



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



PARECER JURÍDICO

EMENTA: Processo de Licitação. Pregão n° 9/2018-005 SEPLAN.

Objeto: Registro de Preços para contratação exclusiva de micro empresa, empresa de pequeno porte, microempreendedor individual e cooperativas para contratação de serviços de sonorização, com fornecimento de equipamentos e profissionais qualificados, para atender a Secretaria Municipal de Planejamento da Prefeitura Municipal de Parauapebas, Estado do Pará.

Assunto: Análise da legalidade da Minuta do Edital de Convocação, seus anexos e Contrato Administrativo.

Trata-se de solicitação de Parecer jurídico desta Procuradoria Geral quanto à legalidade da Minuta do Edital de Licitação, seus anexos e Contrato Administrativo, na modalidade de Pregão 9/2018-005 SEPLAN, do tipo menor preço por item.

1 DA ANÁLISE JURÍDICA

Ressalvando-se os aspectos técnicos e econômicos que consubstanciaram a elaboração das tratadas minutas, passemos a analisar a presente Minuta do Instrumento Editalício, bem como de seus anexos e Contrato Administrativo, a fim de verificar o atendimento dos requisitos legais estabelecidos na Lei 10.520/2002 (regulamentada pelo Decreto n° 3.555/2000), no Decreto Federal n° 5.504/2005, Decreto Municipal n° 071/2014, Lei Complementar Municipal n° 009/2016, bem como na Lei n° 8.666/93 (e posteriores alterações) e nas demais legislações aplicáveis ao caso.

Inicialmente, cumpre observar que o exame dos presentes autos restringe-se aos aspectos jurídicos, excluídos aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação ao interesse público, tendo observado todos os requisitos legalmente impostos.

A Secretaria Municipal de Planejamento, por meio do memorando n° 548/2018-SEPLAN/GAB (fl. 01), justificou a necessidade do objeto alegando que: *“Considerando as atividades da SEPLAN, relacionadas à realização de eventos institucionais, tais como Plenária e Audiências Públicas relacionadas à revisão do Plano Diretor, à Lei Orçamentária Anual, dos Planos Setoriais (de Mobilidade Urbana, de Saneamento Básico, da Política Municipal de Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos, entre outros), e que necessitam a participação da população do município de Parauapebas nos debates, torna-se necessário a contratação de empresas para o fornecimento do serviço que ora trata o citado Termo de Referência.”*



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Quanto à justificativa, esclarecemos que não compete ao órgão jurídico o mérito - oportunidade e conveniência - das opções do Administrador, exceto em caso de afronta aos preceitos legais.

O papel do Órgão jurídico é recomendar que a justificativa seja a mais completa possível, orientando o Órgão assistido, se for o caso, pelo seu aperfeiçoamento ou reforço, na hipótese de ela se revelar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a não deixar margem para eventuais questionamentos.

Às fls. 03-08 foi acostado o Termo de Referência contendo a definição do objeto, a justificativa para a contratação, bem como demais condições a serem seguidas no procedimento licitatório.

O Decreto nº 3.555/00, em seu artigo 8º, traz definições acerca do Termo de Referência:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato.

Também o Decreto nº 5.454/05 traz os requisitos essenciais do Termo de Referência:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;
(...)

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva.

Registre-se que o art. 92, §1º, do citado decreto exige que a aprovação do TR "pela autoridade competente seja motivada, indicando os elementos técnicos fundamentais que o apoiam, bem como quanto aos elementos contidos no orçamento estimativo e no cronograma físico-financeiro de desembolso".

O Termo de Referência é o documento que condensa as principais informações da fase interna da licitação e, por isso, deve ser construído com cuidado e atenção, já que seus dados servem de espelho para elaboração do edital e contrato administrativo. Como o Termo de Referência é parte integrante do Edital, ele também vincula todo o certame, inclusive no tocante à formulação e julgamento das propostas. Portanto, é essencial que a



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Administração Pública atente para a sua correta e adequada elaboração, possibilitando a identificação clara e suficiente do objeto, o cálculo do custo e o conhecimento de forma definitiva de todas as variáveis envolvidas na execução do objeto porventura contratado.

A principal finalidade do Termo de Referência é o planejamento da futura contratação: Portanto, não podemos nos esquecer de que, ao fazê-lo, alguns passos são primordiais. Vejamos: - verificar o cenário; - parametrizar necessidade; - definir quantitativos (unidade, duração, periodicidade); - verificar se há riscos, com a finalidade de extingui-los; - parametrizar resultados pretendidos; - escolher o meio para se chegar ao fim pretendido; - realizar o que foi planejado; - avaliar os riscos durante a fase interna (objeto e valor estimado); - avaliar o custo de determinada contratação; - orientar a formulação da proposta; - balizar a execução do orçamento; - orientar o pregoeiro na sessão de abertura da licitação; - orientar o recebimento do material ou do serviço; - orientar o gerenciamento e fiscalização do contrato.

A especificação do objeto é um dos elementos mais sensíveis do Termo de Referência. De acordo com a Súmula 177 do TCU *"a definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão"*. Dessa feita, o agente público deve evitar descrições que deixem dúvidas para Administração e licitantes, bem como que sejam excessivas, irrelevantes e desnecessárias.

Mais um ponto importante do Termo de Referência diz respeito a necessidade de fundamentação adequada do pedido. Muitas vezes essa informação é esquecida ou desprezada, sendo comumente utilizada a expressão *"atender ao interesse público"*, como justificativa da contratação. É consabido que o setor responsável pelo pedido deve indicar, previamente, nos autos dos procedimentos licitatórios, os motivos e fundamentos da necessidade de realização do objeto das licitações. Assim, a unidade administrativa deve desnudar as razões pelas quais o bem ou serviço deve ser contratado e se debruçar na construção dessa informação.

No caso de tratar de despesas rotineiras, uma boa prática de gestão é realizar a prospecção dos registros de consumo dos materiais ao longo de períodos de tempo determinados, demonstrando em que se pauta a demanda do órgão. Com efeito, há que se fazer sempre avaliação da adequação da demanda com a necessidade posta, a fim de evitar, o que comumente ocorre, que é a dissintonia entre a necessidade e o objeto, consubstanciando em desperdício para a unidade administrativa. Enfim, o setor responsável pelo pedido deve estampar os elementos que justificam a necessidade da contratação e do quantitativo solicitado.

Outro aspecto que merece uma análise aprofundada diz respeito à especificação de objeto divisível. De acordo com a súmula 247 do TCU, *"é obrigatória a 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,*



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação se adequarem a essa divisibilidade”.

Além disso, o Termo de Referência irá determinar qual a melhor forma de adquirir determinado produto/serviço, onde serão considerados fatores, tais como: preço de mercado, custos da aquisição (transporte, estocagem, fiscalização, entre outros que acarretem despesa ao processo de aquisição).

O Termo de Referência é o requisito fundamental da fase interna da licitação, mas se atrela à fase externa e irradia efeitos para toda a contratação. Em se tratando de componente da etapa preparatória, é determinante ao sucesso da licitação e é por isso que deficiências e omissões no Termo de Referência podem levar ao insucesso do certame, podendo ocasionar a necessidade de sua repetição, anulação ou revogação. A fase de construção do Termo de Referência é o momento em que a área demandante, área técnica, tem para realizar os estudos necessários para compreender melhor o objeto da licitação e seus impactos tanto na contratação quanto na execução do objeto, de modo que devem constar no referido documento todas as informações coletadas.

Considerando que as informações técnicas do produto que se pretende adquirir ou do serviço que se pretende contratar, bem como as informações acerca das obrigações de ambas as partes, dos cronogramas de entrega do produto ou execução do serviço, dentre todas as outras informações relevantes da contratação estão (ou devem estar) previstas no Termo de Referência, é plausível afirmar que decorrem desse documento os vícios ou falhas observadas no curso do contrato.

A doutrina e a jurisprudência da Corte de Contas entendem que a elaboração do Termo de Referência é de competência multi setorial, tendo em vista que este instrumento deve ser elaborado por profissionais que possuem a expertise suficiente para desenhar o objeto da licitação. Dessa forma, atenderá melhor aos anseios da Administração Pública e terá maiores chances de promover uma contratação satisfatória, em seu mais amplo aspecto. E, ao final, em atendimento aos requisitos legais, o documento deve ser ratificado e aprovado pela Autoridade Competente, cabendo a esta Procuradoria

Como é de sua natureza, o Termo de Referência contém diversos elementos de cunho técnico, os quais fogem ao âmbito de análise por parte desta Procuradoria, de forma que nos absteremos de tecer maiores comentários acerca de seu conteúdo técnico, limitando-nos ao exame dos aspectos jurídico-formais, o que, por sua vez, será realizado conjuntamente com as minutas do edital, da ata de registro de preços e do contrato, dada a interdependência de seus termos, evitando-se assim repetições desnecessárias. Todavia, orientamos a observância dos pontos abordados acima, a fim de que o Termo de Referência atenda aos requisitos legais e permita a mais perfeita contratação.

Quanto à planilha de quantitativos e valores elaborada pela SEPLAN, que integra o termo de referência fls. 04, esta deve ser a consolidação da consulta de mercado realizada, extraíndo-se a média dos orçamentos colhidos, com o fito de fazer refletir o preço de mercado, devendo ser devidamente assinada pelo servidor público responsável.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



O Tribunal de Contas da União entende que *“as estimativas de preços prévias às licitações devem estar baseadas em cesta de preços aceitáveis, tais como os oriundos de pesquisas diretas com fornecedores ou em seus catálogos, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos, sistemas de compras (Comprasnet), valores registrados em atas de SRP, avaliação de contratos recentes ou vigentes, compras e contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes.”*, conforme entendimento exarado no Acórdão 2637/2015-Plenário, TC 013.754/2015-7, relator Ministro Bruno Dantas, de 21.10.2015:

“(...) o Plenário do Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, decidiu, no ponto, dar ciência à Funasa acerca da impropriedade relativa à “realização de pesquisa de preços com amplitude insuficiente (...) tendo-se obtido apenas três orçamentos, não obstante o mercado fornecedor do serviço ser vasto; e, ainda, que não se considerou a utilização de preços de contratações similares na Administração Pública e a informações de outras fontes, tais como o ComprasNet e outros sites especializados, afrontando o art. 26, parágrafo único, incisos II e III, e o art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, conforme entendimento do TCU, a exemplo dos Acórdãos 2.170/2007 e 819/2009, ambos do Plenário”. (Acórdão 2637/2015-Plenário, TC 013.754/2015-7, relator Ministro Bruno Dantas, 21.10.2015.)

Neste mesmo acórdão, o TCU reafirmou entendimento exarado no Acórdão 2.943/2013-Plenário, de que *“não se deve considerar, para fins de elaboração do mapa de cotações, as informações relativas a empresas cujos preços revelem-se evidentemente fora da média de mercado, de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, conseqüentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado”*, o que deve ser avaliado pela área técnica e, por fim, pela Autoridade Competente.

Sendo assim, estas particularidades devem ser observadas quando da formação do preço médio.

Analisando a documentação pertinente, percebe-se que o parâmetro utilizado para aferição do preço de mercado foi *“pesquisa junto a três fornecedores do ramo”* (fls. 09-16).

Quanto à necessidade de ampla pesquisa de mercado, a jurisprudência do TCU sinaliza no sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade. Nesse sentido estão os Acórdãos 4549/2014 – Segunda Câmara, 1422/2014– Segunda Câmara e 522/2014 – Plenário.

A jurisprudência do TCU aponta também para a necessidade de se realizar pesquisa de preços da maneira mais ampla possível de modo a verificar a compatibilidade das propostas apresentadas com os preços de mercado. Destaque-se que a obtenção de no mínimo três propostas válidas de fornecedores é requisito indispensável de aceitabilidade da pesquisa de preços, devendo a Administração não se limitar a efetuar o mínimo exigido, mas envidar esforços no sentido de se obter o maior número possível de cotações de fontes diversas que reflitam a realidade do mercado. Assim, a pesquisa de preços deve ter tantos orçamentos quanto forem possíveis de serem obtidos nas diversas fontes, devendo ser consignado no processo de contratação justificativa quanto à impossibilidade de utilização de alguma das fontes ou não obtenção de no mínimo três orçamentos válidos de fornecedores.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Observa-se, inicialmente, que a pesquisa de preços não cumpre apenas o papel de estipular o valor estimado ou máximo da licitação. Ao contrário, ela influencia em todo o processo de contratação e justamente por isso é indispensável e é imprescindível que seja feita adequadamente.

Veja-se, a pesquisa de preços: a) permite que a Administração escolha a modalidade licitatória adequada (no caso das modalidades da Lei nº 8.666/93) ou opte adequadamente pela dispensa de licitação em razão do valor; b) orienta a Administração a avaliar a previsão orçamentária para custeio da despesa que pretende realizar; c) impede que a Administração restrinja a competitividade porque permite que ela utilize como valor estimado ou máximo valores reais de mercado; d) permite um julgamento adequado (pois pode-se avaliar quando um preço é excessivo ou inexequível); e) influencia a execução do contrato: problemas na execução podem decorrer de preços inexequíveis ou pode-se realizar contratação desvantajosa se o preço contratado foi acima do que o praticado no mercado; f) permite a avaliação adequada de possíveis pedidos de reajuste, repactuações ou revisão de preço, na fase contratual. Além disso, a ausência da pesquisa de preços pode conduzir a licitações desertas em razão da utilização de preços estimados e/ou máximos abaixo da realidade de mercado.

Assim, verifica-se que a pesquisa de preços embasa a tomada de uma série de decisões no andar do processo. Por isso, ela precisa ser bem feita, precisa se orientar por preços reais e atuais e a busca deve ser ampla.

Decisões equivocadas, tomadas com base em uma pesquisa de preços mal feita, podem gerar uma série de consequências e problemas e, inclusive, podem resultar em apontamentos e penalizações dos agentes públicos por parte dos órgãos de controle.

Não por outro motivo, o Tribunal de Contas da União - TCU afirmou que comissão de licitação e autoridade competente, embora não tenham como responsabilidade a elaboração da pesquisa de preços, posto que esta é realizada na fase de planejamento, na qual, como regra, eles não atuam, devem fiscalizar, observar, avaliar essa pesquisa de preços, quando forem exercitar suas competências. Ora, muitas de suas decisões se pautam na pesquisa de preços e por isso é importante que quando forem atuar, certifiquem-se sobre a regularidade e atualidade da pesquisa de preços. A jurisprudência do TCU (Acórdão 2147/2014-Plenário, TC 005.657/2011-3, relator Ministro Benjamin Zymler, 20.8.2014.) indica que "a CPL, o pregoeiro e a autoridade superior devem verificar: primeiro, se houve pesquisa recente de preço junto a fornecedores do bem e se essa observou critérios aceitáveis".

No recentíssimo Acórdão nº 2.318/17, o Plenário do TCU indicou que é da competência da Comissão Permanente de Licitação e da autoridade que homologa o certame verificar se houve pesquisa recente de preços junto ao mercado fornecedor do bem licitado e se essa pesquisa orientou-se por critérios aceitáveis.

Ainda que se indique que a Comissão Permanente de Licitação e a autoridade superior não possuem atribuição para promover a pesquisa de preços, segundo o TCU, caberia a eles verificar se a coleta de preço seguiu critérios aceitáveis, conforme orienta a sua jurisprudência:



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



11. Os responsáveis não comprovaram a busca no mercado de preço de referência para orientar o orçamento do pregão. No entanto, é da competência da comissão permanente de licitação, do pregoeiro e da autoridade superior verificar se houve recente pesquisa de preço junto a fornecedores do bem a ser licitado e se esta observou critérios aceitáveis. Acórdão 4.828/2017 – 2ª Câmara (trecho do voto, rel. min. Ana Arraes)

14. Acrescento que a jurisprudência do TCU aponta no sentido de que 'a CPL, o pregoeiro e a autoridade superior devem verificar: primeiro, se houve pesquisa recente de preço junto a fornecedores do bem e se essa observou critérios aceitáveis'. Acórdão 4.464/2017 – 2ª Câmara (trecho do voto, rel. min. Aroldo Cedraz)

A responsabilidade da Comissão de Licitação decorreria, portanto, do acolhimento de proposta em valor superior aos preços de mercado, em desobediência ao art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993.

Além disso, o Tribunal adota entendimento de que a autoridade homologadora é solidariamente responsável pelos vícios identificados nos procedimentos licitatórios, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis. Assim, a homologação representaria ato de controle, que não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório.

Pelos vícios ocorridos em procedimento licitatório cabe a responsabilização solidária da autoridade que homologa o certame, exceto se as irregularidades decorrerem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis na análise que deve ser procedida por essa autoridade. Acórdão 1.526/2016 – Plenário (rel. min. Augusto Nardes)

Cabe a responsabilização solidária da autoridade que homologa a licitação pelos vícios ocorridos no procedimento licitatório, exceto se as irregularidades decorrerem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis pela autoridade em questão. Acórdão 8.744/2016 – 2ª Câmara (rel. min. Raimundo Carreiro)

Assim, é recomendável que o Pregoeiro e a autoridade competente ajam de maneira cautelosa e se atentem aos parâmetros aceitáveis para pesquisa de preços e a possíveis situações de sobrepreço.

Frise-se que a pesquisa de preços, dentre outras coisas, permite um julgamento adequado e influencia a execução do contrato.

Ademais, ainda que se possa compreender que o mercado costuma ofertar preços, para o fim de estimativa em licitações, superiores aos que pratica, cabe ao gestor público e à Área Técnica, o exame crítico disso, bem como escolher o parâmetro de pesquisa que melhor se adequa ao objeto da licitação e à realidade da Administração.

Registre-se que a realização de cotações de preços, formação do preço médio e, posterior, análise dos preços é matéria técnica, de competência da área solicitante, qual seja a Secretaria Municipal de Planejamento, tendo esta total responsabilidade quanto à veracidade e lisura da pesquisa de preços, cabendo a esta Procuradoria, quando da análise jurídica, informar os parâmetros legais e regulamentares que devem ser observados na respectiva pesquisa de mercado e formação do preço médio, conforme acima realizado.

Em relação aos parâmetros utilizados para se chegar ao quantitativo solicitado, é importante deixar expresso que cabe ao setor demandante condensar e elaborar a demanda e, ao órgão de controle, analisar a adequação do quantitativo, devendo contemplar apenas o



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



suficiente para satisfazer a demanda destacada no planejamento da secretaria e respeitar o limite da razoabilidade.

Verifica-se às fls. 17 a indicação de dotação orçamentária; às fls. 18 a Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira; a Autorização para a abertura do procedimento licitatório (fls. 19), o Decreto de Designação do Pregoeiro e equipe de apoio (fls. 20) e o Termo de Autuação do processo (fls. 21).

Frise-se que, após a formalização do procedimento, a avaliação dos preços apresentados e sua compatibilidade com os valores de mercado, se os quantitativos dos serviços a serem contratados são compatíveis com a demanda da Secretaria Municipal de Planejamento, bem como a indicação orçamentária, coube à Controladoria Geral do Município, de acordo com as atribuições conferidas pela Lei Municipal nº 4.293/2005, tendo emitido Parecer Controle Interno (fls. 23-29).

Cumprir observar, ainda, que a Autoridade Competente (Secretário Municipal de Planejamento) é responsável por todos os documentos desenvolvidos no âmbito da secretaria e que posteriormente foram juntados aos autos.

Por fim, convém destacar que cabe ao setor competente realizar a revisão quanto às especificações dos serviços a serem contratados, se assim entender cabível, antes de promover a publicação do edital, visando evitar eventuais equívocos que possam comprometer o êxito do certame.

Destaca-se, ainda, que é vedada à Administração a exigência de marca específica para os materiais e equipamentos, no entanto, faz-se necessário a correta especificação do objeto que se pretende licitar a fim de garantir a qualidade dos itens futuramente contratados.

Quanto à adoção de licitação exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (art. 48, inc. I), tem-se que a partir da entrada em vigor das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/14 na Lei Complementar nº 123/06, tornou-se obrigatória para a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (art. 48, inc. I).

A Lei Complementar 009/2016 dispõe:

"Art. 28. Nas contratações públicas será 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.

§ 1º Para o cumprimento do disposto neste artigo a administração pública adotará as regras previstas na Lei Complementar nº 123/06, constantes dos artigos 42 a 49 e nos artigos seguintes desta lei, bem como em normas regulamentares que prevejam tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente:

(...)



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



III - realização obrigatória de licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)."

O tratamento diferenciado tem respaldo na própria CF que impõe a adoção de medidas jurídicas destinadas a proteger e incentivar a atuação de pequenas empresas de modo a promover a isonomia.

Sabe-se que a licitação destina-se a garantir: a) isonomia; b) seleção da proposta mais vantajosa; e o c) desenvolvimento sustentável.

Assim, a Administração deve promover a melhor contratação possível, com observância do princípio da isonomia. Verifica-se que o tratamento diferenciado em favor da ME e EPP tem por finalidade permitir que empresas destituídas de grande porte saíam vencedoras nas licitações e possam concorrer de forma equânime com as outras empresas.

Assim, entende-se louvável o tratamento diferenciado, uma vez que está assegurando o princípio da isonomia, devendo, por outro lado, ter em mente que esse tratamento diferenciado deverá observar também o princípio da proporcionalidade a fim de não se desviar da intenção do legislador constituinte gerando diferenciações desarrazoadas.

Nesse ponto, oportuno trazer a Orientação Normativa da Advocacia Geral da União:

"ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 47, DE 25 DE ABRIL DE 2014: "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."

Sendo assim, o tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte adotado vai ao encontro da legislação vigente, uma vez que estamos diante de uma licitação por itens, com 07 (sete) itens de valor médio de mercado abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Quanto à qualificação técnica em licitações, a Constituição Federal, ao versar sobre licitações públicas, estabeleceu em seu art. 37, XXI, que somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações. Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei, face ao princípio da legalidade. Ademais, devem ser evitados formalismos e requisitos desnecessários, de modo a não ocasionar uma restrição ainda maior à competitividade.

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:(...)"



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



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.* (Grifo nosso)"

É necessário, portanto, que as exigências relativas à qualificação técnica sejam interpretadas em consonância com o disposto no art. 37, XXI da Carta Magna, juntamente com os demais dispositivos infraconstitucionais, a fim de que sejam exigidos somente os requisitos indispensáveis ao cumprimento da obrigação, de modo a possibilitar a ampla participação de competidores interessados em contratar com a Administração, assegurar a economicidade da contratação e garantir o tratamento isonômico.

A lei nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, veda que os agentes públicos pratiquem atos tendentes a restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame, consoante se depreende da leitura de seu art. 3º:

"Art.3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991. (...) (Grifo nosso)".

O art. 30 da Lei nº 8.666/93 estabelece um **rol taxativo** referente à documentação que pode ser exigida para comprovação da qualificação técnica. Desse modo, não pode a Administração criar hipóteses nele não previstas, sob pena de incidir na vedação legal do art. 3º da lei em comento. O dispositivo legal determina que:

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**



realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

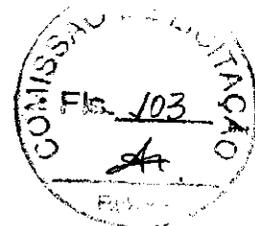
§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração." (Grifo nosso)

Deve-se atentar sempre para que as exigências de qualificação técnica não sejam desarrazoadas a ponto de frustrar o caráter competitivo do certame. Toda e qualquer exigência de qualificação técnica deve ser concebida de modo a não impor custos prévios à celebração do contrato, a teor da Súmula 272:

"Súmula nº 272/2012: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato”.

A qualificação técnica da empresa encontra previsão legal na primeira parte do inciso II do art. 30 da Lei de Licitações. Assim, o edital pode prever a necessidade de apresentação de atestados para a *“comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento”*.

O TCU constantemente reafirma que a comprovação da capacidade técnica deve ser norteada pelo art. 37, XXI da CF, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. **O Edital de licitação não pode conter exigência de qualificação técnica que não seja indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais e que não esteja prevista em lei.**

Destaca-se que o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido. E segundo o entendimento do Tribunal de Contas da União o quantitativo mínimo dos atestados de capacidade técnica não poderá superar o limite de 50% (usualmente adotado), conforme o Acórdão 3663/2016 - Primeira Câmara (Relator: AUGUSTO SHERMAN).

Portanto, ressalta-se que não poderão ser estabelecidas exigências excessivas ou inadequadas. Também não é recomendável que, em se tratando de um objeto com certa complexidade na sua execução, deixe a Administração de exigir a comprovação da qualificação técnica dos licitantes. A exigência de qualificação técnica deve ser apenas a suficiente a demonstrar que o licitante detém conhecimentos técnicos e práticos para a execução do objeto a ser executado.

Sendo assim, por tratar-se de matéria técnica, partiremos da premissa de que a área técnica da SEPLAN observará os contrapontos acima delineados para, assim, avaliar os requisitos de qualificação técnica a serem exigidos das empresas licitantes.

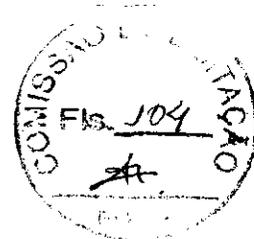
Observa-se que a conveniência da contratação está efetivamente consubstanciada. Passemos à análise e recomendações quanto à legalidade da minuta de edital e anexos de fls. 33-90, a fim de dar cumprimento ao disposto no art. 38, § único, da Lei 8.666/1993.

Cabe salientar que, quando da realização dos procedimentos necessários ao perfeito saneamento do processo, a Autoridade Competente e a Equipe de Pregão devem estar cientes de todos os termos deste Parecer, não somente os pontos relativos às recomendações, visto que estas são fruto do raciocínio e desenvolvimento jurídico acima apresentado.

I. Destaca-se que o item 32 da minuta de edital e o item 5 do Anexo I.A estabelecem que o contrato será prorrogado nas hipóteses do art. 57, II, da Lei 8.666/1993, enquanto que a cláusula quinta da minuta de contrato reza que o contrato será prorrogado de acordo com o art. 57, §1º, da Lei 8.666/1993.



PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO



Cumpre destacar que o conceito atribuído aos serviços continuados pelo Tribunal de Contas da União segue o seguinte raciocínio:

22. *Chega-se, assim, ao último ponto contestado, referente à impossibilidade de renovação de contratos relativos a serviços sem características de continuidade. (...)*

26. *Ocorre, porém, que a determinação criticada faz expressa menção, como exemplo de contrato de serviço que não possui natureza continuada, ao fornecimento de passagens aéreas. (...)*

28. *Sem pretender reabrir a discussão das conclusões obtidas naqueles casos concretos, chamo a atenção para o fato de que a natureza contínua de um serviço não pode ser definida de forma genérica. Deve-se, isso sim, atentar para as peculiaridades de cada situação examinada.*

29. *Na realidade, o que caracteriza o caráter contínuo de um determinado serviço é sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional. (TCU. Acórdão TCU 132/2008 - Segunda Câmara. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Data do julgamento: 12/02/2008).*

É importante deixar claro que a necessidade permanente de execução, por si só, não se mostra como critério apto para caracterizar um serviço como contínuo. O que caracteriza um serviço como de natureza contínua é a imperiosidade da sua prestação ininterrupta em face do desenvolvimento habitual das suas atividades administrativas, sob pena de prejuízo ao interesse público. Para tanto, é necessário que a Autoridade Competente apresente justificativa, com objetivo de se demonstrar a caracterização do objeto em serviço de natureza contínua (art. 57, II, da Lei nº 8.666/93), levando em consideração os requisitos e as peculiaridades retro mencionadas. Todavia, pelas informações técnicas contidas no procedimento, esta assessoria entende que trata-se de serviços comuns, a serem aditivados com base no art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

II. Recomenda-se a exclusão dos itens contidos nos tópicos 6 e 8 do Anexo I.A - Termo de Referência.

III. A Minuta de Edital, o anexo I.A, a Minuta da Ata de Registro de Preços e a Minuta de Contrato Administrativo não podem apresentar informações divergentes; por isso, recomenda-se que as disposições estejam em consonância plena em todos os instrumentos. Cumpre observar que a existência de divergências pode dar ensejo a questionamento futuros ou dificultar a execução do contrato.

IV. E, por fim, recomenda-se que, após a efetivação de todas as alterações/adequações aventadas no presente parecer, o processo seja revisado na íntegra pela Comissão Permanente de Licitação/Equipe de Pregão, evitando-se divergências entre a Minuta de Edital, o Termo de Referência, a Minuta da Ata de Registro de Preços e a Minuta de Contrato Administrativo.



**PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAUAPEBAS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**



Desta forma, por haver previsão legal e configurado o interesse público no Registro de Preços para contratação exclusiva de micro empresa, empresa de pequeno porte, microempreendedor individual e cooperativas para contratação de serviços de sonorização, com fornecimento de equipamentos e profissionais qualificados, para atender a Secretaria Municipal de Planejamento da Prefeitura Municipal de Parauapebas, Estado do Pará, esta Procuradoria entende que a Minuta de Edital nº 9/2018-005 SEPLAN, bem como seus anexos e contrato administrativo obedecerão aos requisitos legais instituídos na Lei de Licitações e demais legislações pertinentes ao caso, *desde que cumpridas as recomendações desta Procuradoria.*

Parauapebas/PA, 20 de setembro de 2018.

RAFAELA PAMPLONA DE MELO
ASSESSORA JURÍDICA DE PROCURADOR
DECRETO Nº 068/2017
OAB/PA nº 18.618B

CLÁUDIO GONÇALVES MORAES
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
DECRETO Nº 001/2017
OAB/PA nº 17.743