiente à guisa de relatório. Passo a opinar.

- II -

4. Antes de adentrar propriamente no mérito, retome-se a conclusão do Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU, vazado nos seguintes termos: "em caso de licitação fracionada, o montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) previsto no artigo 6º do Decreto 6.204/2007 deve tomar por base a soma total dos lotes licitados", devendo-se ainda exigir do administrador a exposição dos motivos que levaram ao fracionamento ou à reunião de itens diversos em lotes separados por linha de produto, de modo a permitir o controle da legalidade do ato praticado pelo gestor.

5. A primeira consideração a ser feita pertine à inexistência de uma uniformidade normativa quanto à conceituação de item/lote. A simples indicação a "item" no acórdão nº 2957/2011-TCU-Plenário não dá segurança quanto aos contornos definitivos do problema. Observe-se, por exemplo, que um item pode vir a ser fragmentado em vários lotes. Coteje-se a seguinte situação hipotética: a administração pretende licitar a aquisição de resmas de papel que totalizam o montante de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), sendo tal aquisição desmembrada em 10 lotes de R\$ 9.000,00 (nove mil reais). A inteligência do Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU impõe para esse caso uma licitação aberta a todos os interessados, e não apenas às micro e pequenas empresas. Isso demonstra a impossibilidade de se identificar no texto do Acórdão nº 2957/2011-TCU-Plenário alguma divergência com o Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU.

6. A par da consideração supra, mister reconhecer que o texto do acórdão *sub examine* nem mesmo parece divergir do entendimento encampado pelo Parecer



59/2011/DECOR/CGU/AGU, corroborando-o na verdade. Neste sentido, conteje-se o seguinte trecho que esclarece o real posicionamento sustentado pelo Tribunal de Contas da União:

9.2.2. as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, competindo ao órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, as incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação (destacou-se).

7. O referido trecho esclarece que o órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços, quando a respectiva licitação tiver sido destinada à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, só pode autorizar adesões à referida ata se o somatório de todas as contratações, incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto pelos aderentes, não forem superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Fica evidente, portanto, que o Tribunal de Contas entende que o parâmetro para a aplicação do teto estabelecido pelos artigos 48, I da Lei Complementar 123/2006 e 6º do Decreto 6.204/2007 deve ser o total da contratação e não o valor de um item/lote resultante do fracionamento.

8. Este entendimento é absolutamente compreensível diante das razões postas no Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU. Ali, sustentou-se que, em caso de fracionamento da licitação em itens/lotas, deve-se tomar o valor integral da licitação e não de cada item/lote individualmente. Afirmou-se que, se o "tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado" (art. 9º, II do Decreto 6.204/2007), não deverá incidir a regra do artigo 6º do Decreto 6.204/2007. O princípio da isonomia que justifica a regra dos artigos 48, I da Lei Complementar 123/2006 e 6º do Decreto 6.204/2007 deveria ceder diante dos princípios da ampla concorrência e da busca da proposta mais vantajosa ao erário. O Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, portanto, parece caminhar na mesma direção de outras decisões do TCU que, por diversas vezes, manifestou-se contrariamente ao fracionamento do objeto a ser licitado quando sua utilização possa ensejar prejuízo ao patrimônio público.

9. Dessa forma, reitera-se o conteúdo do Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU por entender-se que o mesmo veicula critérios claros quanto à aplicabilidade ou não da regra do artigo 48, I da Lei Complementar 123/2006 e por estar em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União.



- III -

10. Naquilo que se refere à solicitação veiculada pela Coordenadora do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria/AGU nº 1161, tem-se que o conteúdo do Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU não justifica a retirada do site da AGU dos modelos de edital de licitação ali disponíveis. Bastaria a alteração das cláusulas que dizem respeito aos possíveis participantes do certame. Assim, exemplificativamente, se a licitação pretender a aquisição de produtos em montante superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), dever-se-á extirpar do "modelo de edital com alguns itens exclusivos a ME/EPP/COOP" (fls. 42 e seguintes) o item 5.1.1 que assim dispõe: "Em relação aos itens,,, a participação é exclusiva a microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas enquadradas no art. 34 da Lei nº 11.488, de 2007" (fl. 43).

11. Em outros casos, o conteúdo do Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU apenas determinará qual o modelo de edital a ser adotado. Caso a fragmentação em itens/lotos represente um valor total superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), alguns modelos disponíveis no site da AGU deverão ser preteridos em favor de outros.

12. A título ilustrativo, se o total da aquisição pretendida superar o teto estabelecido pelo artigo 48, I da Lei Complementar 123/2006, o modelo de edital de licitação a ser utilizado deverá ser outro que não o modelo de edital de pregão eletrônico para compra, exclusivo a microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas (fls. 51 e seguintes) ou o modelo de edital do registro de preços por meio de pregão eletrônico para compra exclusiva a microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas (fls. 96 e seguintes). Isto porque o conteúdo dos itens 5.1. (fl. 52) e 4.1 (fl. 98) das respectivas minutas não poderiam ser aplicadas ao caso em concreto diante do que dispôs o Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU. Para tais situações, o gestor deverá valer-se, exemplificativamente, do modelo de pregão eletrônico na modalidade habilitação completa (fls. 04 e seguintes), pois seu item 5.1. (fl. 05) permite a ampla participação dos interessados no certame.

- IV -

13. Diante destas considerações, reitera-se o conteúdo do Parecer 59/2011/DECOR/CGU/AGU ao tempo em que, no que se refere ao questionamento ventilado pela Coordenadora do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria/AGU nº 1161, se conclui pela desnecessidade de alteração do texto dos modelos *sub examine*, posto que o Parecer



supracitado apenas indicará qual deles deverá ser adotado em cada caso em concreto ou, quando muito, justificará a exclusão de cláusula referente aos possíveis participantes do certame, tal como exposto no item "20" supra.

A consideração superior.

Brasília, 15 de dezembro de 2011.

Daniel Silva Passos
Daniel Silva Passos
Advogado da União

*De acordo. O Sr. João-
le Ferraz, para apontar
fiscal.*

Em 20/12/11

Sergio Eduardo de Freitas Tapety
Diretor do DECOR/CGU/AGU