PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PARECER nº 254/2016

Assunto: Licitação Pregão Presencial 69/2016 – aquisição de medicamentos para dispensação gratuita – exclusiva.
Requerente: Departamento de Compras e Licitações.

Trata-se de consulta efetuada pelo Departamento de Compras e Licitações do Município de Gaspar acerca de impugnação ao Edital do Pregão Presencial n. 69/2016, cujo objeto é a aquisição de medicamentos para dispensação gratuita. As empresas questionam, em suma, a exclusividade conferida às microempresas e empresas de pequeno porte. O tema aborda a interpretação dos artigos 47, 48 e 49 da LC 123/2006, *in verbis* (já com as alterações trazidas pela LC 147/2014):

> Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
>
> Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
>
> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
>
> I - **deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);** (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
>
> II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
>
> III - **deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte**. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
>
> (...)
>
> § 3º Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
>
> Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:
>
> I - (Revogado); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)
>
> II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;
>
> III - **o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;**

Fracionamento do objeto nas Licitações.

A obrigatoriedade de fracionamento do objeto da licitação, sempre que possível, é prevista no art. 23, §1º da Lei Geral de Licitações e Contratos, nos seguintes termos:

> § 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**.

A norma visa ampliar a competitividade e viabilizar a economia de escala, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis. De acordo com Marçal Justen Filho, ao reduzir as despesas administrativas, o parcelamento do objeto possibilita a ampliação das vantagens econômicas. Segundo o autor:

> "a possibilidade de participação de maior número de interessados não é objetivo imediato e primordial, mas via instrumento de se obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar em elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de participantes".[1]

Isso quer dizer que, embora a lei tenha adotado como regra o parcelamento do objeto, este só se justifica quando houver viabilidade técnica e ganho econômico para a Administração Pública.[2] Esse é o entendimento expresso na Decisão 348/1999, Plenário do TCU:

> "Na forma do art. 23, § 1º da Lei 8666/63, deve a Administração buscar o parcelamento do objeto, com vistas a melhor aproveitar os recursos do mercado e, sobretudo, ampliar a competitividade do certame. Todavia, essa orientação exige que o parcelamento somente seja efetuado quando não resultar em perda de economia de escala. Não se pode esquecer, e nisso andou bem o legislador, que a licitação é procedimento administrativo que visa, entre outros aspectos, a que a Administração contrate de forma mais vantajosa possível. Logo, não seria razoável, além de ser ilegal, que o parcelamento venha ocasionar economia de escala e, por via de consequência, maiores custos para a Administração Pública."

Para o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, o objeto da licitação só deve ser parcelado quando houver viabilidade técnica para tal. A avaliação do ponto de vista técnico deve ser feita antes mesmo da análise econômica. Segue seu entendimento, expresso no Parecer nº 2.086/00, no Processo nº 194/2000 do TCDF:

> "Desse modo a regra do parcelamento deve ser coordenada com o requisito que a própria lei definiu: só se pode falar em parcelamento quando há viabilidade técnica para sua adoção. Não se imagina, quando o objeto é fisicamente único, como um automóvel, que o administrador esteja vinculado a parcelar o objeto. Nesse sentido, um exame atento dos tipos de objeto licitados pela Administração Pública evidencia que embora sejam divisíveis, há interesse técnico na manutenção da unicidade, da licitação ou do item da mesma. Não é pois a simples divisibilidade, mas a viabilidade técnica que dirige o processo decisório. Observa-se que, na aplicação dessa norma, até pela disposição dos requisitos fisicamente dispostos no seu conteúdo, a avaliação sob o aspecto técnico precede a avaliação sob o aspecto econômico. É a visão jurídica que se harmoniza com a lógica. Se um objeto, divisível, sob o aspecto econômico for mais vantajoso, mas houver inviabilidade técnica em que seja licitado em separado, de nada valerá a avaliação econômica.

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.
[2] SALVADOR, Juliana Lima. Do parcelamento do objeto nas licitações públicas. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 03 out. 2013. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45366&seo=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

> Imagine-se ainda esse elementar exemplo do automóvel: se por exemplo as peças isoladamente custassem mais barato, mesmo assim, seria recomendável o não parcelamento, pois sob o aspecto técnico é a visão do conjunto que iria definir a garantia do fabricante, o ajuste das partes compondo todo único, orgânico e harmônico. Por esse motivo, **deve o bom administrador, primeiramente, avaliar se o objeto é divisível. Em caso afirmativo, o próximo passo será avaliar a conveniência técnica de que seja licitado inteiro ou dividido**".

O Tribunal de Contas da União versa sobre o parcelamento do objeto da licitação na Súmula 247/TCU. Segundo a orientação, a **Administração Pública deve parcelar o objeto da licitação, adotando a licitação por itens, sempre que não houver perda de economia de escala e prejuízo ao complexo**. Desta forma, a disputa ocorrerá em um único instrumento convocatório, que estabelecerá diversos objetos, de modo que os licitantes poderão oferecer propostas para cada um deles de forma autônoma. Assim, o certame poderá culminar em uma série de contratos. Segue o enunciado da Súmula do TCU em comento:

> "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."

Partindo da premissa de que a regra é o fracionamento da licitação em itens, o Tribunal de Contas da União entende que os itens devem ser adquiridos de forma separada, visando ampliar a competição. Ainda que demonstrada a inviabilidade técnica e econômica de se realizar a licitação por itens, para que seja cabível a realização por lotes devem ser observados alguns critérios. Segue manifestação do TCU neste sentido:

> **A falta de parcelamento de objeto que implique diminuição sensível de licitantes aptos a prestar parte dos serviços demandados configura violação ao comando contido no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.** Representação formulada por empresa deu notícia de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 229/7066-2011 conduzido pela Caixa Econômica Federal – CEF para a contratação de prestação de serviço de transporte de executivos da entidade, com disponibilização de um veículo blindado e 12 carros de passeio. O citado certame foi suspenso cautelarmente por meio de despacho de Presidente do Tribunal em substituição, o qual foi posteriormente endossado pelo Plenário. Os indícios que justificaram a adoção dessa medida consistiram na ausência de parcelamento do objeto. Considerou-se que a "adjudicação global" do serviço implicaria afronta ao comando contido no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. O relator do feito, ao se deparar com informações prestadas pela CEF, anotou que o citado objeto "possui natureza divisível (...), o que, em tese, afastou a participação de empresas que não estavam habilitadas a fornecer a totalidade dos itens especificados, mas que poderiam trazer uma proposta mais vantajosa para a Caixa, no que diz respeito aos demais itens". Observou, ainda, que a própria CEF adotara providências com o intuito de revogar o certame em tela e, também, de lançar novo edital em que efetuaria a divisão do objeto. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: "9.1. conhecer da Representação (...) para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; 9.2. determinar à Caixa Econômica Federal que, quando da elaboração de novo certame para substituição do Pregão Eletrônico 229/7066-2011, promova a separação do objeto em dois itens distintos, a saber, veículo não blindado e veículo blindado ...". Acórdão n.º 491/2012-Plenário, TC 037.753/2011-8, rel. Min. Valmir Campelo, 7.3.2012.

> **Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 2 - Em regra, as aquisições por parte de instituições públicas devem ocorrer por itens, sendo que no caso de opção de aquisição por lotes a composição destes deve ter justificativa plausível.** Ainda na representação que tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 71/2010, analisou-se a escolha, por parte da Prefeitura de Manaus, de aquisição dos produtos por lotes e não por itens, em aparente desacordo com o art. 15, inciso IV, da Lei 8.666/1993, bem como com a Súmula TCU 247. A adjudicação dos bens, divididos em grandes lotes, já tinha sido examinada na ocasião da prolação do julgado anterior (Acórdão n.º 1291/2011-Plenário - ver informativo 63), tendo sido considerada irregular por diversas razões, tendo o relator destacado, na presente etapa processual, que o problema não teria sido a aquisição, em si, dos

produtos divididos por lotes, mas sim a composição destes, os quais previram volumosas quantidades de produtos, envolvendo elevados montantes. Ilustrou destacando dois lotes que previam, respectivamente, as quantidades de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentas mil) toneladas de produtos e 925.000 (novecentos e vinte e cinco mil) toneladas de gêneros alimentícios e alcançaram mais de 10 milhões de reais, cada um. No caso concreto, de modo a garantir a competitividade do certame e a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, haveria, no ponto de vista do relator, que se ter uma definição de número maior de lotes, contendo menos produtos e quantidades em cada um. De outra parte, caso a definição dos lotes trouxesse produtos com características mais próximas, poderia, concomitantemente, atender aos anseios da prefeitura e cumprir-se com ordenamento jurídico relacionado ao assunto. Citando decisão anterior do Tribunal, realçou o relator a necessidade de se determinar à Prefeitura de Manaus que, em suas futuras licitações, caso opte pela licitação em lotes, procedesse à análise mais detida quanto á real necessidade e á conveniência de se agrupar itens, de modo a evitar a reunião em mesmo lote de produtos que poderiam ser licitados isoladamente ou compondo lote distinto, com vistas a possibilitar maior competitividade no certame e obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, fazendo constar nos autos o estudo que demonstre a vantajosidade desse modo de contratação. Entendeu o relator, ainda, embora tenham sido observadas deficiências na composição dos lotes, não ser o caso de aplicar multa aos responsáveis, sendo a determinação á prefeitura o bastante para a correção das falhas na próxima licitação, apresentando voto nesse sentido, que foi acolhido pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão no 3891/2011do Plenário.Acórdão n.º 2077/2011-Plenário, TC-004.835/2011-5, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 10.08.2011.

E ainda:

A falta de parcelamento de objeto, em licitação preordenada à contratação de serviços de naturezas variadas (emissão, marcação, remarcação e fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais e terrestres, hospedagem e locação de meios de transportes, excesso de bagagem e seguro viagem) viola o disposto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993, por restringir o caráter competitivo do certame. Representação formulada por empresa, com base no comando contido no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com pedido de medida cautelar, apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 19/2011 promovido pela Fundação Universidade de Brasília (FUB), com a finalidade de promover a "contratação de empresa especializada para prestação, de forma contínua, dos serviços de reserva, emissão, marcação, remarcação e fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais e terrestres, hospedagem e locação de meios de transportes, excesso de bagagem e seguro viagem". A representante acusou como indevida a ausência de divisão do objeto da licitação em parcelas, nos moldes estabelecidos no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993. Promoveu-se, então, oitiva da FUB. O relator do feito, ao examinar os elementos apresentados pela citada Fundação, reproduziu os termos do art. 23, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, segundo o qual: "Art. 23. (...) § 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." - grifos do relator. Ponderou, então, que a jurisprudência do TCU aponta no sentido de que a conclusão de haver inviabilidade técnica ou econômica de parcelamento do objeto deve ser demonstrada. Reproduziu, em seguida, assertiva da unidade técnica no sentido de que "a opção pela não divisão do objeto licitado, por se tratar de exceção, deve ser precedida de estudo técnico que comprove a inviabilidade técnica e econômica da divisão do objeto em parcelas (Acórdãos 839/2009-TCU-Plenário e 3.041/2008-TCU-Plenário). Entretanto, não há nos autos comprovação de que esse estudo foi realizado, embora tal documento tenha sido solicitado em diligência"., Acrescentou o relator, quanto ao cerne da questão sob exame, que "a inclusão, em lote único, dos serviços de transporte terrestre e aéreo (reserva, emissão de bilhetes, marcação, remarcação, fornecimento de passagens, excesso de bagagens e seguro viagem), de hospedagem e de locação de meios de transporte, com licitação do tipo menor preço global por lote, poderá excluir do certame empresas com potencial de prestar apenas um ou dois desses serviços com proposta mais vantajosa para a Administração". Por esses motivos, ao endossar proposta do relator, o Plenário decidiu determinar á FUB que: "9.2 ... adote, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação, as providências necessárias à anulação do Pregão Eletrônico nº 19/2011, encaminhando ao Tribunal, no mesmo prazo, documentação que comprove o cumprimento desta determinação;" e "9.3. ... caso decida promover novo procedimento licitatório, adote providências no sentido de realizar prévias avaliações técnica e econômica quanto ao parcelamento do objeto do certame, antes de autorizá-lo ou descartá-lo, fazendo constar do respectivo processo os documentos comprobatórios dessa condição, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93;".(Acórdão n.º 3155/2011-Plenário, TC-021.007/2011-0, rel. Min. José Jorge, 30.11.2011.)

Portanto, cabe ao Administrador avaliar o caso concreto, levando em conta a divisibilidade do objeto e a conveniência técnica para que seja licitado inteiro ou dividido, sempre atento à orientação supramencionada. Sendo hipótese de divisibilidade do objeto, a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte deve ser observada.

Entendimento do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal de Contas da União possui entendimento firme e reiterado de que o tratamento privilegiado para as microempresas e empresas de pequeno porte, além das cooperativas, nas licitações processadas sob o sistema de registro de preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R$ 80.000,00 devem ser destinados a contratação exclusiva, devendo tal limite ser aferido para cada item da licitação. A Corte de Contas entende que cada item da licitação corresponde a uma licitação autônoma, havendo agrupamento somente por economia processual.

É este o entendimento expresso no Acórdão nº 2957/2011 – Plenário (TCU, 017.752/2011-6, rel. Min. André Luís Carvalho, 9/11/2011) e no Acórdão nº 3.771/2011 – Primeira Câmara.

ACÓRDÃO Nº 2957/2011 – TCU – Plenário
1. Processo nº TC 017.752/2011 - 6.
9. Acórdão:
VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Consulta formulada pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas, nos termos previstos no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123, de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:
9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos de admissibilidade insculpidos no art. 264, inciso V, §§ 1º e 2º, e no art. 265 do Regimento Interno do TCU;
9.2. responder ao consulente que:
9.2.1. nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante;
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, aí 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;**
9.3. enviar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e da Proposta de Deliberação que o fundamenta, ao nobre Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, bem como ao Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região; e
9.4. determinar o arquivamento do presente processo, com amparo no art. 169, inciso IV, do Regimento Interno do TCU.
10. Ata nº 49/2011 – Plenário. 11. Data da Sessão: 9/11/2011

Acórdão nº 3.771/2011
Apesar de o valor global exceder o limite de R$ 80.000,00 previstos no art. 48, I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 para a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais.

[LC nº 123/2006] 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);

[Decreto n 6.204/2007] 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).

Dessa forma, ao ser definido o "menor preço por item" como tipo de licitação, foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si, o que é confirmado, por exemplo, pela seguinte disposição editalícia (fl. 23, peça 2):

38.3. É facultado ao licitante cotar todos, alguns ou somente um dos itens definidos no Anexo I deste Edital.

Adequado, portanto, aos ditames da LC nº 123/2006, o procedimento adotado pelo PAMA-LS no pregão eletrônico nº 10/2001.

No sentido da legalidade da conduta administrativa que, em licitação na modalidade pregão eletrônico, contempla a **participação exclusiva de microempresas na competição por itens**, desde que observado o teto legal, o seguinte julgado:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO TIPO MENOR PREÇO POR ITEM. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS FAIXA DE CONCORRÊNCIA INDEPENDENTES E AUTÔNOMAS ENTRE SI. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS. **VALOR DE CADA ITEM NÃO EXCEDE O TETO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06**. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. (...)

2. Licitação do tipo "MENOR PREÇO POR ITEM" na qual - embora seu valor global (R$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas - observa-se que foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais.

3. **Existência de várias licitações distintas e independentes entre si**, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06, o que é corroborado, para exemplificar, pelo disposto no item 20.1, segundo o qual "cada contrato firmado com a fornecedora terá vigência pelo prazo de 15 (quinze) dias, a partir da retirada da Nota de Empenho, nos termos do art. 57, da Lei nº 8.666/93".

4. Inobstante na hipótese em apreço exista uma limitação à livre concorrência, prestigia-se o preceito constitucional insculpido no art. 170, IX, que assegura "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País", as quais, sem essa garantia, não teriam oportunidade de contratar com a Administração Pública.

5. Agravo de instrumento provido". (TRF da 5ª Região. AG nº 104017 - Rel. Des. Federal Francisco Wildo - DJE 13/5/2010).

Sob esse aspecto, a contratação se mostra adequada à hipótese de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte prevista no art. 48, I, da LC nº 123/2006 c/c o art. 6º do Decreto nº 6.204/2007.

O tratamento privilegiado previsto nesses dispositivos seria excepcionado apenas diante da ocorrência das hipóteses descritas no art. 49 da LC nº 123/2006 e no art. 9ª do Decreto nº 6.204/2007, o que não logrou o representante demonstrar.

[LC nº 123/2006] Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório; II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

[Decreto n 6.204/2007] Art. 9º Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando: 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.

Consulta feita aos registros do sistema Comprasnet indica que, **para cada item, houve a participação de, pelo menos, três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências do edital, sem que tenha sido evidenciado que daí decorresse aquisição não vantajosa para a Administração Pública.**

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de junho de 2011. Weder de Oliveira – Relator.

Portanto, é possível observar que o Tribunal de Contas da União entende, de forma firme, que o limite máximo de R$ 80.000,00 deve ser observado em cada item da licitação.

Entendimento da FECAM.

De acordo com os Pareces nº 3.187 e 3.189 emitidos pela FECAM, quando interpreta as regras previstas na Lei 123/20016, "a avaliação do parâmetro de R$ 80 mil para concluir pela exclusividade da disputa por pequenas empresas deve considerar cada item da licitação, sendo que para os itens que superem esse valor, sendo o mesmo relativo à aquisição de bens de natureza divisível, deve-se reservar cota de 25% da quantidade (item apartado) para disputa exclusiva por pequenas empresas".

Em seguida, o parecerista afirma que de fato as regras relativas ao tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte são truncadas, confusas e de difícil aplicação nas licitações públicas. Apesar de reconhecer a mitigação do princípio da isonomia e a insegurança jurídica que os dispositivos provocam, alerta que, "contudo, diante da vigência dos dispositivos legais citados, e inexistindo até o momento qualquer manifestação do Poder Judiciário a suspender ou negar sua vigência, incumbe à Administração Pública obedecê-los".

Entendimento da Advocacia Geral da União.

A Advocacia Geral da União recomenda que se adote sua Orientação Normativa nº 47, que exprime o seguinte:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 47/AGU:

"EM LICITAÇÃO DIVIDIDA EM ITENS OU LOTES/GRUPOS, DEVERÁ SER ADOTADA A PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE OU SOCIEDADE COOPERATIVA (ART. 34 DA LEI Nº 11.488, DE 2007) EM RELAÇÃO AOS ITENS OU LOTES/GRUPOS CUJO VALOR SEJA IGUAL OU INFERIOR A R$ 80.000,00 (OITENTA MIL REAIS), DESDE QUE NÃO HAJA A SUBSUNÇÃO A QUAISQUER DAS SITUAÇÕES PREVISTAS PELO ART. 9º DO DECRETO Nº 6.204, DE 2007."

O Decreto nº 6.204/2007 foi revogado pelo Decreto 8.538/2015, que passou a disciplinar a matéria anteriormente prevista no art. 9º mencionado na Orientação Normativa 47, nos seguintes termos:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

I - **não houver o mínimo de três fornecedores competitivos** enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o **tratamento diferenciado e simplificado** para as microempresas e as empresas de pequeno porte **não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado, justificadamente;**

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou

IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.[3]

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do caput, considera-se **não vantajosa a contratação** quando:

I - **resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência**; ou

II - **a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios**.

Todavia, existe a possibilidade de subdividir a quantidade total de um item em lotes, como previsto no art. 5° do Decreto n° 3.931/2001. Nesse caso, o valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve ser aferido pela soma dos lotes, conforme Parecer n° 59/2011/DECOR/CGU/AGU, que afirma que "em caso de licitação por itens ou lotes/grupos, o limite de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve ser aferido considerando-se a soma dos valores de todos os itens/lotes da mesma natureza. (Parecer nº 59/2011/DECOR/ CGU/AGU e Despacho CGU nº 840/2011; Item 1, "a" e "b" da ON NAJ-MG Nº 63)".

A AGU, por meio do Parecer DECOR/CGU/AGU nº 59/2011, destaca ainda a supremacia da seleção da melhor proposta para a Administração sobre a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, *in verbis*:

> "15. [...] 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.**
>
> [...]

---

[3] Art. 1° Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual - MEI e sociedades cooperativas de consumo, nos termos deste Decreto, com o objetivo de:

I - **promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional**;

II - **ampliar a eficiência das políticas públicas**; e

III - **incentivar a inovação tecnológica**.

§ 1° Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

§ 2° Para efeitos deste Decreto, considera-se:

I - âmbito local - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;

II - âmbito regional - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; e

III - microempresas e empresas de pequeno porte - os beneficiados pela Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006, nos termos do inciso I do caput do art. 13.

§ 3° Admite-se a adoção de outro critério de definição de âmbito local e regional, justificadamente, em edital, desde que previsto em regulamento específico do órgão ou entidade contratante e que atenda aos objetivos previstos no art. 1°.

§ 4° Para fins do disposto neste Decreto, serão beneficiados pelo tratamento favorecido apenas o produtor rural pessoa física e o agricultor familiar conceituado na Lei n° 11.326, de 24 de julho de 2006, que estejam em situação regular junto à Previdência Social e ao Município e tenham auferido receita bruta anual até o limite de que trata o inciso II do caput do art. 3° da Lei Complementar n° 123, de 2006.

17. Em outras palavras, aquilo que possa ser considerado parcela de um todo não poderá ser considerado isoladamente para fins da escolha da modalidade licitatória. No caso dos autos, da mesma forma, a **fragmentação do objeto licitável não deve reduzir o objeto 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 de Lei Complementar 123/2006**.".

Neste sentido, a AGU conclui o Parecer DECOR/CGU/AGU nº 59/2011 orientando o seguinte:

"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. 5° 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."

Em síntese, infere-se que a Advocacia Geral da União apresenta posicionamento mais restritivo em relação à aplicação do regime mais favorável às microempresas e empresas de pequeno porte, divergindo do entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União.

Conclusão

Tendo em vista a divergência de entendimentos e a insegurança jurídica que paira sobre o tema questionado, esta Procuradoria entende mais prudente que se adote, em regra, o tratamento favorecido à Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, integralmente e de acordo com a determinação legal.

Contudo, quando restar inequívoco que tal entendimento fere de forma clara a isonomia e, especialmente, a maior vantajosidade para a Administração, opina-se no sentido de adotar o posicionamento mais restritivo apresentado, desde que **mediante decisão motivada**. Em sua justificativa, orienta-se que a Administração explicite os motivos pelos quais resolve seguir o entendimento restritivo apresentado acima e a interpretação sistemática da legislação, ao aplicar o disposto no artigo 49 da LC 123/2006, que prevê as hipóteses em que o tratamento diferenciado previsto nos artigos 47 e 48 deve ser excetuado diante do caso que se apresenta.

É o parecer.

Gaspar, 20 de julho de 2016.

Paula Penteado
Procuradora do Município
OAB/SC 44.557-B