PARECER JURÍDICO

PARECER JURÍDICO N°108/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO : Nº 001.080822 – PE / SEMINFRA

PREGÃO ELETRÔNICO (SRP) N° 025/2022/ PE –SEMINFRA - SRP

OBJETO: CONTRATAÇAO DE EMPRESAS PARA FORNECIMENTO DE PEÇAS/ACESSÓRIOS GENUÍNOS OU ORIGINAIS DE PRIMEIRA LINHA PARA FROTA DE VEÍCULOS LEVES E PESADOS DA GARAGEM MUNICIPAL, CAMINHÕES, TRATORES AGRÍCOLAS E MÁQUINAS PESADAS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE RURÓPOLIS.

ORIGEM: DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.

I. PRELIMINAR DE OPINIÃO:

Antes de se adentrar ao mérito do presente parecer é de ser verificado que a condução da análise técnico jurídica é vinculada à atividade prevista legalmente da função da advocacia, em especial conforme disposto na Lei Federal n. 8.906/94, que estabelece o Estatuto da Advocacia e da OAB.

Nesta forma, para confecção do presente instrumento, é de ser observada a isenção do profissional e o seu caráter opinativo (Art. 2º, § 3º da Lei referida), corroborado este entendimento pela liberdade administrativa do responsável, gestor, já que este poderá ou não seguir a opinião técnica segundo sua conveniência e finalidade.

Reitera-se a liberdade de opinião do profissional, conforme o entendimento jurisprudencial que segue, assim como a desvinculação do profissional à opinião, cabendo ao gestor sua vinculação ou não, conforme sua conveniência.

O presente parecer, por essência, é um instrumento de opinião não passível de vinculação à decisão da administração pública, assim entende a jurisprudência:

> **PENAL E PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO PARECERISTA. SUPOSTO CRIME EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA D EINDICAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO CAUSÍDICO. ORDEM QUE DEVE SER CONCEDIDA.**

1. Não se pode deixar de considerar que sendo o ato do parecerista um ato opinativo, a manifestação jurídica não se constitui como ato administrativo em si, podendo apenas ser usada como elemento de fundamentação de um ato administrativo posteriormente praticado. 2. Precedente: STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - Relator (a): Min.
Joaquim Barbosa - Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 01-02-2008.

O objeto do presente parecer encerra o exame dos atos realizados no procedimento interno de apuração da presente licitação para devida análise quanto aos eventos ocorridos. Assim, excluindo-se os elementos técnicos e econômicos que embasaram o procedimento, é realizada a presente análise sobre os elementos ou requisitos estritamente jurídicos dos autos.

Neste sentido cabe a ressalva técnica que ao gestor público é livre a condução da Administração Pública, subordinando-se, contudo, às vertentes das normas de regência, em especial, os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo. Sem desclassificar a presente peça como opinião técnica quanto à regularidade legal do procedimento, desvinculadas das finalidades que os justificam e tendo por base o próprio procedimento, incluso as declarações, autorizações, determinações e demais atos nele presentes. Cabendo ao gestor proceder aos demais atos conforme sua conveniência.

II. DA CONSULTA:

Recebe esta Assessoria Jurídica pedido de parecer encaminhado pelo Pregoeiro do Município relativo ao processo administrativo, que trata da abertura de licitação para **CONTRATAÇAO DE EMPRESAS PARA FORNECIMENTO DE PEÇAS/ACESSÓRIOS GENUÍNOS OU ORIGINAIS DE PRIMEIRA LINHA PARA FROTA DE VEÍCULOS LEVES E PESADOS DA GARAGEM MUNICIPAL, CAMINHÕES, TRATORES AGRÍCOLAS E MÁQUINAS PESADAS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE RURÓPOLIS**.

Consulta-nos sobre a adequação da modalidade licitatória adotada para o processo em questão, qual seja Pregão Eletrônico, e solicita aprovação jurídica das minutas do instrumento convocatório, para cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei das Licitações.

III. DO RELATÓRIO:

O processo teve início com a requisição formulada pela Aquisição de material de gêneros alimentícios, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Educação, relatando a necessidade do objeto e justificando sua pretensão.

A requisição foi protocolada pelo Departamento de Licitações, que na

sequência instruiu o processo com as informações preliminares pertinentes a toda e qualquer contratação pública, independentemente de efetivarem-se na via licitatórias ou através de contratação direta.

Nessa esteira, constam dos autos:

1) Memorando 031/2022/SEMINFRA;
2) Estudo Técnico Preliminar;

3) Termo de referência com a devida aprovação motivada do termo de referência pela autoridade competente Responsável;

4) Justificativa da Licitação com a apresentação do impacto orçamentário e financeiro;

5) Despacho para o setor de compras para pesquisa de preços e em seguida envio ao setor contábil para manifestação sobre recursos orçamentários;

6) Pesquisa de preços praticados pelo mercado do ramo do objeto da licitação, com o resumo da média aritmética dos preços pesquisados;

7) Despacho para manifestação de recursos orçamentários por parte da contabilidade;

8) Manifestação quanto a recursos orçamentários, conforme art. 14 da lei 8666/93, declaração de existência de recursos orçamentários, com indicação das respectivas rubricas;

9) Termo de Adequação orçamentária, conforme Inciso II, Art. 16 da Lei 101/2000;

10) Autorização pela autoridade competente para abertura de procedimento licitatório;

11) Portaria do Pregoeiro e Equipe;

12) Abertura de processo administrativo devidamente autuado, protocolado e numerado;
13) Despacho para Assessoria Jurídica;

14) Minuta de edital e anexos.

Na sequência, o processo foi remetido a esta Procuradoria Jurídica, para a análise prévia dos aspectos jurídicos da minuta de edital elaborada, prescrita no art. 38, parágrafo único, da Lei no 8.666/93. Este Parecer, portanto, tem o escopo de assistir a municipalidade no controle interno da legalidade dos atos administrativos praticados na fase preparatória da licitação.

O Pregoeiro sugeriu que o processo ocorresse através de licitação na modalidade Pregão eletrônico, Registro de Preços, uma vez que se trata de **bem de natureza comum**, podendo ser objetivamente definido no edital, atendendo ao que dispõe o parágrafo único do artigo1º da Lei n° 10.520/02.

Vale destacar que se o Pregoeiro quiser destinar à exclusiva participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, tal exclusividade encontra respaldo no disposto no inciso I do art. 48 da Lei Complementar n° 123/06,alterada pela Lei Complementar n° 147/14, transcritos abaixo:

LC n° 123/06:

> 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) (Vide Lei nº 14.133, de 2021
>
> 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)

Foi elaborada a minuta do edital, para licitação na modalidade Pregão Eletrônico, Registro de Preços, em atendimento à necessidade do Município da Secretaria solicitante, a qual é ora submetida à apreciação da Procuradoria jurídica.

Inicialmente é válido registrar que o exame jurídico prévio das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes de que trata o parágrafo único do artigo 38, da lei no 8.666/93, é exame **"que se restringe à parte jurídica e formal do instrumento, não abrangendo a parte técnica dos mesmos." (Tolosa Filho, Benedito de Licitações: Comentários, teoria e prática: Lei no 8.666/93. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 119).**

Ressalte-se que o parecer jurídico visa a informar, elucidar, enfim, sugerir providencias administrativas a serem estabelecidas nos atos da administração ativa.

Cumpre esclarecer, também, que toda verificação desta Assessoria Jurídica tem por base as informações prestadas e a documentação encaminhada pelos órgãos competentes e especializados da Administração Pública. Portanto, tornam-se as informações como técnicas, dotadas de verossimilhanças, pois não possui a Assessoria

Jurídica o dever, os meios ou sequer a legitimidade de deflagrar investigações para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos a serem realizados, impulsionados pelo processo licitatório.

Toda manifestação expressa posição meramente opinativa sobre a contratação em tela, não representando prática de ato de gestão, mas sim uma aferição técnico - jurídica que se restringe a análise dos aspectos de legalidade nos termos do inciso VI do artigo 38 da Lei no 8.666/93, aferição que, inclusive, não abrange o conteúdo de escolhas gerenciais especificas ou mesmo elementos que fundamentaram a decisão contratual do administrador, em seu âmbito discricionário.

Nota-se que em momento algum, se está fazendo qualquer juízo de valor quanto às razões elencadas pelos servidores que praticaram atos no intuito de justificar a referida contratação.

É o relatório.

IV. DA FUNDAMENTAÇÃO:

DA ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL:

Passamos à análise dos elementos abordados na minuta do edital e sua concordância com as imposições do art. 40 da Lei de Licitações.

Traz o referido mandamento a obrigatoriedade de abordagem dos seguintes elementos nos editais de licitação, podendo estes ser suprimidos ou acrescidos, conforme o caso:

> **Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**
>
> **I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;**
>
> **II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;**
>
> **III - sanções para o caso de inadimplemento;**
>
> **IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;**

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XII - (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

§ 3º Para efeito do disposto nesta Lei, considera-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra, a entrega do bem ou de parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança.

§ 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas: (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - o disposto no inciso XI deste artigo; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - a atualização financeira a que se refere a alínea "c" do inciso XIV deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.500, de 2017)

Após análise do instrumento apresentado, constatou-se que o edital foi elaborado em harmonia com os ditames do art. 40 da Lei 8.666/93, destacando-se a clareza e objetividade do com objeto da licitação, a previsão de requisitos pertinentes ao objeto do certame como condição de habilitação, fixação de critério objetivo para julgamento das propostas, prazos legais respeitados para impugnação ao edital,abertura das propostas e julgamento de recursos, pelo que este Jurídico não tem nenhuma recomendação a ser feita.

DO PREGÃO ELETRÔNICO

A doutrina administrativista conceitua licitação como um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelos órgãos e entidades da administração pública, em que, observada a igualdade entre os participantes, seleciona a proposta mais vantajosa ao poder público, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações elencadas no instrumento convocatório e em seu respectivo contrato administrativo.

Trata-se, portanto, de uma disputa isonômica ao fim da qual será selecionada dentre as propostas apresentadas, aquela que demonstra maior vantajosidade aos interesses da administração para **realização de obras, serviços, concessões, alienação, compras, entre outros**. Tal premissa, encontra-se expressa na Carta Magna, ***in verbis:***

> ***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:***
>
> ***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.***

O art. 22 da Lei nº 8.666/1993 lista cinco modalidades de licitação, quais sejam: **concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão**. A realização de licitação na modalidade Pregão, por sua vez, encontra respaldo na Lei nº 10.520 de 07 de julho de 2002, e sua forma eletrônica é regulamentada pelo Decreto nº 10.024/2019. A ele aplica-se subsidiariamente as normas da Lei nº 8.666/93.

O pregão eletrônico é uma das formas de realização da modalidade licitatória de pregão, apresentando as regras básicas do pregão presencial com procedimentos específicos, caracterizando-se especialmente pela ausência da "presença física" do pregoeiro e dos demais licitantes, uma vez que toda interação é feita por meio de sistema eletrônico de comunicação pela internet, tendo como importante atributo a potencialização de agilidade aos processos licitatórios, minimizando custos para a Administração Pública.

O uso e a aplicabilidade do pregão, na forma eletrônica, proporcionam grandes vantagens aos entes públicos, notadamente em virtude de suas características de celeridade, desburocratização, economia, ampla divulgação, publicidade e eficiência na contratação.

Assim, dadas as vantagens do pregão eletrônico, o Decreto n° 10.024, de 20 de setembro de 2019, tornou obrigatória a utilização da modalidade eletrônica para aquisição de bens e serviço comuns, in verbis:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

§ 1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.(grifo nosso).

Porém, a obrigatoriedade estabelecida poderá ser afastada, em caráter excepcional, mediante prévia justificativa da autoridade competente, estribada na inviabilidade técnica ou na desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica, conforme dicção do §4º, do art. 1º, do Decreto nº 10.024/2019:

§ 4º Será admitida, excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a utilização da forma de pregão presencial nas licitações de que trata o caput ou a não adoção do sistema de dispensa eletrônica, desde que fique comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica.

Noutro giro, a modalidade ora analisada não será aplicada nas seguintes situações:

Art. 4º O pregão, na forma eletrônica, não se aplica a:

I – contratações de obras;

II - locações imobiliárias e alienações; e

III - bens e serviços especiais, incluídos os serviços de engenharia enquadrados no disposto no inciso III do caput do art. 3º

Outrossim, é de importante registro que o Pregão se destina exclusivamente à aquisição de bens e serviços comuns. Nesse sentido, a Lei nº 10.520/02, em seu art. 1º, bem como o Decreto nº 10.024/2019, no art. 3º, definem o conceito de "bens e serviços comuns", a saber:

Lei nº 10.520/02
Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Decreto nº 10.024/2019

Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

II - bens e serviços comuns - bens cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado;
(...)
§ 1º A classificação de bens e serviços como comuns depende de exame predominantemente fático e de natureza técnica.

Desta feita, conclui-se que os bens e serviços comuns são aqueles que:

a) tenham um padrão de desempenho e qualidade;

(b) tal padrão de desempenho e qualidade possa ser objetivamente definido no edital; e

(c) tal objetividade resulte de especificações usuais no mercado.

Do texto normativo, depreende-se, ainda, que enquadramento do bem ou serviço a ser licitado na modalidade pretendida é tarefa de índole técnica. Sendo que tal assertiva é corroborada pela previsão constante no art. 3º, §1º, do Decreto nº 10.024/2019. Confira-se:

§ 1º A classificação de bens e serviços como comuns depende de exame predominantemente fático e de natureza técnica.

Importante ressaltar que tal avaliação de índole técnica é sempre anterior à deflagração do certame, para fixar concretamente as especificações dos bens comuns, pois na licitação, em si, não poderão ser adotados critérios de julgamento que envolvam fator técnico, mas, tão somente, menor preço ou maior desconto, conforme o caso.

É a lição irretocável de JOEL DE MENEZES NIEBUHR (grifamos):

"6.4. A incompatibilidade do pregão com licitações julgadas por critérios que envolvam fator técnico:
De acordo com os incisos do §1º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, as licitações públicas podem ser julgadas por estes critérios: (a) do menor preço, (b) da melhor técnica, (c) da técnica e preço e (d) do maior lance e oferta. Os critérios do menor preço e do maior lance e oferta são os mais objetivos, porquanto neles apenas se apura o autor do menor ou do maior preço, sem que caiba, no momento do julgamento, comparar a qualidade dos bens ou serviços oferecidos.

Os critérios da melhor técnica e o da técnica e preço, conquanto devam obediência ao princípio do julgamento objetivo, admitem, por sua própria natureza, certa subjetividade na escolha dos elementos que serão tomados em conta pela Administração para comparar os bens e serviços. Por isso, preferencialmente, deve-se adotar os critérios de julgamento do menor preço ou, se for o caso, do maior lance ou oferta.

O ponto é que o inciso X do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 prescreve que, "para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital".

A propósito, o inciso V do artigo 8º do Decreto Federal nº 3.555/00 estabelece que, para o julgamento do pregão, deve ser adotado o critério do menor preço. O artigo 7º do Decreto Federal nº 10.024/19 determina que para o pregão eletrônico os critérios de julgamento admissíveis são o de menor preço ou de maior desconto — este uma variação em relação à apuração do menor preço, que permanece sendo o determinante. Portanto, a pretensão de adoção de critérios de julgamento técnicos repele a aplicação da modalidade pregão, em qualquer de suas formas, presencial ou eletrônica." (Pregão Presencial e Eletrônico, 8ª ed., Forum, 2020, p. 81).

De todo modo, e isso também costuma ser objeto de confusões em detrimento do interesse público, o uso do critério menor preço não impede que sejam exigidas e avaliadas amostras (vide tópico próprio) para investigar se o bem oferecido atende às especificações mínimas do edital.

Tal investigação terá um caráter meramente desclassificatório do bem desconforme às exigências objetivas do edital, nunca servindo para comparar a qualidade dos bens oferecidos por diferentes licitantes.

Como exemplo prático, lançado um pregão para aquisição de "canetas esferográficas" é curial responder "a caneta escreve?"; ou, em outros termos, foram atendidas as especificações objetivas do edital?

Com efeito, na medida em que um bem se define por sua utilidade, uma caneta que não escreva não é uma caneta, ainda que se pareça com uma. Se a licitação é para aquisição de canetas, e não de peças de plástico parecidas com canetas, o licitante deve ser desclassificado, ainda que tenha o menor preço.

Entretanto, ainda dentro do exemplo dado, tendo a Administração promovido um pregão, não terá a liberdade, que possui o particular, de no momento do julgamento escolher entre uma caneta de escrita mais "dura" ou mais "macia", que favoreça, ou não, a "letra cursiva", a isso atribuindo pontos para efeitos de classificação entre os licitantes, pois atendidos os requisitos objetivos do edital, deverá julgar pelo menor preço, ainda que este não corresponda ao melhor bem.

Contudo, se qualquer uma dessas características e qualidades, como "maciez" ou "dureza", é importante para o atendimento da necessidade da Administração, seus critérios objetivos deveriam vir explicitamente descritos no edital, dentro de especificações de índole técnica, sempre atendido o interesse público e evitando-se a

restrição injustificada à competitividade.

Por exemplo: se para a aquisição de EPIs é critério importante o conforto mínimo do usuário e se for possível sua exigência dentro de padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado, é cabível o pregão e aconselhada a exigência de amostra, sempre mantido o julgamento por menor preço (ou maior desconto, vide tópico próprio).

Também não se argumente que o cuidado terá poucas consequências práticas, pois poderá ser apresentada uma amostra aceitável e na hora da entrega ser remetido bem fora das especificações.

Embora o opinativo não abarque esse momento posterior, é cediço que bastará à Administração exigir, na fase de execução contratual, que lhe seja entregue exatamente o que foi especificado na licitação, sob pena de glosa do pagamento, pelo não aceite do executor, devendo ser banida a "famosa" prática do "também atende". Além da glosa pelo não aceite do executor, também deverão ser avaliadas outras penalidades cabíveis.

Ressalte-se a que a fase de execução contratual envolve matérias fáticas e não jurídicas, sendo igualmente vedada qualquer tentativa de transformar a instância de assessoramento jurídico em órgão de revisão ou de aval ao "aceite" do executor.

Se o executor tem duvidas, não aceite e não ateste — pois o pagamento pressupõe a certeza da entrega adequada do bem dentro das especificações — mas também não tente transformar a questão fática em jurídica.

Outrossim, anote-se que não deve ser confundido o conceito de "bem comum" com o de "bem simples". Em outros termos, é possível que algo seja "comum" e "complexo". O que importa é que os padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado.

Inclusive, com o desenvolvimento do mercado ou com a formulação de critérios objetivos, sempre de índole técnica, algo antes tido como "incomum" poderá passar a ser tido como "comum".

Em última análise, o que se entende por "bem comum" não é conceito estanque ou imutável, depende da capacidade da área técnica em atestar a existência de padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado, sempre em nome do interesse público, para aquilatar se a modalidade licitatória mais adequada é realmente o pregão.

Ainda no intuito de remover dúvidas, não é a eventual **"complexidade técnica"** para a obtenção do bem que lhe retira a característica de comum. Um "bem comum" pode abarcar grande "complexidade técnica".

Melhor refletido, o processo para a fabricação de uma "resma de papel" ou de uma "almofada de carimbo", aos olhos do homem-médio, reveste-se de grande

complexidade técnica e seria-lhe impossível descrever o iter produtivo de tais bens para além de noções absolutamente genéricas de que "a celulose vem da árvore, normalmente do eucalipto" e de que "o plástico do invólucro deriva do petróleo, embora eu não tenha certeza do que provem o feltro da almofada", mas isso não afasta o caráter de bem comum da "resma de papel" ou da "almofada de carimbo".

Desenvolvendo essas ideias e apenas como um recurso retórico de exemplo extremo, é público e notório que existe uma "nova corrida espacial" entre empresas privadas, especialmente norte-americanas, para a criação de inéditos veículos espaciais, conhecidos como "foguetes reutilizáveis", sempre com a promessa de que em poucos anos tais lançamentos serão corriqueiros, até mesmo para "turismo espacial", fora o tradicional uso para pesquisas científicas, que se tornariam muito mais baratas.

Portanto, assim como hoje se licitam veículos "SUV" para as forças policiais, talvez, no futuro, haja a necessidade do poder público licitar tais "foguetes reutilizáveis" para o atendimento de suas necessidades, como, por exemplo, a de lançar pequenos satélites para monitoramento ambiental ou de oferecer tratamento para alguma doença cuja cura seja favorecida pela microgravidade.

Fazendo achegas aos excertos, também deve ser evitada **"confusão"** corriqueira sobre o que seja **"usual".** O conceito de usual é voltado ao mercado.

Ainda que o específico órgão da Administração jamais tenha licitado o bem, deverá verificar se o mercado usualmente o trata como comum.

Como critério adicional, extremamente valioso, mesmo quando o estudo técnico não seja obrigatório (vide tópico próprio) poderá o gestor trazer aos autos o relato de licitações semelhantes na Administração distrital ou de outros entes, se possível avaliando seus resultados positivos ou negativos.

Em conclusão quanto ao tópico, o gestor deverá municiar os autos com as justificativas técnicas e apresentar as razões para o enquadramento do objeto a ser licitado nos conceitos dispostos no art. 1º da Lei nº 10.520/2002 e no art. 3º da Decreto nº 10.024/2019.

Nota-se que em momento algum, se está fazendo qualquer juízo de valor quanto às razões elencadas pelos servidores que praticaram atos no intuito de justificar a referida contratação.

Verificamos pelos documentos constantes dos autos que os procedimentos iniciais para abertura de procedimento licitatório foram corretamente observados.

Quanto à adoção da modalidade Pregão Eletrônico para atender ao interesse do Secretário interessado, há que se registrar algumas considerações.

A Lei n° 10.520/02 que disciplina esta modalidade dispõe em seu art. 1°, parágrafo único.

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a

licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Pela leitura retro apresentada, constatamos que o objeto do processo em análise pode ser classificado como **"comum"**, tendo em vista que não se trata de serviço de maior complexidade e não possui nenhuma especificidade que prejudique a elaboração da proposta.

Portanto, não se verifica nenhum óbice para a utilização da modalidade pregão, seja na forma Presencial, seja na forma Eletrônica, para realizar a licitação necessária para o atendimento da pretensão da Secretaria interessada.

Já a utilização do sistema de registro de preços no âmbito do Município de Rurópolis, entendemos que seja mais vantajoso para o Município efetuar a licitação com vistas a realizar o registro de preços, tendo em vista a imprevisibilidade do montante total a ser efetivado durante o período contratual, o qual poderá ficar aquém ou além da estimativa realizada pela Secretaria interessada.

Não obstante, orientamos apenas ao Pregoeiro e sua equipe de apoio para que durante a condução do certame sejam cumpridas as determinações legais da Lei n° 10.520102 e da Lei n° 8.666/93, suplementarmente, sob pena de invalidade dos atos praticados em desacordo com os referidos diplomas legais, em especial, quanto à publicidade dos atos, **observando-se o interstício mínimo de 08 (oito) dias uteis entre a publicação do último aviso de licitação e a data de recebimento das propostas, bem como o prazo de publicação no Mural de Licitações do TCM/PA, DOU e DOE**.

DA FASE INTERNA DO PREGÃO

O Pregão se desenvolve em uma fase interna, comum a todas as modalidades de licitação, na qual são praticados atos relacionados à delimitação dos termos que serão contratados, e em uma fase externa, que se inicia com a publicação do instrumento convocatório e termina com a assinatura do contrato.

Entre as inovações promovidas pelo Decreto nº 10.024/2019, destaca-se inclusão do Planejamento da Contratação na fase interna do certame licitatório.

E de acordo com o art. 14 do Decreto nº 10.024/2019, no planejamento do pregão será observado o seguinte:

I - elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência;

II - aprovação do estudo técnico preliminar e do termo de referência pela autoridade competente ou por quem esta delegar;

III - elaboração do edital, que estabelecerá os critérios de julgamento e a aceitação das propostas, o modo de disputa e, quando necessário, o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta;

IV - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e das condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e a execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração pública; e

V - designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio.

Evidencia-se que o planejamento da contratação permite que a Administração:

i) identifique suas principais necessidades;

ii) defina adequadamente os quantitativos que serão necessários para o atendimento da demanda;

iii) averigue a periodicidade da contratação e o cabimento do Sistema de Registro de Preço;

iv) delimite adequadamente o objeto, definindo características específicas que atendam a necessidade da instituição, mas com a devida cautela para não restringir indevidamente a competitividade; e

v) realize ampla pesquisa de mercado para estimar o preço da contratação.

Logo, o planejamento tem o condão de condicionar todas as demais fases e etapas do processo e de determinar ou não o sucesso da contratação.

Já o art. 8º do Decreto nº 10.024/2019 define os documentos necessários à instrução do procedimento, que serão analisados nos próximos tópicos:

> **Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:**
> **I - estudo técnico preliminar, quando necessário;**
> **II - termo de referência;**
> **III - planilha estimativa de despesa;**
> **IV - previsão dos recursos orçamentários necessários, com a indicação das rubricas, exceto na hipótese de pregão para registro de preços;**
> **V - autorização de abertura da licitação;**
> **VI - designação do pregoeiro e da equipe de apoio;**
> **VII - edital e respectivos anexos;**
> **VIII - minuta do termo do contrato, ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso;**
> **IX - parecer jurídico;**

ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES

O estudo técnico preliminar é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido e que, na hipótese de conclusão pela viabilidade da contratação, fundamenta o termo de referência.

É importante registrar que a realização do estudo técnico preliminar não é obrigatória, visto que o inc. I do art. 8, do Decreto nº 10.024/2019, de maneira expressa, estabelece que o processo será instruído com o estudo **"quando necessário".**

Esse **"quando necessário"** significa que o gestor deverá perquirir se há norma que exija o estudo técnico preliminar para a contratação que pretende empreender. Os exemplos mais comuns de necessidade de estudo técnico preliminar são as contratações de "TI/TIC" (que não são abrangidas pelo presente parecer referencial, inclusive por esse motivo) e as contratações de "serviços terceirizados" .

De qualquer forma, o gestor público deverá observar se existe alguma norma que exija o estudo técnico para a contratação que realizará. Caso afirmativo, deverá respeitar o procedimento exigido, sendo útil a lição de JOEL DE MENEZES NIEBUHR:

> ***"(...) pode-se dizer que o estudo técnico preliminar é antecedente ao termo de referência e deve externar a avaliação da própria demanda por parte da Administração Pública, a pesquisa sobre as soluções de mercado para atender a demanda e a definição da solução eleita por ela, com as respectivas justificativas. Ou seja, tecnicamente, a Administração define o que quer e por quais razões." (Pregão Presencial e Eletrônico, 8ª ed., Forum, 2020, p. 131).***

O controle de tal planejamento, entretanto, é de índole mais técnica do que jurídica, tendo como sede privilegiada de revisão as unidades de controle interno dos órgãos da Administração, salvo dúvida jurídica específica, devendo no próximo procedimento ser exigido tais estudos.

TERMO DE REFERÊNCIA

O Termo de Referência deve ser elaborado com vistas à clara e precisa definição do objeto a ser contratado, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição, a teor do art. 3º, III, da Lei nº 10.520/2002.

Assim, o Termo de Referência deve apresentar o seguinte conteúdo (art. 3º, XI, do Decreto nº 10.024/2019):

> **a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:**

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;
2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e

3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;

b) o critério de aceitação do objeto;

c) os deveres do contratado e do contratante;
d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico financeira, se necessária;
e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;
f) o prazo para execução do contrato; e
g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.

O Termo de Referência deve ser elaborado pelo setor requisitante da demanda e aprovado pela autoridade competente, conforme exigência do art. 14, inciso II, do Decreto nº 10.024/2019.

DEFINIÇAO DO OBEJETO

No tocante à definição do objeto, deve-se evitar descrições muito genéricas que implicariam no risco de contratar algo não desejado, como também, descrições muito específicas que podem ensejar o direcionamento da licitação ou a restrição indevida da competitividade.

Além disso, urge asseverar que, o art. 15, §7º, da Lei 8.666/93, veda a indicação de marcas específicas, salvo se houver justificativa técnica plausível, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU:

A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público. (Acórdão 113/2016 Plenário, rel. Min. Bruno Dantas, 27/01/2016).

A restrição quanto à participação de determinadas marcas em licitação deve ser formal e tecnicamente justificada nos autos do procedimento licitatório. (Acórdão 4476/2016 – 2ª Câmara, rel. Min. Ana Arraes, 12/04/2016).

Logo, a previsão de exigências na especificação do objeto que possam restringir a competitividade, deve ser devidamente justificada nos autos, de modo a comprovar a

sua efetiva necessidade para a consecução dos objetivos almejados pela Administração.

Impende salientar também a previsão constante no art. 23, §1º da Lei 8.666/93, que trata do parcelamento do objeto. ***In verbis:***

> ***§ 1° 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.***

Com o fito de ampliar a competitividade do certame e possibilitar um melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, a Administração deve buscar o parcelamento do objeto, quando for divisível, e não houver prejuízo para a totalidade da licitação. Senão vejamos:

> ***O art. 23, §1º, da Lei nº 8666/93, impõe o parcelamento como obrigatório, respeitando-se, sempre, a integralidade qualitativa do objeto a ser executado. Porém, se a adoção dessa solução importa na criação de ônus mais elevados pela quebra da economia de escala, na adoção de modalidade menos rigorosa de licitação ou, ainda, no enquadramento do objeto nos limites ou permitam a dispensa de licitação, não se admitirá o parcelamento (Acordão 98/2013, Plenário, rel. Min Benjamin Zymler).***

Nesse sentido, observa-se que o fracionamento é recomendável quando for técnica e economicamente viável e sobre esse particular traz-se à baila os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. ed. 18ª. pag 447):

> ***Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável nem, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integralidade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas o que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. Se a Administração necessitar adquirir um veiculo, não teria sentido licitar a compra por partes. Mas seria possível realizar a compra fracionada de uma pluralidade de veículos. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento.***
>
> ***Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento, a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos.***

E ao final, conclui:

A possibilidade de participação de maior número de interessados não é o objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas. Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação dos custos

através do argumento de benefício a um número maior de participantes.

Sendo assim, apesar de a regra ser o fracionamento do objeto, essa medida somente se justifica e encontra amparo legal, quando for comprovada a viabilidade técnica e a vantagem econômica para a Administração. Logo, caberá à Administração, em cada caso, justificar o fracionamento ou não do objeto, amparando a decisão em razões de ordem técnica e econômica.

VALOR ESTIMADO DEMONSTRADO EM PLANILHA

Outro elemento do Termo de Referência que merece destaque é o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado.

Deve ser elaborado, previamente ao certame, orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços pretendidos, exigindo-se das licitantes as referidas composições em suas propostas.

A pesquisa de preço possibilita que a Administração apure a existência de recursos orçamentários para assunção das despesas e permite aferir a exequibilidade das ofertas apresentadas. Assim, a definição do valor de referência servirá como parâmetro objeto para julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes.

Nesse passo, a Administração Pública deve assegurar que o valor estimado reflita de modo fidedigno a realidade do mercado, a fim de se evitar, principalmente, o sobre preço no valor do contrato.

Desse modo, deve-se realizar ampla pesquisa de preços no mercado, objetivando estimar o custo de cada item a ser adquirido.

SIGILO DO VALOR ESTIMADO

Importante registrar que o novo decreto do Pregão Eletrônico possibilitou o sigiloso inicial do valor estimado da licitação em determinadas situações. Vejamos:

> ***Art. 15. O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.***
>
> ***§ 1º O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.***
>
> ***§ 2º Para fins do disposto no caput, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à***

elaboração das propostas.

Ao revés, nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto deverá constar obrigatoriamente do instrumento convocatório (art. 15, §3º).

Desta feita, conforme precedentes do Tribunal de Contas da União que embasaram a orientação outrora apresentada por esta assessoria juridica, caberá ao gestor motivar a escolha pelo sigilo do orçamento-base, considerando as circunstâncias e características do objeto de cada uma das licitações que utilizar o presente parecer.

DO CRITÉRIO DE ACEITAÇÃO DAS PROPOSTAS:

O Decreto 10.024/2019 determina que a aceitabilidade das propostas poderá ser avaliada pelos seguintes critérios: menor preço ou maior desconto. Vejamos:

Art. 7º Os critérios de julgamento empregados na seleção da proposta mais vantajosa para a administração serão os de menor preço ou maior desconto, conforme dispuser o edital.

Parágrafo único. Serão fixados critérios objetivos para definição do melhor preço, considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade, as diretrizes do plano de gestão de logística sustentável e as demais condições estabelecidas no edital.

Em momento anterior do opinativo já citamos a lição de **JOEL DE MENEZES NIEBUHR** sobre o tema, sedo didática, porém, a repetição:

"6.4. A incompatibilidade do pregão com licitações julgadas por critérios que envolvam fator técnico

De acordo com os incisos do §1º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, as licitações públicas podem ser julgadas por estes critérios: (a) do menor preço, (b) da melhor técnica, (c) da técnica e preço e (d) do maior lance e oferta. Os critérios do menor preço e do maior lance e oferta são os mais objetivos, porquanto neles apenas se apura o autor do menor ou do maior preço, sem que caiba, no momento do julgamento, comparar a qualidade dos bens ou serviços oferecidos. Os critérios da melhor técnica e o da técnica e preço, conquanto devam obediência ao princípio do julgamento objetivo, admitem, por sua própria natureza, certa subjetividade na escolha dos elementos que serão tomados em conta pela Administração para comparar os bens e serviços. Por isso, preferencialmente, deve-se adotar os critérios de julgamento do menor preço ou, se for o caso, do maior lance ou oferta.

O ponto é que o inciso X do artigo 4º da Lei nº 10.520/02 prescreve que, "para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital".

A propósito, o inciso V do artigo 8º do Decreto Federal nº 3.555/00 estabelece que, para o julgamento do pregão, deve ser adotado o critério do menor preço. O artigo 7º do Decreto Federal nº 10.024/19 determina que para o pregão eletrônico os critérios de julgamento admissíveis são o de menor preço ou de maior desconto — este uma variação em relação à apuração do menor preço, que permanece sendo o determinante. **Portanto, a pretensão de adoção de critérios de julgamento técnicos repele a aplicação da modalidade pregão, em qualquer de suas formas, presencial ou eletrônica."** (Pregão Presencial e Eletrônico, 8ª ed., Forum, 2020, p. 81).

Também **SIDNEY BITTENCOURT** traz valiosa lição:

"No regime do decreto anterior, o único critério de julgamento das propostas a ser utilizado no pregão era o do 'menor preço'. Agora, o novo regulamento do pregão eletrônico inova com a possibilidade de adoção do critério do 'maior desconto'.

Esse tipo de avaliação, na verdade, não é inédito no ordenamento jurídico nacional, pois já consta na lei que instituiu o chamado Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei nº 12.462/2011), aplicável às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e da Copa do Mundo FIFA 2014, entre outros.

Como já anotado, sendo chamado por alguns de "pregão negativo", o critério do "maior desconto" tem como característica a inversão da lógica tradicional da modalidade.

A questão a se enfrentar é se tal critério encontra amparo na legislação em vigor, a ponto de ser inserido em uma ferramenta regulamentar.

Inicialmente, os critérios legais, chamados de 'tipos licitatórios', estão previstos na Lei Geral de Licitações, em rol exaustivo:

Art. 45. (...)

§ 1o Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

No que se refere ao pregão, a Lei nº 10.520/2002 preceitua como único critério o tipo 'menor preço', conforme indicado no inc. X do art. 4º:

'Art. 4º. (...) X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;'

Assim, a princípio, em uma leitura apressada, a avaliação com base nas regras legais denotaria que o uso de novo critério configuraria ilegalidade.

Ocorre, todavia, como já dispusemos em outros trabalhos, que o critério do 'maior desconto' esculpe julgamento decorrente de licitação do tipo 'menor preço', com apuração sendo realizada em função do desconto oferecido pelos licitantes sobre o parâmetro de preço definido pela Administração no instrumento convocatório.

Logo, não há ilegalidade na regulamentação.

Nesse sentido, Ronny Charles, trazendo à baila as observações de Dawison Barcelos, observa que a metodologia nada mais é que a adequada aplicação da regra da Lei do Pregão a alguns casos concretos, ajustando-se à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem finalidades primeiras de todo procedimento licitatório.

Nesse contexto, como prevê o artigo em análise, a proposta mais vantajosa para a Administração no pregão eletrônico poderá ser selecionada por intermédio da forma tradicional de avaliação, o 'menor preço', ou pelo critério que deriva dessa forma, adaptado às características peculiares do objeto perseguido, o 'maior desconto', logicamente, com definição prévia no edital licitatório.

Destarte, nesse tipo, a Administração estipula um preço-base para o bem ou para o serviço comum a ser contratado, sagrando-se vencedor o licitante que oferecer o maior desconto sobre ele" (Novo Pregão Eletrônico, JHMIZUNO EDITORA, 2020, pp. 92-93).

Dessa forma, o gestor público deverá aquilatar se o tipo de julgamento será pelo **menor preço "clássico" ou pelo seu derivativo, o "maior desconto".**

O CRITÉRIO DE JULGAMENTO:

No Instrumento convocatório o critério de julgamento utilizado é o de menor preço por LOTE. A escolha atende ao que determina o inciso X, do art. 4° da Lei n° 10.520/2000 e o inciso V do Artigo 8° do Decreto no 3.555/2000 com redação semelhante,vejamos:

> ***para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;***

Esse requisito encontra-se apontado no preâmbulo do edital, bem como em item do edital, conforme determina o art. 40, inc. VII da Lei no 8.666/93.

A licitação por itens, é a qual o objeto tem sua divisão em partes especificas e cada um representando um bem. Já a licitação por lotes é o agrupamento de diversos itens que formarão o lote. **O julgamento por lote deve levar em consideração o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, de forma que possibilite manter a competitividade necessária à disputa**.

Esse é o entendimento do TCU em Acórdão 383/2010 Segunda Câmara (Relação):

> "Divida o objeto da licitação em lotes, licitando tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se dessa forma Tribunal de Contas da União com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala, nos termos do art. 23 da Lei no 8666/1993."

Ademais, em entendimento do TCU Acórdão 2864/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator) deve-se levar em consideração a integridade qualitativa do objeto que será executado:

> "No Voto que fundamentou o Acordão no 1946/2006 Plenário, o Relator Marcos Bemquerer Costa ja trazia comentário de Marçal Justen Filho (in Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 209), afirmando que "**O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória**."

No presente processo a justificativa apresentada traz como fundamentação o principio da economicidade e tem os objetos separados em 23 lotes de acordo com a sua natureza, indica também que devido o município por possuir uma ampla frota de maquinários esta ganha em capacidade de gestão contratual.

Acerca da alegada possibilidade de fragmentação do objeto, vale notar que nos termos do art. 23, § 1o, da Lei n. 8.666/1993, exige-se o parcelamento do objeto licitado sempre que isso se mostre técnica e economicamente viável:

> Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

> (...)
>
> § 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (grifo nosso)

A respeito da matéria a Corte de Contas TCU já emitiu a seguinte súmula 247/2004:

> SÚMULA Nº 247 É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, **desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala,** tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (grifo nosso)[1]

Portanto, apesar da obrigatoriedade de adjudicação por item, a divisão do objeto por lote poderá ser implementada sempre que houver viabilidade técnica e econômica para a sua adoção.

CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO:

No tocante aos critérios de adjudicação, o Tribunal de Contas da União (TCU), por meio da Súmula 247, orienta da seguinte forma:

> ***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.***

Ainda nesse sentido, vale atentar para a recomendação do Tribunal de Contas

[1] Brasil, Súmulas Nº 001 a 289 , Disponivel em : https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1

da União, emanada no Acórdão 2037/2019-Plenário, nos seguintes termos:

> ***9.6. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo desta Corte que, em reforço ao constante do item 9.3 do Acórdão 757/2015-Plenário, oriente suas unidades sobre a necessidade de sempre avaliar os seguintes aspectos em processos envolvendo pregões para registro de preços: [...] 9.6.3. obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, sendo a adjudicação por preço global medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de incompatível com a aquisição futura por itens - arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, e Acórdãos 529, 1.592, 1.913, 2.695 e 2.796/2013, todos do Plenário.***

Ademais, caso seja mantida a opção "*menor preço por lote*", é crucial registrar as recomendações de cautela feitas no Parecer nº 711/2019-PGCONS/PGDF sobre tema:

> ***No caso presente, como vimos, a Consulente apresenta justificativas para que a adjudicação e a aquisição dos produtos se dêem de forma integral, por lote, ou seja mostrar-se-ia adequado não parcelar o objeto. Em situações como estas, os Tribunais recomendam que sejam tomadas cautelas.***
>
> **O TCU determina que não se permita a aquisição, isolada, de itens para os quais a respectiva licitante vencedora não tenha apresentado o menor preço, vedando, ainda, as adesões à ata.**
>
> ***Nos Acórdãos 757/2015-P, 1.680/2015-P e 5.134/2014- 2ª Câmara, o Tribunal determinou a órgãos públicos que se abstivessem de autorizar adesões à ata de registro de preços para os itens que não obtiveram a melhor proposta, a menos que o aderente manifeste-se no sentido de contratar a totalidade do lote.***
>
> ***Também no Acórdão nº 343/2014-P o TCU fez a mesma recomendação, verbis: "verifica-se a possibilidade de prejuízo ao erário caso os itens em que a vencedora não apresentou o menor preço sejam adquiridos individualmente, seja pelo órgão ou por terceiros. 29. Em virtude desta constatação, propomos que o órgão se abstenha de adquirir, individualmente, os produtos em que a empresa (...) não apresentou os menores preços (...) permitindo que sejam adquiridos apenas para a composição dos kits escolares, o que evitaria eventual prejuízo ao erário".***
>
> ***Tenho que as essas recomendações devem ser replicadas no caso presente, fazendo-se os correspondentes ajustes no Edital.***
>
> ***- Um outro ponto que deve ser aqui levantado, relacionado ao ponto acima, diz***

respeito à possibilidade de adesões à Ata de Registro de Preços.

Como se sabe, a adesão, quando permitida, deve restar expressamente prevista no Edital e na Ata de Registro de Preços (Art. 9º, III, do Decreto n. 39.103/2018). No caso, o Edital permite adesões (Item 2.5., 17.9.1., 2.1.1.7. e Item 10.1.1. da Minuta de Ata).

Na linha do entendimento firmado anteriormente, relativo à aquisição por lote, recomendamos que seja vedada a possibilidade de adesões por itens, de forma isolada. (grifo nosso).

Dessa forma, considerando que as decisões acima apontam para a obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, a adjudicação por preço global, por ser medida excepcional, deve ser devidamente justificada pelo gestor.

No presente processo foi apresentado a devida justificativa para que o pregão seja realizado por lote.

DA RELAÇÃO DOS DOCUMENTOS ESSENCIAIS À VERIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E ECONÔMICA-FINANCEIRA, SE NECESSÁRIA;

Quanto aos critérios habilitação do licitante, será verificada quanto ao aspecto jurídico, técnico, econômico-financeiro fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

E no que concerne às exigências de atestado ou declaração de capacidade técnica, impende registrar que: i) não pode ser desarrazoada a ponto de comprometer a competitividade da licitação; ii) deve constituir tão-somente garantia mínima suficiente que demonstre capacidade de cumprir as obrigações a serem assumidas; iii) deve ser ficada como resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-cientificas; iv) deve ser pertinente e compatível com objeto licitado; e v) deve ser limitada às parcelasde maior relevância e valor significativo do objeto.

Insta salientar, ainda, que a qualificação técnica é gênero de que são espécies a capacidade técnico-profissional e a capacidade técnico-operacional. Nesses termos, colaciona-se esclarecedores apontamentos ofertadas pelo Tribunal de Contas da União no Manual de Pregão Eletrônico:

A capacidade técnico-profissional se refere à comprovação de que a empresa possui, em seu quadro de pessoal, profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica que demonstre a execução de parcelas de maior relevância e valor significativo de obra ou serviços similares ao objeto licitado, vedadas a fixação de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Já a capacidade técnico-operacional se refere à comprovação de que o licitante tem condições técnicas e operacionais de executar, de modo satisfatório, o objeto licitado, mediante:

a) Apresentação de atestado de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação;

b) Indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação;

c) Qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

A capacidade técnico-operacional deve também se ater à comprovação de parcelas de maior relevância do objeto licitado, mas não necessariamente às de valor significativo, sendo permitida a fixação de quantitativos mínimos e prazos máximos, desde que razoáveis em relação ao pretendido.

Nesse sentido, a Lei 8886/93, no art. 30, estabelece que 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 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.

§ 1° 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: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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;

(Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2° As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3° 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.

§ 4° 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.

§ 5° 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.

§ 6° 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.

§ 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 8° 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.

§ 9° 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-operacional 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.

Já a qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômicos-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação e, nos termos do art. 31 da Lei 8666/93, a documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1o do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1° A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2° A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1o do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3° O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4° Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.
§ 5° A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não

usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

CRONOGRAMA FÍSIO-FINANCEIRO:

Por derradeiro, no que se refere ao cronograma físico-financeiro, o Decreto nº 10.024/2019 não determina sua obrigatoriedade, sendo exigido apenas **"se necessário".**

Dessa forma, caberá à Administração no caso concreto avaliar sua imprescindibilidade e apresentar as razões de índole técnica para a não apresentação.

Realizadas as considerações pertinentes aos principais elementos do Termo de Referência, serão apresentados outros pontos que, a depender do caso, deverão ser igualmente observados pelo gestor na elaboração do Termo de Referência.

DA MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE E MICROEMPRENDENDOR INDIVIDIAL:

É sabido que a aplicação dos benefícios previstos na legislação à Microempresa, à Empresa de Pequeno Porte e ao Microempreendedor Individual é de observância obrigatória.

Sendo assim, caso o objeto a ser licitado tenha o valor estimado de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), deverá ser garantida a participação exclusiva das Microempresa, a Empresa de Pequeno Porte e o Microempreendedor Individual, conforme dicção do 7º do Decreto Distrital nº 35.592/2014, do art. 25 da 4611/2011 e do art. 48 da LC 123/2006.

Noutro giro, em certames para aquisição de bens e obras de natureza divisível, a Administração Pública poderá estabelecer cota de até 25% do objeto licitado para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Sobre o tema, colacionam-se as normas regentes:

LC 123/2006

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)

(...)

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)

Ainda sobre a cota reservada, impede destacar o entendimento que ora se colaciona:

> ***No caso da cota reservada, que se aplica nas licitações para aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, não se exigindo qualquer teto de valor, mas sim uma faixa de até 25% do valor do item ou objeto a ser licitado em favor das entidades preferenciais. Aqui, portanto, são duas licitações em uma, ou seja, uma licitação, de até 25% do valor do item ou objeto a ser licitado, entre as pequeno e micro empresas (entidades preferenciais). E a outra, de no mínimo de 75%, voltada para as demais empresas que não se enquadram como micro e pequenas.***
>
> ***(...)***
>
> ***No acórdão 1819/018 – Plenário, o Tribunal de Contas da União entendeu em sentido oposto à tese adotada pelo Parecer nº 204/2020 da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, fixando o entendimento de que a aplicação da cota de até 25% destinada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível, de que trata Lei Complementar 123/2006, não está limitada à importância de R$ 80.000,00.***
>
> ***(...)***
>
> ***Ou seja, de acordo com o TCU e o TCDF, quando o valor do item ou objeto da licitação for superior a R$ 80.000,00 deve-se adotar o sistema de cota reservada, não se aplicando a limitação contida no inciso I do art. 26 da Lei Distrital nº 4.611/2011.***
>
> ***A preocupação central trazida pela tese do Parecer nº 204/2020 é que numa licitação de valor alto, não haveria um limite objetivo na adoção da cota reservada, razão pela qual deveria aplicar o valor de R$ 80.000,00 previsto no inciso I do art. 8 da Lei Complementar nª 123/2006.***
>
> ***No entanto, com a devida vênia, a lei resolve esse problema permitindo-se que se fixe um percentual de até 25%, cabendo ao administrador verificar, no caso concreto, o percentual a ser definido no edital e no termo de referência. Por exemplo, numa licitação para compra de 100 itens, no valor total de R$ 5.000.000,00, é possível que o edital/termo de referência prevejam que 5 itens, ou seja, de 5% será adquirido por meio da cota reservada, o que ensejaria a compra de R$ 250.000,00 de uma micro empresas ou empresas de pequeno porte. Assim, haveria uma licitação A entre as entidades preferencial, de 5 itens (5%) no valor de R$ 250.000,00; e outra, licitação B, de 95% destinada ao mercado em geral, no valor de R$ 4.750.000,00.***
>
> ***Veja-se, que, para a administração pública, tanto faz adquirir esse produto de uma micro empresa ou de empresa e grande porte, pois o valor do item/objeto a ser adquirido será o mesmo, já que o § 3º do art. 26 da Lei 4.611/2011 estabelece que a compra na licitação A não poderá ser feita em valores maiores que os ofertados na licitação B.***

A lógica do sistema é no sentido de que nas licitações de até R$ 80.000,00 será obrigatório o uso da licitação exclusiva entre as micro e pequenas empresas. Quando o valor for superior a R$ 80.000,00, e sendo o item ou objeto divisíveis, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, será aplicada a cota reservada de até 25% em favor das entidades preferenciais, cabendo ao edital/termo de referência fixar o percentual que possa efetivamente cumprir o objetivo da norma que é a valorização e o incentivo das micro e pequenas empresas e o desenvolvimento local ou regional.

A limitação de R$ 80.000,00, além de não ser prevista expressamente, acaba prejudicando a finalidade da norma, que é a de incentivar a participação das micro e pequenas empresas nas compras públicas.

Isso não significa que inexista um limite, já que a própria Lei 4.611/2011 prevê no seu artigo 24 que o tratamento favorecido e diferenciado não será concedido quando o valor a ser recebido pela micro e pequena empresa acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa:

Art. 24. O tratamento favorecido e diferenciado de que trata a presente Lei não poderá ser aplicado em favor de entidade que, em decorrência do valor da licitação a que es/ver concorrendo, venha a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa.

Ao final do Parecer, concluimos pela revisão das teses exaradas, tendo em vista que o limite de R$ 80.000,00, previsto no inciso I do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, não se aplica na aquisição por meio de cota reservada.

Finalmente, ante a obrigatoriedade na aplicação do benefícios previstos na legislação à Microempresa, à Empresa de Pequeno Porte e ao Microempreendedor Individual, conforme acima exposto, caso o Gestor opte pela não aplicação das benesses, deverá apresentar justificativa de acordo com as hipóteses de exclusão previstas na legislação .

DO CONSÓRCIO:

A Lei nº 8.666 estabelece a faculdade de a Administração prever nos editais de licitação a admissibilidade de participação de empresas consorciadas como forma de suprir as exigências de habilitação técnica e econômico-financeira.

Nessa esteira, colaciona-se a regra disposta no art. 33 da Lei de Licitações, *in verbis:*

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1° No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2° O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Ainda, dada a especialidade da modalidade licitatória, as regras a serem adotadas no caso são aquelas definidas pela Lei 10520/2002 e pelo Decreto 10.024/2019 e, sobre a temática em foco, o art. 42 do decreto regulamentador assim dispõe:

Art. 42. Quando permitida a participação de consórcio de empresas, serão exigidas:

I - a comprovação da existência de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, com indicação da empresa líder, que atenderá às condições de liderança estabelecidas no edital e representará as consorciadas perante a União;

II - a apresentação da documentação de habilitação especificada no edital por

empresa consorciada;

III - a comprovação da capacidade técnica do consórcio pelo somatório dos quantitativos de cada empresa consorciada, na forma estabelecida no edital;

IV - a demonstração, por cada empresa consorciada, do atendimento aos índices contábeis definidos no edital, para fins de qualificação econômico-financeira;

V - a responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações do consórcio, nas etapas da licitação e durante a vigência do contrato;

VI - a obrigatoriedade de liderança por empresa brasileira no consórcio formado por empresas brasileiras e estrangeiras, observado o disposto no inciso I; e

VII - a constituição e o registro do consórcio antes da celebração do contrato.

Parágrafo único. Fica vedada a participação de empresa consorciada, na mesma licitação, por meio de mais de um consórcio ou isoladamente.

Com efeito, denota-se que tanto a Lei 8666/93 quanto o Decreto 10.024/2019 deixam à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio.

Entretanto, apesar de ser uma escolha discricionária, em todo caso, deve-se apresentar as devidas justificativas para a opção pela admissibilidade ou não da participação de consórcios.

Vale nota, ainda, entendimento exarado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, processo 13.909/2019-TCDF, ao tratar sobre a viabilidade de limitação do número de consorciados:

> ***A Lei de Licitações, ao facultar ao administrador admitir no edital propostas de empresas reunidas em consórcio, evidentemente permite a vedação editalícia ao consórcio, bastando que o edital seja silente neste aspecto. Se o Estatuto Licitatório autoriza o administrador a não admitir o consórcio, razoável que se admita a limitação do número de consorciados, porém desde que existam razões para isso. As justificativas se devem ao fato de que tal limitação tende a restringir o caráter competitivo do certame na medida em que potenciais interessados não terão condições de participar a menos que se associem a quantidade maior de empresas.***
>
> ***(...)***
>
> ***Portanto, importante que se esclareça, como regra geral, por ausência de previsão legal, é irregular a condição que estabeleça número mínimo ou máximo de empresas participantes no consórcio. Todavia, em casos excepcionais, poderá o administrador limitar o número de empresas consorciadas mediante a devida justificativa. (grifamos)***

Deste modo, em que pese a admissão do consórcio se encontrar no âmbito da discricionariedade do Gestor Público, é imprescindível a apresentação de uma justificativa devidamente fundamentada que ampare (1) tanto a decisão de adoção do consórcio; (2) quanto o critério para definição do limite de empresas consorciadas ou mesmo a exclusão da limitação.

DA DISPONIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA:

Há não apresentação de disponibilidade orçamentária possibilidade amplia a incerteza dos potenciais fornecedores quanto à real efetivação das possíveis contratações, já que não se terá conhecimento prévio da existência ou não, futuramente, de disponibilidade orçamentária quando sobrevier a necessidade de fornecimento para a administração. Com isso, pode-se acabar acarretando o desestímulo à ampla participação e, assim, a diminuição da desejável concorrência.

Por essa razão, entende-se recomendável, sempre que possível, que o gestor público preveja antecipadamente a dotação orçamentária que arcará com as despesas de eventuais contratações, não obstante a faculdade conferida pela nova norma.

Recomenda-se que a aquisição seja realizada pelo menor preço por item, conforme dispõe os Art.15, inciso IV, Art. 23, paragrafo 1º da Lei 8666/93 e Sumula do 247 do TCU. Contudo quando a aquisição for mais técnica e economicamente viáveis ser realizada por Lote está poderá ser feita a critério e justificativa da administração.

A justificativa de celeridade do procedimento não se sobrepõe ao princípio da economicidade, isonomia e interesse público, portanto, não pode ser admitida uma pretensa justificativa de rapidez do processo, como desculpa para reunir em um único lote vários objetos distintos que, se licitados isoladamente (por item), propiciariam maior competitividade e, conseqüentemente, vantajosidade à Administração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O órgão responsável pela licitação deverá se atentar para o prazo mínimo de 8 dias úteis, contado a partir da publicação de aviso para a convocação dos interessados na licitação, para a apresentação das propostas, nos termos art. 25, do Decreto Federal nº 10.024/2019

Recomenda-se que, antes de cada pagamento, deverá ser exigida da contratada a prova **de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho (certidão negativa)**, nos termos da alteração ocorrida no artigo 27 da Lei nº 8.666/93, em decorrência da Lei nº 12.440/2011.

Sobre a designação do pregoeiro e da equipe de apoio, observa-se que o art. 8º, incisos VI do Decreto nº 10.024/2019, exige a **comprovação de sua legitimidade, bem como dos demais agentes que atuam no feito, devendo ser observadas as condições previstas na lei.**

Recomenda-se incluir menção à incidência da Lei de Transparência, que dispõe sobre a publicação, no Portal da Transparência, da súmula dos contratos e aditivos celebrados pelo Município.

Assevera a lei que os órgãos ou entidades responsáveis, em cada esfera de poder, deverão fazer constar dos editais de licitação e dos instrumentos contratuais as cláusulas necessárias à aplicabilidade e cumprimento da Lei.

V. CONCLUSÃO:

Ante o exposto, as aquisições de bens comuns mediante pregão eletrônico, sob sistema de registro de preço, deverão se amparar nas recomendações ofertadas no bojo deste Parecer e sendo atendido todas as recomendações, então **OPINA pelo procedimento do processo licitatório na modalidade pregão, forma eletrônica, para registro de preços sendo** que após a adjudicação, então deverá retornar os autos para este jurídico analisar alegalidade da fase externa do processo.

É o parecer, *sub censura.*

Rurópolis/PA., 25 de agosto de 2022.

MARCIO JOSE GOMES DE SOUSA SOCIEDADE INDIVIDUAL D:33583450000103
Assinado de forma digital por MARCIO JOSE GOMES DE SOUSA SOCIEDADE INDIVIDUAL D:33583450000103
Dados: 2022.08.25 12:39:35 -03'00'

MARCIO JOSE GOMES DE SOUSA SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA
CNPJ: 33.583.450/0001-03
OAB/PA 10516

ADREAN HENRIQUE CASTRO DE ALMEIDA:76283089291
Assinado de forma digital por ADREAN HENRIQUE CASTRO DE ALMEIDA:76283089291
Dados: 2022.08.25 12:39:56 -03'00'

ADREAN HENRIQUE CASTRO DE ALMEIDA
OAB/PA 29.455
Assessor Jurídico da CPL