



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



PARECER Nº 097/2010/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO Nº 00400.018300/2010-12

INTERESSADO: GT PORTARIA/AGU 1161/2010

ASSUNTO: LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. LIMITE DE VALOR. SERVIÇOS CONTÍNUOS.

LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE PREVISTA NO ART. 6º DO DECRETO 6.204/07. LIMITE DE 80.000,00 REAIS. SERVIÇOS CONTÍNUOS. NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DO VALOR TOTAL DO CONTRATO, INCLUINDO-SE AS EVENTUAIS PRORROGAÇÕES AUTORIZADAS PELO ART. 57, II, DA LEI 8.666/93.

I – Para fins da licitação exclusiva prevista no art. 6º do Decreto 6.204/07, deve ser considerado, em se tratando da contratação de serviços contínuos, o valor total do contrato, incluindo-se os acréscimos decorrentes das possíveis prorrogações autorizadas pelo inciso II, do art. 57, da Lei 8.666/93. Entendimento que se extrai da jurisprudência do TCU e da ON/AGU nº 10/09.

Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

- I -

1. Trata-se do MEMORANDO/AGU/GT Portaria 1161 Nº 01/2010, por meio do qual o Grupo de Trabalho criado com vistas à uniformização de entendimentos e padronização de procedimentos no âmbito desta Consultoria-Geral da União solicita a análise da possibilidade de modificação parcial da NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 356/2008-PCN, aprovada pelo Despacho do Consultor-Geral da União nº 745/2009,



no ponto em que entende que *"No caso de serviços continuados, o patamar de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (referente à licitação exclusiva para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte) deve ser aferido pelo período de contratação previsto no edital (12 meses ou mais, respeitado o limite de 60 meses), sem que sejam computadas as possíveis prorrogações"*.

2. Em referido documento, afirma o Grupo de Trabalho que a modificação de entendimento pretendida viabilizaria a ampliação da Orientação Normativa/AGU Nº 10/2009, que atualmente assim dispõe:

Na contratação de serviço contínuo, com fundamento no art. 24, II, da Lei 8.666, de 1993, o limite máximo de R\$ 8.000 (oito mil reais) deverá considerar a possibilidade da duração do contrato pelo prazo de 60 (sessenta) meses.

3. A proposta para a nova redação, que contaria com o aval da unanimidade dos integrantes do Grupo de Trabalho, é a seguinte:

A definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações para: a) a realização de licitação exclusiva (Microempresa, Empresa de Pequeno Porte e Sociedade (sic) Cooperativas); b) a escolha de uma das modalidades convencionais (concorrência, tomada de preços e convite); e c) o enquadramento das contratações previstas no art. 24, inc. I e II da Lei 8.666/93.

4. Assevera que, quanto aos itens "b" e "c" retro, parece não haver controvérsia, tendo em vista, respectivamente, o posicionamento perfilhado sobre referidas questões pelo Tribunal de Contas da União e por esta Advocacia-Geral da União. Quanto ao item "a", porém, haveria óbice no mencionado entendimento adotado pela NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 356/2008-PCN, construído com base, em especial, no Decreto 6.204/07, que *"Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal"*.

5. Aduz que *"não se questiona a fundamentação posta na NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 356/2008-PCN, nos itens 14 a 20, mas sim sua conclusão, que restou isolada em relação ao entendimento consolidado sobre o tema, talvez por ter partido de uma premissa correta do ponto de vista lógico (a possibilidade contratual*



de prorrogação não implica em necessidade desta), mas divorciada da realidade dos contratos administrativos de trato sucessivo (que geralmente são prorrogados), e da dicção do artigo 8º da Lei 8.666, de 1993¹.

6. Afirma, ademais, que, *"a questão que se põe não é relativa à vigência inicial do contrato, se doze ou mais meses, até o limite máximo de sessenta, mas sim, a sua programação, que nos termos do artigo 8º da Lei de Licitações e contratos, deve ser realizada na sua totalidade, bem como do atendimento do princípio da economicidade, posto no art. 3º do mesmo diploma legal."*

7. Colaciona, ainda, recente decisão do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 943/2010-Plenário) e lições doutrinárias no sentido de que a modalidade de licitação a ser utilizada para a contratação de serviços contínuos deve ser eleita com base no valor total a ser despendido com a contratação, levando-se em conta as eventuais prorrogações contratuais permitidas pelo art. 57, Inciso II, da Lei 8.666/93.

8. Assevera, por fim, o Grupo de Trabalho, que a adoção do entendimento sugerido privilegia os princípios da isonomia e da economicidade, ampliando, nos procedimentos licitatórios levados a efeito pela Administração Pública, a competitividade na busca da proposta mais vantajosa, sem, contudo, ferir as regras constantes do art. 48, Inciso I, da Lei Complementar 123/06² e do art. 6º do Decreto 6.204/07³.

9. Brevemente relatados os autos, manifesto-me.

- II -

10. A modificação pretendida pelo Grupo de Trabalho no posicionamento adotado na NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 356/2008-PCN é, a meu ver, plenamente

¹ "Art. 8º A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução."

² "Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - 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);"

³ "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)".



razoável. De fato, referida modificação encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que se firmou no sentido de que a modalidade de licitação a ser utilizada para a contratação de serviços contínuos deve levar em conta o valor total do contrato, incluindo-se as possíveis prorrogações do mesmo. Sobre o tema, são ilustrativos os seguintes julgados exarados pela Corte de Contas:

13. Quanto à escolha indevida de modalidade licitatória no âmbito dos Convites nºs 5/2000 e 7/2000, entendo que os serviços sociais autônomos, mesmo não se submetendo aos estritos procedimentos da Lei nº 8.666/93 mas sim aos seus regulamentos próprios, devem agir em conformidade com os princípios gerais referentes às licitações, entre eles o da seleção da proposta mais vantajosa e o da ampla competitividade, consagrados inclusive no art. 2º do atual Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SEBRAE (Resolução CDN nº 54, de 18 de outubro de 2001, alterada pela Resolução CDN nº 69/2002, de 22 de agosto de 2002).

14. No caso em exame, em virtude de abordar contratações de serviços de natureza continuada, a interpretação que melhor se coaduna com os princípios mencionados é a adoção de modalidade de licitação mais ampla, que seja compatível com a estimativa do valor global do contrato, incluindo as prorrogações, sob pena de, utilizando-se modalidade mais simples, referente a apenas os doze meses iniciais, restringir-se a competitividade do certame.

(AC-1482-31/05-2, 2ª Câmara, Sessão: 23/08/05, Relator: LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA)

4. A respeito dessa questão, lembro que o Tribunal já se manifestou, por meio do Acórdão 203/2002 - Plenário, no sentido de que a modalidade de licitação deve ser escolhida segundo a estimativa do valor do contrato pelo seu prazo final pretendido. (...)

6. Observa-se, portanto, que essa interpretação indica o procedimento considerado mais prudente para a Administração, embora não expresso na lei. Diante disso, deixo de propor excepcionalmente a aplicação de multa aos responsáveis.

(AC-1862-29/03-1, 1ª Câmara, Sessão: 19/08/2003, Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilça)

10. Na hipótese, tratando-se da contratação de serviços de natureza continuada, o modo de proceder a que melhor se coaduna com referidos princípios consiste em identificar-se a obrigatoriedade de licitar-se e, sendo esse o caso, adotar o modalidade que seja compatível com a estimativa do valor global do contrato, incluindo as prorrogações, sob pena de, optando-se por procedimento mais simples, referente a apenas os doze meses iniciais, incorrer-se em ilegalidade.

11. Tal entendimento, ademais, já foi manifestado por este Tribunal em diversas oportunidades, tais como, e.g., nos AC-0203-17/02-P, AC-1862-29/03-1, AC-1808-44/04-P e AC-1482-31/05-2.

(AC-2753-40/05-1, 1ª Câmara, Sessão: 08/11/2005, Relator: Augusto Sherman Cavalcanti)

11. Mister salientar, ademais, que, conforme bem salientado pelo Grupo de Trabalho no memorando que inaugura os presentes autos, tanto a doutrina de



Marçal Justen Filho, quanto a de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, referendam o entendimento propugnado⁴, veja-se:

Outra questão que desperta dúvida envolve os contratos de duração continuada, que comportam prorrogação. Suponha-se previsão de contrato por doze meses, prorrogáveis até sessenta meses. Imagine-se que o valor estimado para doze meses conduz a uma modalidade de licitação, mas a prorrogação produzirá superação do limite previsto para a modalidade. Em tais situações, parece que a melhor alternativa é adotar a modalidade compatível com o valor correspondente ao prazo total possível de vigência do contrato. Ou seja, adota-se a modalidade adequada ao valor dos sessenta meses. Isso não significa afirmar que o valor do contrato pactuado por doze meses, deva ser fixado de acordo com o montante dos sessenta meses. São duas questões distintas. O valor do contrato é aquele correspondente aos doze meses. A modalidade de licitação deriva da possibilidade de prorrogação.⁵

Foi demonstrado que a licitação é um procedimento prévio à realização de despesa, motivo pelo qual para se evitar o fracionamento da mesma, é obrigatório considerar o consumo ou uso do objeto, ou contratação do serviço, no exercício financeiro.

⁴ Em sentido contrário: "Não cabe em razão dessa diferença pretender que o valor do contrato, somado ao valor das prorrogações, fique enquadrado na modalidade licitatória utilizada na abertura do certame. (...)

No pertinente à segunda, a lei apenas previu que as prorrogações poderiam ser celebradas com vistas a obtenção de preços e condições de pagamento mais vantajosas para a Administração Pública. Se são situações diversas, como isso resta claro dos respectivos dispositivos e da finalidade a que se propõem alcançar, devem ser submetidas a regimes diferenciados, específicos a cada uma, como determinam as boas regras e princípios de interpretação. A modalidade licitatória somente é relevante para a contratação, mas absolutamente irrelevante para as prorrogações iguais e sucessivas, por exemplo. Nesses casos, o novo valor contratual não determina qualquer modalidade licitatória nem deve enquadrar-se na escolhida em função do valor estimado do contrato. Pensar de outro modo seria inominável equívoco. O novo valor pode, portanto, ser maior e ultrapassar o limite da modalidade licitatória utilizada para a contratação. Esse também é o magistério de IVAN BARBOSA RIGOLIN ao asseverar que "lei atual, que permite, por exemplo, que se contrate serviço continuado por seis meses e que o contrato venha a durar seis anos - prorrogado onze vezes por iguais e sucessivos períodos - jamais iria pretender submeter o valor total desse hipotético contrato ao limite da modalidade licitatória utilizada (...)

A exigência de se manter o somatório do valor do contrato e da prorrogação dentro da modalidade de licitação escolhida para a contratação, não se afeição à letra da lei, pois nada nesse sentido foi prescrito. Também não se amolda ao espírito da lei, preordenado, no caso, a propiciar preços e condições de pagamento mais vantajosas para a Administração Pública. Em razão dessa errônea interpretação restaria reduzidíssima a utilização da faculdade de prorrogação dos contratos com fulcro em tais disposições da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. (...)

A hipótese de prorrogação prevista no Inc. II do art. 57 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública é semelhante às arroladas no § 1º desse mesmo artigo, na medida em que ambas as situações não se vinculam à modalidade de licitação determinada pelo valor estimado do contrato. Desde logo, revela-se irrelevante saber se com o acréscimo do valor do contrato em razão do valor da prorrogação, celebrada nos termos do Inc. II do art. 57, foi violada a modalidade licitatória dado que não se pode afirmar permitida ou proibida a pretendida dilatação contratual, conforme ocorra ou não esse enquadramento vez que a lei não faz tal exigência. Se a doutrina não exige para as hipóteses do § 1º do art. 57 essa vinculação, não há razão para ser imposta na hipótese do Inc. II desse mesmo artigo, pois as finalidades dessas medidas não se compatibilizam com tal exegese. Em nenhuma dessas hipóteses a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública previu essa vinculação à modalidade licitatória escolhida em função do valor estimado do contrato. A lei, em ambas as situações, não só é a mesma, como qualquer exigência nessa direção foi por ela instituída. Destarte, ainda que os limites da modalidade licitatória determinada pelo valor estimado do contrato sejam superados com o valor da prorrogação, esta não só pode ser celebrada como nada obsta que se a tenha por legal." (GASPARINI, Diogenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Contínuo. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, n. 13, 2003.)

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed. São Paulo. Dialética: 2009, p. 263.



No caso, porém, de contratos cuja execução é prevista para ultrapassar o exercício financeiro deverá ser considerado o tempo estimado e o correspondente ao valor total a ser despendido, para fins de enquadramento na tabela de valores constante do art. 23, da Lei de Licitações.

Registro que idêntico entendimento foi adotado por ocasião da prolação dos Acórdãos 1.482/2005, da 2ª Câmara, e 1.725/2003, 1.8862/2003, 2.753/2005, 2.372/2007, todos da 1ª Câmara.⁶

12. Como já visto, tal entendimento foi albergado por esta Advocacia-Geral da União na citada Orientação Normativa nº 10/09, não havendo, a meu ver, qualquer óbice à sua extensão para a hipótese prevista na norma do art. 6º do Decreto 6.204/07, que trata, igualmente, de limite de valor aplicável em matéria de licitação. Pelo contrário, a adoção do entendimento defendido pelo Grupo de Trabalho fará manter a coerência com o conteúdo de referida ON/AGU nº 10/09, sedimentando no seio desta instituição o posicionamento de que, em matéria de licitação para contratação de serviços contínuos, prevalece o valor total a ser despendido com a contratação, incluindo-se as possíveis prorrogações, e, não, apenas o valor previsto para o prazo inicial definido no edital do certame.

13. Importante ressaltar, para fins de análise conjunta pelo Grupo de Trabalho, que se encontra submetida à análise do Exmo. Sr. Consultor-Geral da União a NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 193/2009-ASN, aprovada, respectivamente, pelos DESPACHO/CG/DECOR/CGU/AGU Nº 062/2009-MCL e DESPACHO DECOR/CGU/AGU Nº 083/2009-SFT, por meio dos quais é sugerida a revisão da Orientação Normativa nº 10/2009.

14. De todo o exposto, portanto, sugiro, nos termos da fundamentação retro, seja parcialmente modificado o entendimento adotado na NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 356/2008-PCN, adotando-se o posicionamento de que, para fins da licitação exclusiva prevista no art. 6º do Decreto 6.204/07, seja considerado, em se tratando de serviços contínuos, o valor total do contrato, incluindo-se os acréscimos decorrentes das possíveis prorrogações autorizadas pelo inciso II, do art. 57, da Lei 8.666/93.

⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação Direta sem Licitação*. Brasília. Brasília Jurídica: 1997, p. 85.



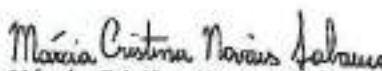
À consideração superior.

Brasília, 09 de novembro de 2010.


Rafael Figueiredo Fuldencio
Advogado da União

1. De acordo.
2. Ao Diretor do DECOR/CGU/AGU.

Brasília, 09 de novembro de 2010.


Márcia Cristina Novaes Labanca
Advogada da União
Coordenadora-Geral do DECOR/CGU/AGU

1. De acordo.
2. À consideração do Consultor-Geral da União.

Brasília, 16 de novembro de 2010.


Sérgio Eduardo de Freitas Tapety
Consultor da União
Diretor do DECOR/CGU/AGU



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

URGENTE



Despacho do Consultor-Geral da União nº 2.138/2010

PROCESSO Nº 00400.018300/2010-12

INTERESSADO: GT Portaria/AGU 1161/2010

ASSUNTO: Licitação exclusiva para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Limite de valor. Serviços contínuos.

Estou de acordo com o Parecer nº 097/2010/DECOR/CGU/AGU e com os Despachos posteriores que o aprovaram.

Encareço o encaminhamento dos autos à Drª Mariane Küster, Coordenadora do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 1.161, de 2010 para ciência e providências.

Brasília, 19 de novembro de 2010


RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR
Consultor-Geral da União



00400.019295/2010-65

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

Setor de Indústrias Gráficas - SIG Quadra 06 - Lote 800 - 3º andar
Tel.: 61-3105-8556/8557 - Fax: 3341-1147 - cgua@agu.gov.br

MEMORANDO Nº 2.416/CGU/AGU/2010

Brasília, 19 de novembro de 2010.

A Sua Senhoria a Senhora
Drª. Mariane Küster
Coordenadora do Grupo de Trabalho de Uniformização

Senhora Coordenadora,

Encaminho a Vossa Senhoria cópia integral dos autos do processo nº 46201.002434/2009-25, encarecendo análise e manifestação, juntamente com o processo nº 00400.018300/2010-12.

Atenciosamente,


RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR
Consultor-Geral da União

46201.002434/2009-25



NOTA DECOR/CGU/AGU N.º 356/2008 - PCN

PROCESSO N.º 00453.000198/2007-88.

PROCEDENCIA: NAJ/AL

INTERESSADO: Patrícia Karlla Barbosa de Mello.

ASSUNTO: Considerações acerca do Decreto n.º 6.204/07.

Senhor Coordenador – Geral,

- 1 -

1. Retornam os autos a este Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos para análise final, tendo em vista a juntada da manifestação preliminar do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a respeito do assunto conforme solicitado na NOTA DECOR/CGU/AGU N.º 367/2007, "veja":

(...)

» Art. 6º do Decreto n.º 6.204/2007.

11.1 Para a aferição do patamar de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve ser levado em conta o valor isolado de cada item contratado ou o preço global da contratação (valor correspondente ao somatório de todos os itens)?

11.2 No caso da contratação referir-se a prestação de serviços continuados, como deve se dar a aferição do patamar de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?

11.3 A norma prevista neste artigo é compatível com os princípios constitucionais que regem as contratações públicas, haja vista a restrição de participação das empresas não enquadradas como ME ou EPP nestes processos licitatórios?

11.4 Esta norma extrapola o limite da regulamentação legal da Lei Complementar n.º 123/07, na medida em que esta determina a faculdade de realização de licitações destinadas exclusivamente a microempresas e empresas de pequeno porte (Art. 48, I) e aquele estabelece a obrigatoriedade de realização de certames restritivos quando o objeto a ser licitado tiver valor inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)?

» Art. 9º do Decreto n.º 6.204/2007

12. Os questionamentos a respeito desse artigo são os seguintes:

fl



12.1. Como se demonstra nos autos a inexistência de "três fornecedores competitivos", tendo em vista que o Decreto exige prova negativa de existência de ME e EPP? A esse respeito, importa mencionar que os NAJs vêm encontrando dificuldades na realização de pesquisas no SICAF/SIASG, uma vez que há um grande número de códigos atribuídos para um mesmo tipo de objeto (vide exemplo citado pelo NAJ de Maceió no item 3 desta nota).

12.2. O que se deve compreender por "local" e "regional" (expressões contidas no inciso I deste artigo) em se tratando de licitação na modalidade de pregão eletrônico?

12.3. Exclui-se o tratamento favorecido se comprovada a inexistência de vantagem ou eventual prejuízo, mas não se vê como isto poderia ser comprovado ou demonstrado na prática. De regra, a vantagem se demonstra por meio de pesquisa de mercado:

a) A pesquisa de mercado deve ser feita somente entre empresas enquadradas como ME/EPP ou entre estas e empresas regulares conforme dispõe o parágrafo único? Ou seja, seria preciso realizar mais de um procedimento licitatório para o mesmo objeto a fim de que se averiguar essa vantagem? Tal procedimento não iria contra os princípios da eficiência e da economicidade?

b) Qual o momento adequado para a realização da pesquisa de mercado: antes da realização do certame ou após a apuração da proposta mais vantajosa?

12.4. É necessário que a Administração comprove em cada processo que não foi dirigido exclusivamente às ME e EPP e que seja inferior a R\$ 80.000,00 que já ultrapassou os 25% do seu orçamento disponível para contratações do ano civil? Como poderá ela comprovar isto? Apenas mediante declaração?

2. É o que importa relatar.

- II -

3. A controvérsia jurídica consiste em definir a melhor interpretação a ser dada ao Decreto n.º 6.204, de 05 de setembro de 2007, para as licitações de valor inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

4. Reputa-se, necessário, para uma melhor análise da questão, organizar a manifestação de acordo com o respectivo artigo do Decreto n.º 6024/07.

Do art. 6º do Decreto n.º 6.204/07.

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.

5. Inicialmente, é preciso que se discorra a respeito da constitucionalidade do referido dispositivo legal. Isso porque, em razão do tratamento favorecido as microempresas e



empresas de pequeno porte alguns juristas insurgiram contra a Lei Complementar n.º 123/06, regulamentada pelo Decreto sob análise.

6. Discorreu-se sobre este assunto na NOTA DECOR/CGU/AGU N.º 215/2007– PCN, nos seguintes termos:

10. A Lei Complementar n.º 123/2006 ao dispor sobre o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), introduziu sistemática diferenciada no processo licitatório envolvendo essas espécies de empresas. O tratamento dispensando as ME e EPP vêm sendo questionado por alguns juristas, sendo certo que ainda haverá muita discussão a respeito do assunto.

11. Deixando essas discussões de lado, o que o legislador pretendeu ao estabelecer regras diferenciadas foi permitir que as ME e EPP pudessem concorrer de forma equilibrada com as demais empresas. A Constituição Federal de 1988 ampara esse discrimen ao dispor em seu artigo 170, inciso IX: *"tratamento favorável para as empresas de pequeno porte constituídas sobre as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país"*. Adiante, no art. 179, estabelece que: *"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei"*.

12. A Nota Técnica n.º 45/2007/ DLSG-SLTI-MP, de 26 de abril de 2007, ao tratar sobre o assunto dispõe:

7. Justificam-se as disposições Constitucionais que amparam o tratamento favorecido as MPE's, já que estas são as grandes responsáveis pelo emprego e o desenvolvimento econômico do país, como demonstra a pesquisa realizada pelo Sebrae, em conjunto com o IBGE, no "Boletim Estatístico das MPE's", do 1º semestre de 2005, que constata que as MPE's geram 6 vezes mais empregos do que as médias e grandes empresas (empregos gerados/participação PIB), respondem por cerca de 67% dos empregos e representam 99% das empresas formalmente estabelecidas no Brasil, embora esses dados variem conforme os critérios utilizados para a definição da condição de micro em pequena empresa. Além destes fatores, soma-se a grande vulnerabilidade das PME's que estão submetidas a uma competição com grandes empresas consolidadas e mais bem estruturadas, e que chegam a utilizar práticas desleais de competição, como dumping ou a formação de cartéis. Desta competição desigual, e em alguns casos desleal, é que se verifica, tendo como base os dados das Juntas comerciais, que 50% das MPE's que começaram a funcionar em 2002, fecharam até o início de 2004.

8. Portanto, as MPE's encontram-se em situação de desequilíbrio real na competição com as grandes e médias empresas, seja pela menor escala de produção, o que aumenta os custos, a menor capacidade logística ou a menor estrutura administrativa, não contando com apoio jurídico ou mesmo de equipe técnica preparada para participar de licitações. Este desequilíbrio de competitividade das MPE's em relação às médias e grandes empresas nas licitações estão efetivamente comprovado nos dados (SIASG) referentes às compras públicas do Governo federal, em que, embora as MPE's representem 99,9% (IBGE) das empresas constituídas no país e 50% das empresas cadastradas no Sistema Unificado de Cadastro de Fornecedores do Governo Federal – SICAF, elas participam em menos de 10% do valor licitado no ano de 2006.

13. Sob o pálio dos aspectos ressaltados pelo Gesante Substituto da EPPGG, Rafael Setúbal Arantes transcritos acima, dessume-se que não há qualquer inconstitucionalidade na referida lei.



7. Em igual sentido o entendimento do MPOG exposto no PARECER n.º 601-JAR-4.2/2007:

"18. A Lei Complementar n.º 123/2006, na parte que estabelece disposições gerais sobre licitações e contratos para microempresas e empresas de pequeno porte, não regula inequivocamente a matéria sobre licitações, expressamente não declara revogação de nenhuma disposição das Leis n.º 8.666/93 e n.º 10.520/2002, no que se refere ao tratamento diferenciado que disciplina, s.m.j, apresenta compatibilidade com as demais normas do ordenamento jurídico, de forma que não se vislumbra revogação de nenhuma da regra de licitação, pelo contrário, constata-se que a referida Lei Complementar trouxe uma complementação ao ordenamento jurídico sobre o assunto."

8. Verificado que não há qualquer inconstitucionalidade no tratamento diferenciado dispensado às MPE's pela LC n.º 123/06, não há que razão para se questionar o art. 6º do Decreto citado, vez que este veio a regulamentar aquela LC.

9. No que se refere a extrapolação dos limites da regulamentação, o MPOG manifestou-se no seguinte sentido:

"A segunda questão refere-se aos limites da regulamentação, indagando se o referido art. 6º não seria extrapolado ao determinar a licitação exclusiva para as MPE's quando o art. 48 da Lei Complementar n.º 123, de 2006 estabeleceu mera faculdade.

Esclarecemos que o Decreto em análise regula os arts. 42 a 45 e 47 a 49 da Lei Complementar n.º 123, de 2006, no âmbito do Governo Federal, de modo que o Presidente da República, como chefe do Poder Executivo, utilizando os seus poderes decorrentes da hierarquia, pode avocar para si a decisão, em relação ao leque de opções deixado pela Lei, determinando que seus subordinados que adotem uma determinada conduta específica dentre aquelas autorizadas pela Legislação. Em suma, a discricionariedade deixada pela lei pode ser limitada por uma ordem do chefe do Poder executivo aos seus subordinados, avocando para si a decisão quanto à realização ou não da licitação exclusiva para MPE's nos casos em que a Lei autoriza. É nesse sentido que o art. 6º traz uma regra que em momento algum afronta a legalidade, sendo apenas uma determinação do Presidente da República quanto à conduta que a Administração Pública Federal deve adotar. É nesse sentido que o art. 6º traz uma regra em momento algum afronta a legalidade, sendo apenas uma determinação do Presidente da República quanto à conduta que a Administração Pública Federal deve adotar. É nesse sentido o ensinamento da profa. Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"No entanto, mesmo quando dependa de lei, pode-se dizer que da organização administrativa decorrem para a Administração Pública diversos poderes:

1. O de editar atos normativos (resoluções, portarias, instruções) com o objetivo de ordenar a atuação dos órgãos subordinados; trata-se de atos normativos de efeitos apenas internos e, por isso mesmo, inconfundíveis com os regulamentos; são apenas e tão-somente decorrentes da relação hierárquica, razão pela qual não obrigam pessoas a ela estranhas.
2. O de dar ordens aos subordinados, que implica o dever de obediência, para esses últimos, salvo para as ordens manifestamente ilegais;

(...)

5. o de avocar atribuições, desde que não sejam de competência exclusiva do órgão subordinado."

10. Assim, a norma inserta no art. 6º do Decreto em análise não extrapolou os limites do poder regulamentar, à medida que consiste na positivação de uma escolha - poder discricionário - realizada pelo Chefe do Executivo Federal para disciplinar a matéria, nos limites autorizados pela LC n.º 123/06.



11. Sobre os demais questionamentos a respeito deste dispositivo normativo, a Consultoria Jurídica do MPOG, no PARECER/MP/CONJUR/DF/N.º 1126 -4.2/2008, entende:

" 7. Das transcrições, conclui-se que a licitação, sempre que possível e interessante à Administração, se subdividirá em itens distintos, desde que economicamente viáveis. Desse modo, o valor de até R\$ 80.000,00 nas contratações, definido pelo art. 48, inciso I, da LC n.º 123/06 e art. 6º, caput do Decreto n.º 6.204/07 (questão 11.1 - fl. 43), deve ser observado na licitação de cada item, já que a concorrência ocorrerá por item, e não pelo valor geral (soma dos itens) das contratações, ainda que proporcionadas por um único pregoeiro (ou outra modalidade). A realização de várias competições num mesmo procedimento licitatório tem objetivo meramente econômico, o que não representa sua acumulação em um única contratação.

8. Pode-se ainda concluir que o limite de R\$ 80.000,00, em caso de contratação de serviços continuados (questão 11.2 - fl. 44), deverá ser aferido no prazo de doze meses, período contratual equivalente à vigência dos créditos orçamentários (art. 57, caput, da lei n.º 8.666/93), até porque a prorrogação autorizada pelo inciso II, do art. 57, da lei n.º 8.666/93, ainda que possível, não é obrigatória.

12. Com efeito, a fim de que se promova "um melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade" (§1º do art. 23, da Lei n.º 8.112/90) entre os licitantes e considerando que, a administração tenha subdividido a quantidade total do item em parcelas sempre que se demonstre técnica e economicamente viável (art. 5º do Decreto n.º 3.931/01), ainda que em um único certame outra não pode ser a conclusão a não ser a de que o patamar de 80.000,00 (oitenta mil) deve ser aferido por cada item contratado.

13. No caso da Administração Pública optar em reunir itens de espécies distintas em lotes, seguindo a sugestão do NAI/RN, dentre outros, é aconselhável que o patamar de R\$ 80.000,00 seja aferido por linha de produto (por exemplo, produtos de informática, produtos de limpeza, etc.).

14. No que pertine aos serviços continuados, o patamar de R\$ 80.000,00 (oitenta mil) poderá ser aferido no período de 12 meses, por ser este o período equivalente à vigência dos créditos orçamentários, conforme determina o art. 57, caput, da Lei n.º 8.666/93, ou por um período superior a 12 (meses), desde que não seja ultrapassado o prazo máximo de 60 (sessenta) meses e este período esteja previsto no prazo de vigência do contrato (art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/90).

15. A doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União não são unânimes a respeito da duração inicial dos contratos para prestação de serviços continuados, ora se inclinam para o prazo de 12 meses ora para a vigência inicial de 60 meses, sem possibilidade de prorrogação.

16. O jurista Marçal Justen Filho, no livro Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, p. 505, assevera que:

" 6.5) Prazo da contratação



A orientação tradicionalmente adotada pelo autor foi no sentido de que a Administração disporia de discricionariedade para determinar o prazo da contratação. Isso significava admitir a possibilidade de fazer-se a contratação, desde logo, por período total de sessenta meses.

Anteriormente pareciam excessivamente formalistas as interpretações no sentido de que a contratação deverá respeitar o exercício orçamentário, promovendo-se a sua renovação no início do ano seguinte. Em face especialmente do texto da Lei de Responsabilidade Fiscal (e das sanções pelo descumprimento dos deveres ali consagrados) pode reputar-se ser essa a solução mais compatível com a disciplina jurídica ora vigente. Em face da ampliação do rigor fiscal, a solução mais adequada é a contratação nos limites do exercício orçamentário. Isso sempre propiciará uma certa turbulência por ocasião do início dos novos exercícios, o que não é desejável.

17. Admitindo ambas as possibilidades, Lucas Rocha Furtado, em seu Curso de Licitações e Contratos Administrativos, p. 507, preceitua:

Outra observação acerca do tema diz respeito ao fato de que não obstante a lei limite a vigência dos referidos contratos de serviços contínuos, consideradas eventuais prorrogações, a 60 meses, tem sido praxe no serviço público a sua celebração ocorrer com prazo de vigência de 12 meses, prevendo o edital, e o respectivo contrato a possibilidade de eles serem prorrogados por períodos iguais e sucessivos até o limite de 60 meses.

(...)

Outra questão relacionada à vigência dos contratos de serviço de execução continuada possam ser celebrados com prazo de vigência superior a 12 meses, o mesmo sendo válido para as eventuais prorrogações, observado o limite de 60 meses.

Parece-nos lícito admitir que os contratos de serviço de execução continuada possam ser celebrados com prazo de vigência superior a 12 meses, o mesmo sendo válido para as eventuais prorrogações, observado o limite de 60 meses. Para que não se observe o padrão de vigência de 12 meses, é necessário, todavia, que se justifique a adoção de prazo de diverso tendo em vista a obtenção de vantagens para a Administração Pública. Ou seja, se o gestor decide por seguir o padrão e celebra contrato de serviço contínuo com vigência de 12 meses, não necessita justificar porque adotou o prazo padrão; adota-se prazo distinto, deve justificar as vantagens que podem advir da sistemática adotada.

(...)

18. O Tribunal de Contas da União, adentrou o tema na Decisão n.º 25/2000 - Plenário, proferida no Processo n.º 928.360/1998-9, em que assinalou a possibilidade da contratação ser feita diretamente por 60 meses ou pelo prazo de um ano, renovável por igual período, independente da vigência do crédito orçamentário, verbis:

9.1 Na redação original, o art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/93 dispunha que:

"Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua que deverão ter a sua duração dimensionada com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a duração a sessenta meses."

9.2 Ao interpretar esse dispositivo, o TCU firmou entendimento no sentido de que (Decisão n.º 695/96 - Plenário - Ats n.º 43/96 - fls. 218-9):

"a) a duração dos contratos de que trata o art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, deve ser, já de início, dimensionada de modo inequívoco, definitiva e incondicionada, com



b) nada impede - aliás, é recomendável - que o próprio certame licitatório seja utilizado para se aferir objetivamente qual a duração contratual que propicia condições mais vantajosas para a contratação, inclusive quanto ao preço. Para isso, é bastante que a Administração exija no edital que os licitantes formulem propostas alternativas de preços, e, se for o caso, de outras condições contratuais para as hipóteses de a duração do ajuste, a ser firmado ulteriormente, vir a ser fixada ("dimensionada") em 1, 2, 3, 4 ou 5 anos;

9.3 Ocorre que a Medida Provisória n.º 1.500/96, e alterações posteriores, alterou os termos do inciso II do art. 57, o que levou o Tribunal a deliberar, por meio da Decisão n.º 827/96 - Plenário (Ata 51/96), no sentido de excluir as alíneas "a" e "b" do item 8.2 da Decisão n.º 695/96, transcritas no subitem anterior desta instrução. A Lei n.º 9.648/98 deu ao dispositivo a seguinte redação:

(...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses;

(...)

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado em até doze meses.

9.4 Essa nova redação não exclui a possibilidade de se celebrar o contrato de prestação de serviços de natureza contínua por prazo superior à vigência dos créditos orçamentários, não havendo empecilho para que a duração seja fixada, desde logo, em 60 meses. (grifos não constam no original)

19. Por certo, se a contratação inicial pelo prazo de 60 meses for mais vantajosa para a Administração Pública Federal é recomendável que se adote este prazo ou qualquer outro prazo superior a 12 meses. Nesse sentido, a Instrução Normativa n.º 18, de 22 de dezembro de 1997 do MARE define os serviços continuados como "*aqueles serviços auxiliares, necessários à Administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deve estender-se por mais de um exercício financeiro.*" Conclui-se, portanto, que é admissível no âmbito da Administração pública Federal a contratação por prazo superior a 12 meses de maneira a não comprometer a continuidade desses serviços.

20. Feitos estes esclarecimentos, é recomendável que o patamar de R\$ 80.000,00 reais seja aferido pelo período de contratação previsto no edital (12 meses ou mais, respeitado o limite de 60 meses). Entretanto, não deverão ser contabilizadas as possíveis prorrogações.

Do art. 9º, do Decreto n.º 6.207/2007.

Art. 9º Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando:

7



continuação da NOTA DECOR/CGU/AGU N.º 356/2008 - PCN

I - não houver um mínimo de 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;

II - 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;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV - a soma dos valores licitados nos termos do disposto nos arts. 6º a 8º ultrapassar vinte e cinco por cento do orçamento disponível para contratações em cada ano civil; e

V - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os objetivos previstos no art. 1º, justificadamente.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II, considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

21. A Secretaria de logística e Tecnologia da Informação do MPOG manifestou-se no seguinte sentido:

"Preliminarmente, informamos que esta Secretaria está trabalhando com vistas à alteração dos módulos SICAF e CATMAT, em um primeiro momento, para em seguida iniciar a alteração do CATSER, de modo a permitir que os sistemas informatizados de logística pública sejam utilizados como ferramenta de auxílio para a pesquisa em questão.

Esclarecemos ainda que o órgão ou entidade contratante é livre para adotar a metodologia que entender mais apropriada para verificar a existência de três fornecedores competitivos enquadrados como MPE's, podendo ainda realizar a licitação exclusiva sem qualquer pesquisa, prevendo no edital que se não ocorrer participação de no mínimo três MPE's a licitação será revogada e republicada em seguida, aberta à participação de todas as empresas. Portanto, consideramos que não existe forma predeterminada para a pesquisa, podendo o órgão adotar a forma que entender mais adequada, justificadamente, dentro de sua autonomia gerencial.

O subitem (b) questiona sobre como deve ser identificada a não vantajosidade para a Administração prevista no inciso II do art. 9º

Entendemos que não é necessário fazer qualquer pesquisa prévia de preços com MPE's, embora o órgão tenha esta faculdade, dentro de sua autonomia gerencial, podendo o órgão ou entidade contratante adotar procedimento similar ao descrito no item 11 desta nota, ou seja, realizar a licitação exclusiva e caso o preço final obtido esteja acima do valor de referência, deve o órgão revogar a licitação para republicá-la logo em seguida aberta à participação de todos os licitantes, MPE's ou não, (...).

O subitem (d) questiona sobre a possibilidade de realização de uma licitação em duas fases, uma exclusiva para as MPE's e outra aberta, no caso de não comparecimento de um número mínimo de 3 MPE's na primeira fase, mas argumenta que o sistema de pregão eletrônico não possibilita a realização de duas sessões públicas.

De fato, o sistema não possibilita a realização de duas sessões públicas para a mesma licitação, mas isto não inviabiliza a adoção de uma nova licitação agora está aberta a todos os interessados, já que o item pode ser cancelado e o edital republicado com a alteração de que a licitação agora está aberta a todos os interessados. Entendemos, inclusive, que esta nova publicação do Edital não precisa passar pela Consultoria Jurídica, já que foi aprovado previamente contendo a cláusula de que se não houvesse o comparecimento de um mínimo



de 3 fornecedores enquadrados como MPE's, a licitação seria reaberta para quaisquer interessados.

O subitem (c) questiona a economicidade da opção por duas licitações, alegando o custo da nova publicação do edital e a necessidade de nova análise pela Consultoria Jurídica.

Entendemos, contudo pela desnecessidade de uma nova análise do Edital pela Consultoria Jurídica caso o Edital originariamente encaminhado já contivesse a regra prevendo a republicação do Edital e a abertura de uma nova licitação, aberta a todos os interessados, quando do não comparecimento de um mínimo de 3 fornecedores enquadrados como MPE's. E como a publicação do extrato do edital no diário oficial não tem um custo elevado, consideramos que a opção pela republicação do Edital não é antieconômica.

Consideramos ainda que como não houve qualquer alteração no Edital, mas simplesmente uma reabertura da licitação, conforme regra prevista no próprio instrumento, o órgão pode optar, inclusive, por fazer a nova publicação apenas no Comprasnet, sem a necessidade de nova publicação no Diário Oficial."

22. Percebe-se da manifestação transcrita, que o MPOG deixou a critério do órgão a aferição da inexistência de três fornecedores. No entanto, defendeu a tese de que essa inexistência restará comprovada quando não comparecem os três licitantes enquadrados como MPE's. Ocorre que, neste caso, se estaria fazendo uma licitação tão somente para comprovar a inexistência de licitantes. Embora de um lado se apresente como uma solução antieconômica, por outro, garante a possibilidade das MPEs participarem do certame licitatório de forma exclusiva, nos termos definidos pela legislação, evitando possíveis questionamentos a respeito da legalidade do procedimento adotado.

23. No intuito de tomar célere a realização do segundo certame licitatório, caso o primeiro se mostre deserto ou frustrado, o MPOG sugere que no edital de licitação haja previsão no sentido de que se não comparecerem *três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte*, seja revogado e republicado o edital em seguida possibilitando a participação de toda e qualquer empresa.

24. Ao que parece, a realização de duas licitações é gestão antieconômica do dinheiro público, no entanto, nem sempre será possível se atestar a inexistência de *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* através de uma *"pesquisa criteriosa do mercado para averiguar se realmente existem MPE aptas a participar da licitação e declare o resultado de tal constatação"*, nos moldes sugeridos pelo NAJ/AL e NAJ/SP.

25. Sob esse ponto de vista, s.m.j, a melhor solução é deixar a critério do órgão consultivo analisar se os documentos apresentados pela Administração Pública são aptos a comprovar a inexistência de três fornecedores competitivos enquadrados como MPE. Caso contrário, será necessário realizar a licitação exclusiva. É preciso deixar claro que estes documentos de pesquisas realizadas deverão estar nos autos, de maneira a comprovar cabalmente a inexistência de fornecedores competitivos, até mesmo para embasar a defesa judicial da União, caso venha a ser questionada em juízo pelo descumprimento do princípio da legalidade no certame licitatório.



26. Posto isto, a licitação exclusiva somente deverá ser realizada se não forem apresentados documentos idôneos a comprovar a inexistência dos três fornecedores, pois caso a inexistência de três fornecedores reste cabalmente comprovada, o certame licitatório não deve se restringir as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.
27. Igual raciocínio deve ser adotado quando, em razão da complexidade ou peculiaridade do objeto, se restringido o certame somente às Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, resultar em prejuízos à Administração Pública. Isto porque, em, que pese as MPE estarem em grau de desigualdade com as empresas de maior porte, o que justifica o tratamento diferenciado, estas também não possuem a mesma capacidade técnica e estrutura física para atender determinadas demandas da Administração Federal.
28. Caso não seja possível atestar desde logo a não vantajosidade ou a inexistência de três fornecedores competitivos enquadrados como MPE, deverá ser realizada a licitação exclusiva.
29. Sendo a licitação exclusiva deserta ou fracassada, quer pelo não comparecimento de três MPEs competitivas, quer quando restar verificado- ao final do procedimento- que o valor ultrapassa o valor estabelecido como referência, deverá ser retirado o caráter exclusivo da licitação e lançado novamente o Edital. Insta salientar que só deve ser realizado tal procedimento se verificada que a causa do insucesso da licitação fora a ausência de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte ou se restou verificado que o valor ultrapassa o valor estabelecido como referência. Se, contudo, observar-se que realmente não há fornecedores, independente da classificação (microempresa, empresa de pequeno porte ou empresas de grande porte), deverão ser utilizadas as regras gerais de contratação, devendo o administrador decidir pelo relançamento do edital ou pela contratação direta.
30. Sobre a sugestão do MPOG a respeito da possibilidade de se utilizar um mesmo edital prevendo inicialmente a participação exclusiva de MPE's e, posteriormente, caso não haja o comparecimento de três competidores competitivos preveja a possibilidade de participação de toda e qualquer empresa, entende-se que, na prática, torna-se inviável, em razão das diferenças inerentes à licitação exclusiva e à licitação geral, o que tornaria o edital por demais complexo.
31. Nesse particular, a sugestão apresentada pelos NAJs melhor atende aos requisitos legais e à celeridade do procedimento. Com efeito, aqueles órgãos consultivos sugerem que sejam enviadas ambas as minutas de edital, para o caso de o primeiro publicado não prosperar o outro, já analisado, ser publicado.
32. Com relação a interpretação a ser conferida às expressões 'local' e 'regional' o MPOG prestou os seguintes esclarecimentos:

" Na mesma linha, consideramos que o órgão ou entidade contratante tem a prerrogativa de adotar a definição de local ou regional que for mais compatível com a sua realidade, justificadamente. Em Estados de grande extensão territorial, o termo regional deverá



abranjer apenas alguns ou parte de Estados vizinhos. O que deve ser considerado é um limite razoável para a capacidade de fornecimento das MPE's, o que varia conforme cada região é o nível de desenvolvimento econômico local. Portanto, fica o órgão ou entidade contratante livre para adotar, justificadamente, o entendimento de local ou regional que for mais compatível com as suas condições territoriais e geoeconômicas.

33. Percebe-se da manifestação transcrita supra que o significado das expressões "local" e "regional" devem ser alcançados no caso concreto. Com efeito, em um país com a extensão territorial do Brasil e com as peculiaridades existentes em cada região somente no caso concreto será possível estabelecer limites razoáveis para tais expressões. Nada obstante, entende-se que a expressão "local" pode ser entendida como o Município em que se encontra a sede do órgão assessorado. Com relação a expressão "regional", compete ao órgão ou entidade contratante adotar justificadamente mais compatível com as suas condições territoriais e geoeconômicas.

34. Por fim, com relação a comprovação de que já ultrapassou os 25% do orçamento disponível para as contratações em cada ano civil, o MPOG, no PARECER/MP/CONJUR/DF/N.º 1126-4.2/2008 entende que: *"cabera a cada órgão responsável pelo procedimento licitatório verificar a superação do limite de 25% do orçamento disponível para as contratações em cada ano civil, demonstrando-a da forma como melhor lhe couvier, mediante declaração ou qualquer outro meio suficiente à tal comprovação, o que lhe autorizará a abster-se de realizar o procedimento licitatório exclusivo às microempresas e empresas de pequeno porte"*. Não há, portanto, uma forma exclusiva para preencher o requisito inserto no inciso IV, art. 9º do decreto em comento, bastando declaração escrita ou qualquer outro meio idôneo.

- III -

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.

b) No caso dos serviços continuados, o patamar de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve ser aferido pelo período de contratação previsto no edital (12 meses ou mais, respeitado o limite de 60 meses), sem que sejam computadas as possíveis prorrogações, acaso cabíveis.



c) Não há qualquer incompatibilidade do Decreto n.º 6.204/2007, que regulamenta a LC n.º 123/2006, com o ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual deve ser considerado constitucional os artigos relativos ao tratamento favorecido às microempresas, até que haja declaração do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário;

d) O Decreto n.º 6.204/2007 encontra-se dentro dos limites do poder regulamentar conferido ao Presidente da República;

e) A aferição da inexistência de três fornecedores competitivos, enquadrados como MPE's, pode ser verificada através da ampla pesquisa de mercado que comprove de maneira cabal a inexistência desses fornecedores ou quando da frustração do certame licitatório exclusivo;

f) A expressão 'local' pode ser interpretada como a correspondente ao Município ao qual se encontra sediado o órgão assessorado.

g) 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;

h) A comprovação da inexistência de vantajosidade pode se dar em momento anterior à licitação exclusiva, quando puder ser atestado de início que, em razão da complexidade ou peculiaridade do objeto, a contratação de MPEs acarreta em prejuízos à Administração Pública. Ou ao final da licitação exclusiva, quando o valor alcançado foi superior ao valor de referência. Neste caso não será possível realizar a contratação;

i) A comprovação de que o órgão ou entidade licitante superou o limite de 25% do orçamento disponível para as contratações em cada ano civil poderá ser feita pelo órgão responsável pelo procedimento licitatório através de declaração ou qualquer outro meio idôneo.

À superior consideração de Vossa Senhoria.

Brasília, quinta-feira, 06 de outubro de 2008.

Priscila Cunha do Nascimento
PRISCILA CUNHA DO NASCIMENTO
Advogada da União
Matrícula SIAPE n.º 1557267

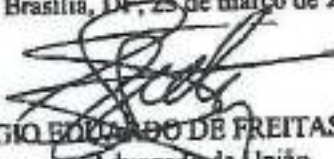


continuação da NOTA DECOR/CGU/AGU N.º 356/2008 – PCN

Senhor Diretor do DECOR/CGU/AGU,

1. Fendo-me de acordo com os fundamentos e as conclusões da NOTA DECOR/CGU/AGU n.º 356/2008 – PCN, da Advogada da União Priscila Cunha Nascimento, submeto a matéria à consideração de Vossa Senhoria.

Brasília, DF, 25 de março de 2009.


SÉRGIO ORLANDO DE FREITAS TAPETY
Advogado da União
Coordenador-Geral/DECOR

1. De acordo.
2. À consideração do Senhor Consultor-Geral da União.

Brasília, 22 de abril de 2009.


JOÃO FRANCISCO AGUIAR DRUMOND
Consultor da União
Diretor do DECOR/CGU/AGU



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**



Despacho do Consultor-Geral da União nº 745/2009

PROCESSO Nº 00453.000198-2007-88

INTERESSADO: PATRÍCIA KARLLA BARBOSA DE MELLO

ASSUNTO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DECRETO Nº 6.204/07

Estou de acordo com a Nota DECOR/CGU/AGU Nº 356/2009⁵ e com os despachos posteriores que a aprovaram.

Encareço, com base no Ato Regimental nº 02, de 2009, o encaminhamento, por via eletrônica, das referidas manifestações da Consultoria-Geral da União (fls. 88 a 100) ao DEAEX, a todos os Coordenadores do NAI e a todos os Consultores Jurídicos, para ciência.

Ao DEINF para registro e, após, restituam-se os autos ao NAI/AL.

Brasília, 14 de maio de 2009


RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JUNIOR
Consultor-Geral da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

FOLHA DE DESPACHO

PROCESSO: 00400.006171/2009-85 | Nº: 44/CGU/AGU/2009 | DATA: 15/05/2009

INTERESSADO: PATRÍCIA KARILLA BARBOSA DE MELLO

ASSUNTO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DECRETO Nº 8.204/07

☐ CIENTE: _____

PARA:

☐ GAB AGU: _____

☐ GAB AGU SUBSTITUTO: _____

☐ PGU ☐ PGF ☐ SGCT ☐ SGAGU ☐ CGAU

☐ DAJI ☐ GT RFFSA

Consultor da União:

☐ DR. MIGUEL PRÓ

☐ DR. OTHON

☐ DRA. ALDA

☐ DRA. GRASIELA

☐ DRA. CÉLIA

☐ DR. ARTUR

☐ DECOR

☐ DESEX

☐ DENOR

☐ DEINF

☐ CCAF

☐ Consultor-Geral da União Substituto Dr. DRUMOND em face do disposto na Portaria CGU nº 4 de 24/8/07, DO 27/8/07.

☒ Outro: GRB. CGU/AB

PROVIDÊNCIAS:

☐ ANÁLISE E MANIFESTAÇÃO

☐ DESPACHAR PESSOALMENTE

☐ CIÊNCIA

☐ ACOMPANHAMENTO

☐ COMPARECER À AUDIÊNCIA/REUNIÃO

☐ CIÊNCIA AOS NAIJS E CONJURS

☐ INDICAR REPRESENTANTE

☒ JUNTADA E CONTINUIDADE DOS TRABALHOS

☐ ARQUIVE-SE

☐ JUNTADA AOS AUTOS E ANÁLISE DA DOC. ACOSTADA

☐ OUTRAS: _____

☒ OBS: Proc. 00453.000/98 / 2009-88

Brasília, 15.05.2009

☐ URGENTE: prazo _____

☐ CONFIDENCIAL

Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior
RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA, JUNIOR
CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO



00400.006171/2009-86

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
Tel.: 61-3105-8557/8556/8559 – fax – 3341-1147 cgulagu.gov.br
SIO Quadra 610x 800 2º andar CEP 70.610-450 – Brasília-DF



Memorando Circular nº 44 CGU/AGU/2009

Brasília, 15 de maio de 2009.

Aos Senhores

Diretor do DEAEX
Consultores Jurídicos dos Ministérios
Coordenadores-Gerais de Núcleo de Assessoramento Jurídico

Com fundamento no disposto no Ato Regimental nº 2, de 9.4.2009, encaminho a Vossa Senhoria, para conhecimento e orientação, cópias da Nota DECOR/CGU/AGU nº 356/2008-PCN com os respectivos aprovos e Despacho CGU nº 745/2009.


RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR
Consultor-Geral da União

CGU

De:
Enviado em:
Para:

CGU
sexta-feira, 15 de maio de 2009 12:19
cgu.deaex; Rafaelo Abritia; Lista das Consultorias Juridicas nos Ministérios -
CONJURS; Lista de Consultores Juridicos nos Ministérios ; Lista dos Núcleos de
Assessoramento Juridico - NAJS
Memo Circular 44 2009 cópia manifestação CONJURS NAJS DEAX.PDF

Anexos:

109
ins



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CGU:CGIN

NUP: 00453.000198/2007-88 | Nº: 129/2007 | DATA: 09/11/2007

INTERESSADO: PATRÍCIA KARLLA BARBOSA DE MELLO

ASSUNTO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DECRETO Nº 6.204/07

Senhora Diretora do DEINF,

Em atendimento ao despacho do Senhor Consultor-Geral da União de fls. 101 retro, procedemos aos registros pertinentes às manifestações jurídicas produzidas no âmbito desta Consultoria-Geral da União, as quais, em inteiro teor, encontram-se disponibilizadas no Sistema NOTAPAR

O processo nº 00453.000198/2007-88 foi digitalizado na íntegra compondo os arquivos do Departamento para eventuais consultas futuras.

Brasília, 08 de julho de 2009

Denise Balduino
Denise Gonçalves Neto Balduino
Coordenadora-Geral
DEINF/CGU/AGU

Feitos os registros de competência deste DEINF/CGU, encaminhe-se o presente ao GABCGU para restituição ao NAI/AL consoante ao despacho do Senhor Consultor-Geral da União retro.

Brasília, 09 de julho de 2009

Sávia Maria Leite Rodrigues Gonçalves
SÁVIA MARIA LEITE RODRIGUES GONÇALVES
Advogada da União
Matrícula SIAPE n.º 1.283.411
Respondendo pelo DEINF/CGU/AGU



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

GRUPO DE TRABALHO – PORTARIA/AGU Nº 1161

Unificação de entendimentos e padronização de procedimentos



NOTA Nº 33/2010/GT-1161/CGU/AGU
PROCESSO Nº 00400.018300/2010-12

INTERESSADO: DECOR

ASSUNTO: solicitação de revisão pontual da NOTA DECOR 356/2008-PCN.

Senhor Consultor-Geral da União,

1. Foi solicitado através do Memorando nº 01/2010 deste Grupo de Trabalho/Portaria 1161, a revisão pontual da NOTA DECOR/CGU/AGU 356/2008-PCN, que traz considerações acerca do Decreto nº 6.204, de 2007.
2. A Nota DECOR estabeleceu, entre vários pontos relativos ao tratamento preferencial às empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar 123, de 2006, que deve ser realizada licitação exclusiva quando o valor do contrato de serviços continuados for de até R\$ 80.000,00, considerado este valor apenas no seu primeiro período de vigência, sem considerar as possíveis prorrogações.
3. Os autos foram encaminhados ao DECOR, onde emitido o PARECER 97/2010/DECOR/CGU/AGU (fls. 15/21), devidamente aprovado às fls. 21 pelo Diretor do DECOR e às fls. 22 pelo Sr. Consultor-Geral da União, que encareceu a remessa dos autos novamente ao GT.
4. No âmbito deste Grupo de Trabalho, foi solicitada a juntada do Memorando 2416/CGU/AGU/2010 que encaminhou ao GT "cópia integral dos autos do processo 46201.002434/2009-25, encarecendo análise e manifestação, juntamente com o processo nº 00400.018300/2010-12".
5. Conforme noticiado inicialmente no memorando inaugural, está sendo proposta revisão da Orientação Normativa nº 10/2009 para que nela sejam incluídas outras duas situações que se amoldam igualmente à situação ali prevista, que é a contabilidade das possíveis prorrogações nos contratos

WV

de serviços continuados para fins de escolha da modalidade licitatória convencional bem como para a aferição da necessidade de realização de licitação exclusiva para empresas de pequeno porte.

6. Havendo a revisão da Nota 356/200 neste ponto, aprovada pelo Sr. Consultor-Geral da União, passa a mesma a orientar juntamente com a ON que está sendo proposta pelo Grupo de Trabalho a posição consolidada da AGU sobre o tema,

7. Por outro lado, os autos juntados de nº 00400.019295/2010-65, trazem a solicitação do NAJ-AL para revisão da ON 10/2009 na sua redação original,

8. Naqueles autos, juntados por cópia, foi exarada a NOTA DECOR/CGU/AGU nº 193/2009-ASN, que concluiu que *"estando o posicionamento externado pelo Núcleo de Assessoramento Jurídico em Maceió baseado em orientação normativa expedida pelo Advogado-Geral da União plenamente vigente e de observância obrigatória para os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73/1993. Não estando o órgão administrativo assessorado vinculado aos termos da ON 10/2009, pode ela atuar de maneira diversa, desde que fundamentada, assumindo a responsabilidade pela decisão proferida. Finalmente, considerando que os entendimentos adotados por esta Advocacia-Geral da União não gozam de caráter perpétuo nem imutável, bem como os comentários oferecidos nos §§ 9º ao 20 da presente nota, sugere-se que as autoridades competente desta AGU apreciem a necessidade de revisão da Orientação normativa nº 10/2009."*

9. Em razão desta conclusão, foi sugerida a remessa dos autos ao DEAEEX, para apreciação da sugestão de alteração da ON 10/2009.

10. No que diz respeito especificamente à pertinência da Orientação Normativa 10/2009 em sua versão original, requer-se autorização para transcrever os argumentos postos na NOTA GT 06/2010 onde questionada a mesma matéria;

A Orientação Normativa/AGU nº 10/2009 ora questionada, tem o seguinte teor:



NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUO, COM FUNDAMENTO NO ART. 24, INC. II DA LEI 8.666, DE 1993, O LIMITE MÁXIMO DE R\$ 8.000(OITO MIL REAIS) DEVERÁ CONSIDERAR A POSSIBILIDADE DA DURAÇÃO DO CONTRATO PELO PRAZO DE 60 (SESSENTA) MESES.

Em verdade, o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria 1161/2010 está reformulando a ON ora questionada, mas não no sentido ora pretendido pelo requerente, mas para ampliá-la para outras situações, mantendo-a para as contratações de pequeno porte pelos seus próprios fundamentos.

No caso em específico, alega-se que a ON/AGU 10/2009 estaria ferindo os princípios da economicidade, eficiência e legalidade que devem nortear as licitações públicas.

Primeiramente, de se ter em mente que a Constituição Federal determina como regra para as contratações públicas no art. 37, XXI¹ a licitação. A exceção é a dispensa e a inexigibilidade devidamente regulamentadas na Lei nº 8.666, de 1993.

Não se entende, de forma alguma, afrontado o princípio da legalidade, tendo em conta que o art. 8º da Lei 8.666/93 determina que a "execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução".

Ainda, o artigo 23, parágrafo 1º da mesma Lei, veda o parcelamento sem a necessária comprovação técnica e econômica. Exatamente como posto pelo requerente, o Tribunal de Contas da União condena a prática de fracionamento de despesas.

Diz o requeute textualmente:

¹ Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

"temos que os contratos e fornecimento podem ter a duração máxima de 12 meses e, embora o parcelamento seja legal, nesse período não se cogitaria realizar 'n' contratações de fornecimento do mesmo objeto que ultrapassasse a modalidade cabível, que no caso em questão seria a DL.

E para os serviços contínuos? A lógica seria a mesma, sob pena de não se saber quando estaria havendo ou não fracionamento. Além disso, no caso de contratos de serviço contínuo, reza o art. 57 da lei 8666/93 a possibilidade de ter a duração até 60 meses, com prorrogações por iguais e sucessivos períodos, sendo que a duração desses contratos fica adstrita vigência dos respectivos créditos orçamentários."

Pois bem, efetivamente a lógica para os serviços contínuos é exatamente a mesma: para saber a modalidade licitatória convencional (aquelas da Lei 8.666, de 1993) cabível, há que se planejar a contratação em seu todo, nos termos do entendimento absolutamente pacificado pelo Tribunal de Contas da União, independente de ser a contratação inicial de 12 meses:

"(...) Escolha a modalidade de licitação com base nos gastos estimados para todo o período de vigência do contrato a ser firmado, consideradas as prorrogações previstas no edital, nos termos dos arts. 8º e 23 da Lei nº 8.666/1993" (Acórdão 1395/2005, Segunda Câmara).

"(...) Proceda a adequado planejamento das licitações, de modo a demonstrar, nos autos, que o enquadramento na modalidade adotada foi precedido de avaliação dos custos totais de sua conclusão, levando-se em consideração, inclusive, as despesas decorrentes de prorrogações contratuais, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.666/93, observando-se as disposições contidas nos arts. 40, 41, 43 e 48 da Lei nº 8.666/93" (Acórdão nº 90/2004, Segunda Câmara).

Veja-se que se consideradas as prorrogações (até 60 meses) o valor da contratação determina, por exemplo, a licitação por tomada de preços, não está autorizada a licitação através de convite. Caso contrário estar-se-á frente a fracionamento ilícito.



O mesmo raciocínio há que se aplicar para as exceções ao princípio constitucional da licitação, que são as contratações diretas, mesmo as de pequeno valor.

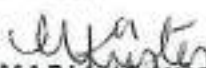
Ainda, os contratos continuados, se assim definidos pela Administração porque necessitam deles de forma ininterrupta, são exceção à regra do caput do art. 57 da Lei 8.666/93. Tais contratos, conforme já pacificado pela Advocacia-Geral da União, não estão adstritos ao exercício financeiro (Orientação Normativa/AGU 01/2009).

Portanto, o Grupo de Trabalho manifesta-se pela manutenção da ON/AGU 10/2009 quando tratar-se de serviços continuados, eis que devem ser sempre planejados em sua totalidade nos termos do art. 8º da Lei de Licitações e Contratos, não cabendo alegar-se violação do princípio da economicidade pelo simples fato de que existem custos com a licitação e publicação dos extratos dos instrumentos necessários (contrato e termos aditivos) na imprensa oficial, o que estaria dispensado se contratados isoladamente os serviços ano a ano mediante o procedimento simplificado do art. 24, II, da Lei 8.666/93.

A regra constitucional é pela licitação e não parece lícito o parcelamento de serviço que é prestado de forma contínua para a Administração em contratos anuais para que sejam ajustados diretamente, sem licitação, apenas porque de pequeno valor (considerado para este enquadramento o valor isolado do período de 12 meses), para dispensar-se a licitação e requisito de publicidade e eficácia.

11. Nestas condições, o Grupo de Trabalho é pela manutenção da ON 10/2009 bem como recomenda-se a divulgação do Parecer DECOR 97/2010 ora aprovado, porque em absoluta consonância com a Orientação Normativa proposta ao excelentíssimo Advogado-Geral da União

À consideração superior,


MARIANE KUSTER
Coordenadora do Grupo de Trabalho
Portaria/CGU 09/2010



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 0537/2012

PROCESSO: 00400.018300/2010-12

INTERESSADO: DECOR

ASSUNTO: Solicitação de revisão pontual da NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 356/2008-PCN.

1. Em inspeção de rotina verifico expediente pendente de encaminhamento.
2. Ao mesmo tempo em que aprovo a NOTA Nº 33/2010/GT - 1161CGU/AGU, determino o envio dos autos ao Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos/DECOR para providências.

Brasília, 7 de maio de 2012.


ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY
Consultor-Geral da União