



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

PARECER Nº <sup>059</sup> 2011/DECOR/CGU/AGU  
PROCESSO Nº 00453.000198/2007-88  
INTERESSADO: Patrícia Karlla Barbosa de Melo  
ASSUNTO: Teto para realização de licitação exclusiva para micro e pequena empresas

LICITAÇÃO, PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICRO EMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE, ARTIGO 48, I, DA LC 123/2006. REVISÃO DA NOTA DECOR/CGU/AGU nº 356/2008-PCN.

- Licitação fragmentada. Divisão do objeto licitado em lotes.
- Princípios densificados pela licitação: necessidade de se permitir também a ampla participação nos negócios públicos e a maior vantajosidade à administração pública.
- Interpretação restritiva do artigo 6º do Decreto 6.204/2007, em analogia aos fins preconizados pela regra do § 5 do artigo 23 da lei 8.666/93.
- Necessidade de fundamentação pelo gestor da decisão de fragmentar o objeto do certame ou de reunir itens diversos em um mesmo lote.
- Pela revisão do Item 35, a.1., da Nota DECOR/CGU/AGU nº 356/2008-PCN.

Senhor Coordenador-Geral Substituto,

- 1 -

1. A Consultoria Jurídica da União no Estado de Alagoas, por meio do Memorando nº 131/2009-NAJ/CGU/AGU/AL, solicita esclarecimentos quanto ao conteúdo da Nota DECOR/CGU/AGU nº 356/2008-PCN (fls. 88/99), especialmente no que se refere ao item 35 da indigitada manifestação, assim redigido:



35. Em face do exposto, opina-se no seguinte sentido:

a) A aferição do patamar de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve se pautar nas seguintes orientações:

- a.1) caso o item seja da mesma espécie, mas possa ser dividido em parcelas, sempre que se demonstre técnica e economicamente viável (art. 5º do Decreto n.º 3.931/01), deverá ser levado em conta cada parcela para aferir tal patamar;
- a.2) caso o item seja composto por componentes de diversas espécies, e se opte por reunir em lotes separados por linha de produto, o patamar deverá ser aferido por linha de produto.

2. Argumenta a CJU/AL a existência de aparente contradição entre os subitens a.1 e a.2, "uma vez que o primeiro permite a divisão de itens da mesma espécie e o segundo a aglutinação de itens de diferentes espécies" (fl. 110).

3. Aduz que, no que se refere ao subitem a.1 sua interpretação literal "pode nos fazer chegar a um contrassenso, já que seria possível (sic) prever a compra de determinado produto em várias parcelas inferiores a R\$ 80.000,00, enquanto que a soma das parcelas seria bastante superior a esse valor durante o exercício financeiro" (fl. 110-verso).

4. No que se refere ao subitem a.2, seria necessário "explicar se a linha do produto serviria tanto para os itens aglutinados como para os não aglutinados" (fl. 110-verso). Tais esclarecimentos seriam necessários para evitar que o administrador se valesse de ardil e impusesse um objeto à licitação a depender de seu interesse em realizar o certame exclusivamente entre micro e pequenas empresas ou não.

5. Por fim, afirma a CJU/AL a existência de problemas em relação ao sistema ComprasNet, pois este não permitiria que em uma mesma licitação fossem previstos itens destinados exclusivamente a micro e pequenas empresas e outros sem esta exclusividade (fl. 111).

6. Os presentes autos foram redistribuídos ao presente signatário em 16/06/2011.

7. Brevemente relatados os autos, manifesto-me.

- II -

8. São necessárias algumas considerações prévias. O item 35 da aludida Nota DECOR/CGU/AGU nº 356/2008-PCN trabalha com um cenário em que há um único



procedimento licitatório, mas uma diversidade de objetos licitados. Trata-se de licitação fracionada, em que "a Administração divide a contratação em inúmeros lotes, cujo conjunto corresponde à satisfação integral da necessidade pública. Em princípio, todas as contratações fracionadas são executadas simultaneamente"<sup>1</sup>.

9. O artigo 23, § 1º da Lei 8.666/93, com fulcro a aumentar a competitividade e o universo de possíveis Interessados, impõe o fracionamento como obrigatório:

Art. 23 da lei 8.666/93 – (...)

§ 1º - As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

10. Observe-se que o fracionamento deve respeitar os limites de ordem técnica e econômica<sup>2</sup>. A perda da economia de escala, por exemplo, impediria o aludido fracionamento do objeto a ser licitado.

11. Feitas estas considerações preliminares, mister analisar o conteúdo do artigo 6º do Decreto 6.204/2007, que assim dispõe:

Art. 6º Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).  
Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo quando ocorrerem as situações previstas no art. 9º, devidamente justificadas.

12. O instituto da licitação é instrumento não apenas a favor do princípio constitucional da isonomia e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, mas também da seleção da proposta mais vantajosa para a administração (art. 3º da Lei 8.666/93). Significa dizer que aqueles dois primeiros objetivos devem coadunar-se com este último, dentro dos parâmetros legalmente determinados.

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 11ª edição, 2005, p. 207.

<sup>2</sup> Art. 23 da lei 8.666/93 – (...)

§ 1º - As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala (destacou-se).

Art. 5º do Decreto 3.931/01 - A Administração, quando da aquisição de bens ou contratação de serviços, poderá subdividir a quantidade total do item em lotes, sempre que comprovado técnica e economicamente viável, de forma a possibilitar maior competitividade, observado, neste caso, dentre outros, a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços (destacou-se).



13. Observa-se que o artigo 48 da Lei Complementar 123/2006 se incumbe de estabelecer o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) como referência para a realização de licitações destinadas à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte<sup>3</sup>. Conforme se observa da redação do artigo 6º do Decreto 6.204/2007, esta exclusividade deixou de depender da discricionariedade dos administradores públicos federais, passando a ostentar a condição de obrigatória, homenageando o desenvolvimento nacional por meio do estímulo às micro e pequenas empresas.

14. É evidente que tal disposição, contudo, deve se adequar aos demais princípios densificados pelo instituto da licitação. Sobressai daí 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<sup>4</sup>.

15. Este é o cerne da questão. O fracionamento não pode ser utilizado como instrumento de deturpação da regra do artigo 6º do Decreto 6.204/2007 e, neste sentido, o montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve tomar por base a soma total dos lotes licitados. A promoção do desenvolvimento nacional sustentável, caso ultrapassado tal teto, deve ceder em favor da isonomia e da maior vantajosidade para a administração.

16. Em última instância, trata-se de raciocínio semelhante àquele sufragado pelo legislador no § 5º do artigo 23 da lei 8.666/93, onde se estabeleceu que o fracionamento de determinado objeto não permite a utilização de modalidade licitatória mais simples que aquela cabível para o mesmo quando tomado em sua integralidade:

Art. 23 - (...)

§ 5º - É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

<sup>3</sup> Art. 48 da LC 123/2006. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

l - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

<sup>4</sup> Art. 6º do Decreto 6.204/2007 - (...)

Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo quando ocorrerem as situações previstas no art. 9º, devidamente justificadas.



17. Em outras palavras, aquilo que possa ser considerado como a parcela de um todo não poderá ser tratado isoladamente<sup>5</sup> para fins de escolha da modalidade licitatória. No caso dos autos, da mesma forma, a fragmentação do objeto licitável não deve reduzir o espectro de possíveis licitantes, sob pena de extrapolar a finalidade da norma e excluir, de forma irrestrita, todos os interessados que não se enquadrem nos termos da lei Complementar 123/2006.

18. Este raciocínio tem sido reiteradamente aplicado pelo Tribunal de Contas da União, que reconhece a obrigação de fracionamento do objeto a ser licitado, mas combate sua utilização quando possa ensejar prejuízo ao erário. Coteje-se, por exemplo, o disposto na Súmula nº 247 no Tribunal de Contas da União:

Súmula TCU nº 247 - É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade (destacou-se).

19. A mesma Corte de Contas tem se ocupado de impedir o uso do fracionamento do objeto licitado quando o gestor, por meio de subterfúgios, pretende, com isto, lançar mão de modalidade licitatória menos rigorosa:

7. A restrição ao caráter competitivo do certame, aliás, principiou quando a CEPISA optou pela promoção de 04 (quatro) Tomadas de Preços (...) para serviços da mesma natureza, ao invés de realizar uma única concorrência, sob o argumento de que não havia continuidade geográfica da localização das obras ("uma no norte do Estado e as três outras na região central"), defendendo que não existia "uma obra fracionada, mas quatro obras distintas".

8. Nesse sentido, permito-me lembrar que a Lei nº 8.666/93 dispôs, sobre o assunto, no § 5º de seu art. 23:

"§ 5º. É vedada a utilização da modalidade convite ou tomada de preços, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço."

9. Marçal Justen Filho, ao comentar o fracionamento com a conseqüente alteração da modalidade de licitação, afirma:

"(...) haverá invalidade quando a alteração provocar ofensa ao princípio da isonomia. Ou seja, quando acarretar a impossibilidade de participação de potenciais interessados." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., p. 196)

10. O mesmo autor leciona, ainda:

"Não se admite o fracionamento como instrumento de frustração das determinações legais acerca de obrigatoriedade ou modalidade de licitação. Depois, é imperioso examinar se existe uma única obra ou serviço, cuja execução tenha sido parcelada. A

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, *ob. cit.*, p. 212.



Lei quer vedar que uma obra ou serviço complexo sejam transformados, para fins de licitação, em uma pluralidade de atos isolados. Por isso, a unitariedade da obra ou do serviço não deve ser examinada apenas sob critérios técnico-científicos, mas sob enfoque funcional, primordialmente. Mesmo quando haja pluralidade de obras ou de serviços, desde que homogêneos e similares (de 'mesma natureza'), os quais devam ser executados no mesmo local, aplica-se a regra do art. 23, § 5º, (op. cit., p. 198)

11. Cretella Júnior admite que haja o fracionamento somente para "as parcelas de natureza específica que possam ser executados por pessoas ou empresas de especialidade diversa da do executor da obra ou serviço" (Das Licitações Públicas, 16ª ed., p. 226).

12. Vê-se, pois, que o Estatuto das Licitações, ao vedar o fracionamento de despesas, pretendeu preservar a competitividade dos certames licitatórios, obrigando a que as obras e os serviços realizados no mesmo local fossem englobados em uma única licitação, de maior valor. Interpretando-se a norma de forma sistêmica, orientados pelo princípio da Isonomia que norteou sua promulgação, só se pode conceber que a menção a um "mesmo local" tenha por objetivo único permitir o maior aproveitamento das potencialidades regionais, observando-se a área geográfica de atuação das empresas que executam os serviços ou obras a serem contratados.

(...)

14. Observe-se que o entendimento que agora defendo, relativo à melhor interpretação do § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, já foi trazido a este Colegiado na recente Sessão de 06 de junho último, por ocasião da relatoria do TC-006.691/1999-4, tendo sido, naquela oportunidade, unanimemente acolhido.

(...) ACORDAM (...) em: (...)

d) determinar à (...) CEPISA a estrita observância aos preceitos contidos na Lei nº 8.666/93, em especial quanto aos seguintes aspectos:

(...)

d.6) preservação da modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação, quando esse objeto, envolvendo serviços da mesma natureza, for desmembrado em licitações distintas, por razões de ordem técnica e econômica (art. 23, §§ 1º e 2º), especialmente quando os potenciais contratados façam parte de um grupo comum; (Acórdão 167/2001 – Plenário) (destacou-se).

20. Nesta linha de raciocínio, justifica-se a preocupação da CJU/AL em esclarecer os exatos contornos ao subitem a.1 do item 35 da Nota DECOR/CGU/AGU nº 356/2008-PCN. A preferência dada às micro empresas e as de pequeno porte não deve ser deturpada a fim de excluir da licitação, de forma fraudulenta, determinado licitante.

- III -

21. O caso *sub examine* diferencia-se de licitações sucessivas decorrentes de necessidades rotineiras da administração pública. Pode-se afirmar que, em tais casos, haveria uma falha no planejamento da administração, sendo imperiosas, mais uma vez, as lições de Marçal Justen Filho<sup>6</sup>:

Não é possível tratar objetos semelhantes como parcelas de uma única contratação. Ainda quando a natureza dos objetos for a mesma, se as contratações não puderem ser realizadas conjunta e concomitantemente, no mesmo local, não haverá o dever de somatório. Assim, por exemplo, não haveria sentido em a Administração realizar uma única contratação para comprar todo o material de expediente necessário para o seu consumo durante o exercício Intelro. Não vejo fundamento para, não obstante realizar

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, *ob. cit.*, p. 215.



ser realizadas conjunta e concomitantemente, no mesmo local, não haverá o dever de somatório. Assim, por exemplo, não haveria sentido em a Administração realizar uma única contratação para comprar todo o material de expediente necessário para o seu consumo durante o exercício inteiro. Não vejo fundamento para, não obstante realizar cinco ou dez licitações diversas ao longo do tempo, ser a Administração compelida a escolher modalidade a partir do valor global dos desembolsos.

(...) certamente, deve reconhecer-se a vedação à adoção de subterfúgios e artimanhas para escapar ao dever de licitar. Mas o tratamento isolado das contratações autônomas entre si é a regra. A exceção é produzir-se o somatório. Essa exceção deriva de que o tratamento isolado e autônomo das diferentes contratações poderia ser instrumento de fraude ou conduzir à frustração de princípios constitucionais. Por isso mesmo, é impossível estabelecer como princípio geral que, na dúvida, diferentes contratações serão tratadas conjuntamente. O princípio geral é o oposto: diferentes contratações têm de ser tratadas como autônomas e distintas entre si.

22. Ao se afirmar que o montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve tomar por base a soma total dos lotes licitados, pretende-se combater as tentativas de fraudar a ampla participação no certame por meio de fracionamento ardiloso do objeto, de modo a ampliar forçadamente a regra do artigo 6º do Decreto 6.204/2007. Repise-se tratar-se de raciocínio análogo ao inserido no art. 23, § 5º da Lei 8.666/93.

23. A diferenciação entre as hipóteses de burla do certame por meio de fragmentação ardilosa do objeto licitável e de mau planejamento na esfera pública deve ser verificada por meio da motivação das decisões administrativas. Como medida fiscalizadora, é importante que o gestor seja compelido a justificar formalmente a abertura sucessiva de licitações com o mesmo objeto, expondo os motivos que levaram à não aquisição de forma agrupada<sup>7</sup> e justificando, por conseguinte, a aplicação da regra do artigo 6º do Decreto 6.204/2007 no caso em concreto.

- IV -

24. O segundo questionamento lançado pela CJU/AL pertine ao item a.2 do item 35 da Nota DECOR/CGU/AGU nº 356/2008-PCN. O raciocínio construído é o mesmo quanto ao item anterior, só que de forma invertida: da forma como redigido, o parecer em comento possibilitaria que o administrador, de forma má intencionada, aglutinasse diversos produtos em um lote excedendo o limite estabelecido no artigo 6º do Decreto 6.204/2007 e obstando o tratamento prioritário conferido pela Lei Complementar 123/2006 às micro e pequenas empresas.

25. As mesmas considerações tecidas anteriormente são válidas para a presente indagação. O risco de fraudes não pode inverter a lógica da presunção de legitimidade dos atos administrativos, devendo ser investigado em cada caso concreto. Para tanto, o gestor

<sup>7</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 184.



deve sempre externar, formalmente, os motivos que levaram à aglutinação de diversos objetos em um mesmo lote, possibilitando o controle da legalidade de sua decisão. Observe-se que a própria lei geral de licitações se incumbem de estabelecer critérios para a divisão do objeto licitado<sup>8</sup>, sendo que o gestor deve manifestar-se sobre a incidência ou não dos mesmos no caso em concreto.

- VI -

26. Por fim, o último questionamento, referente às dificuldades técnicas encontradas no sistema ComprasNet foi esclarecido pelo Departamento de Logística e Serviços Gerais do Ministério do Planejamento segundo o qual já houve a atualização do sistema de modo a permitir que, "no mesmo certame, seja adotada a mesclagem de itens com o benefício da exclusividade, ou seja, no mesmo edital pode-se definir itens com ou sem o benefício da exclusividade" (fl. 153).

27. Por conta desta informação, a CONJUR/MPOG afirmou não mais existir o problema apontado pela CJU/AL no item 15 do Memorando nº 131/2009-NAJ/CGU/AGU/AL (fl. 126), ficando prejudicada a perquirição neste ponto.

- VII -

28. Diante destas considerações, sugere-se a reforma do item 35, a.1., da Nota DECOR/CGU/AGU nº 356/2008-PCN, para afirmar que, 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.

29. Deve-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.

30. Por fim, e apenas a título de informação, aponta-se a existência de outras ressalvas feitas ao item 35 da aludida Nota, feitas pelo Parecer 097/2010/DECOR/CGU/AGU, da lavra do Dr. Rafael Figueiredo Fulgêncio e lançado nos autos

<sup>8</sup> Art. 23 da lei 8.666/93 - (...)

§ 1º - As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda de economia de escala (destacou-se).

continuação do PARECER N.º 059/2011/DECOR/CGU/AGU



do processo 00400.018300/2010-12 (mas que escapam ao objeto da consulta formulada pela CJU/AL).

À consideração superior.

Brasília, 17 de junho de 2011.

Daniel Silva Passos  
Advogado da União