

PARECER PROJU/FETEC

PROCESSO N. 062/2023 - SUPEC

INTERESSADA: COPEL

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE LOCAÇÃO DE TENDAS E CLIMATIZADORES, COM MONTAGEM E DESMONTAGEM, PARA ATENDER A FUNDAÇÃO DE EDUCAÇÃO, TURISMO, ESPORTE E CULTURA - FETEC.

DIREITO ADMINISTRATIVO. PREGÃO PRESENCIAL. LEI N.º 8.666/93. DECRETO N.º 10.520/02. DECRETO N.º 3.555/00. DECRETO N.º 7.892/13. DECRETO N.º 113-E/14. LEI COMPLEMENTAR N.º 123/06 E N.º 147/14. JURISPRUDÊNCIA. PARECER COM RECOMENDAÇÕES E RESSALVAS.

I. RELATÓRIO

A Comissão Permanente de Licitações desta Fundação, encaminhou-nos o presente processo administrativo (fl.103), para análise e manifestação jurídica acerca da legalidade dos textos das minutas do **EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL SOB SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS, TIPO MENOR PREÇO POR ITEM e, DA MINUTA DO CONTRATO.**

Constam nos autos a solicitação de abertura do processo (fls.02/03), Termo de Referência (fls.04/033) com anexo I – descrição do material (fls.28/29), anexo II - calendário de eventos da FETEC (fl.30), anexo III - mapa comparativo de preços do objeto (fls.31/33). Em seguida, há cotações com valores dos itens que compõem o objeto, por meio de pesquisa presencial com valores de diferentes empresas: **DW COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, ECOART SOLUÇÕES LTDA, PPRIME COMÉRCIO E SERVIÇOS - EIRELI (fls.035/042).**

Enquanto à fl.45, há cópia do diário n. 5719, onde fora publicada a designação e composição da comissão permanente de licitação desta Fundação, sem seguida à fl.46, há Portaria/Presi n. 0033/2022, designando o pregoeiro. À fl.47, há despacho da CPL, para apreciação e aprovação da justificativa, e em seguida há justificativa de pregão presencial (fls.048/049).

Às fls. 051/102, há minuta de edital e anexos, sendo: anexo I - modelo de termo de credenciamento (fl.066), anexo II - modelo de declaração de enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte (fl.067), anexo III - modelo de declaração de cumprimento dos requisitos de habilitação (fl.068, anexo IV - modelo de declaração de elaboração independente de proposta (fl. 069), anexo V - declaração (fl. 070), anexo VI - declaração (fl.071), anexo VII - declaração (fl. 072), anexo VIII - modelo de proposta de preços (fls.073/074), anexo IX - termo de referência e seus anexos (fls.075/089), anexo I do termo de referência – descrição do material (fl.088), anexo II – do termo de referência (fl.089), anexo - X minuta da ata de registro de preços (fls.090/094), anexo XI - minuta do contrato (fls.095/101) e anexo XII - informações para formalização do contrato (fl.102).

É o relatório.

FUNDAÇÃO DE EDUCAÇÃO, TURISMO, ESPORTE E CULTURA DE BOA VISTA
PROCURADORIA JURÍDICA

Em atendimento ao disposto no artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.666/93, vieram os autos para manifestação por esta Procuradoria. Passamos a opinar.

II. ANÁLISE JURÍDICA

Inicialmente, cumpre salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte à luz do artigo 38, parágrafo único da Lei n.º 8.666/93, incumbe a esta Procuradoria deter análise sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar, nem analisar, aspectos de natureza eminentemente técnica, estabelecidos por esta Administração.

Do Termo de Referência:

Em relação às especificações do objeto, ressalva-se que por se tratar de especificações técnicas, não cabe a esta procuradoria manifestar-se acerca das definições apresentadas, sendo, portanto, de responsabilidade da origem, indicar o objeto de forma clara e objetiva, sem indicações de marcas, modelo e/ou características exclusivas, salvo no caso de que se comporte justificativa técnica nos parâmetros dos art. 7º, § 5º da lei n.º 8.666/93 e/ou outro previsto em lei.

Sobre a metodologia de planejamento, (não obstante) postulamos que haja a indicação nos moldes do inciso II, parágrafo 2º do art. 7º da Lei n.º 8.666/93.

Sem maiores digressões, é possível dizer que o Termo de Referência atende as determinações do inciso II, Art. 8º do Decreto n.º 3.555/00 e inciso IX, Art. 6º da Lei n.º 8.666/93 (subsidiariamente), porém, recomendamos que o estabelecimento de prazos gerais, prazo de vigência, prazos de execução, prazo de substituição e outros específicos, condições, garantias, recebimento provisório e definitivo, obrigações, pagamento e penalidades, **sejam assentadas de maneira determinada, razoável e proporcional ao objeto, em estrito alinhamento à lei.**

Quanto as obrigações da contratada, ressalvamos o detalhamento de todas as obrigações acessórias, pois, trata-se de condição necessária a perfeita execução contratual, neste passo, deve constar no termo de referência, os parâmetros mínimos ao desempenho pretendido, certo de que, são partes imprescindíveis ao contrato e, devem ser tão bem delineadas, quanto o objeto principal.

Especificamente sobre as garantias, ressalvamos o estabelecimento de prazo razoável e proporcional, sempre considerando a natureza do objeto, observando a Lei n.º 8.666/93 para garantia técnica. Nesta senda, importante é dizer que as disposições do código de defesa do consumidor, não se afastam das regras contratuais pactuadas pela a administração pública, devendo ser consideradas a medida que cabíveis, inclusive sobre a temática de garantia.

Já quanto o prazo de vigência do contrato em relação a garantia técnica a ser estabelecida, adotamos o posicionamento recorrente do Tribunal de Contas da União, no sentido de que este prazo não se encontra adstrito à garantia, certo de que a vigência do instrumento contratual está voltada a execução e pagamento do

FUNDAÇÃO DE EDUCAÇÃO, TURISMO, ESPORTE E CULTURA DE BOA VISTA
PROCURADORIA JURÍDICA

objeto pretendido, perdurando a garantia ainda que o prazo esteja expirado, por se tratar de obrigação futura estabelecida e inexcusável de qualquer sorte neste aspecto, vejamos:

DECISÃO

(...)

8. Decisão: Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, e com fundamento no art. 48 c/c os arts. 32, parágrafo único, e 33 da Lei nº 8.443/92 e nos arts. 230 e 233 do Regimento Interno, decidem:

(...)

8.2. Dar à determinação constante do item II, do Ofício - 3a Secex 1.064/00, que comunicou ao IPQM a deliberação tomada por esta Primeira Câmara, em sessão de 06.06.00, contida na Relação 44/00, Ata 19/00, a seguinte redação:

II - Observe, nas contratações futuras, as disposições constantes da Lei n.º 8.666/93, art. 57, que dispõe sobre o prazo da duração dos contratos, sem incluir no período de vigência o prazo de garantia, uma vez que esse direito, de acordo com o que preceitua o art. 69, e o § 2º, do art. 73, todos da Lei nº 8.666/93, perdura após a execução do objeto do contrato.

8.3. Esclarecer ao IPQM que, nas hipóteses em que for aplicável a Lei nº 8.078/90, poderá exigir do contratado, termo de garantia em separado, segundo o disposto no art. 50 e parágrafo único, da mencionada lei; e (...). [1] (Destaquei.). (O prazo de garantia técnica integra o prazo de vigência do contrato? Contratos Administrativos, 01/02/2016, Por Cláudio J. Abreu Júnior)

A Orientação Normativa nº 51 da Advocacia-Geral da União também estabelece o seguinte: "A garantia legal ou contratual do objeto tem prazo de vigência próprio **e desvinculado daquele fixado no contrato**, permitindo eventual aplicação de penalidades em caso de descumprimento de alguma de suas condições, mesmo depois de expirada a vigência contratual." (Destaquei.). (O prazo de garantia técnica integra o prazo de vigência do contrato? Contratos Administrativos, 01/02/2016, Por Cláudio J. Abreu Júnior)

Ainda sobre o TR, ressaltamos o ajuste da fundamentação jurídica para que toda a legislação aplicável ao certame conste de seu corpo. Alhures, este certame deve se ater **em linhas gerais** às disposições da Lei n.º 10.520/02, Decreto n.º 3.555/00, Decreto n.º 7.892/13 e Lei n.º 8.666/93, bem como, a solicitação correta do inciso IV do Art. 27 - regularidade fiscal e trabalhista. Quanto à possibilidade de prorrogação, deve ser observado o inciso II do Art. 57 da lei 8.666/93.

No tocante à habilitação das licitantes, **ressaltamos** como condição de participação no certame, apenas a documentação trazida no rol do Art. 13 do Decreto 3.555/00 e/ou que legislação específica o exija (justificadamente, onde reforçamos o inciso IV, art. 30 da lei n.º 8.666/93, cujo possui aplicação subsidiária).

Data vênia, sobre a qualificação técnica, indicamos que a exigibilidade de documentos que não constituem obrigação legal, mas tão somente editalícia, não podem ser postos como condição de habilitação, nesta senda, caso necessários para fins de segurança jurídica contratual, sejam conduzidos por meio de justificativa técnica.

Especificamente sobre as cláusulas referente a capacidade técnica-operacional, adotamos e recomendamos o entendimento do Tribunal de Contas da União, exarado na Súmula n.º 263 e também no acórdão n.º 3.070/2013 - Plenário, respectivamente:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com

FUNDAÇÃO DE EDUCAÇÃO, TURISMO, ESPORTE E CULTURA DE BOA VISTA
PROCURADORIA JURÍDICA

características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Em futuras licitações, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inc. I, da Lei n.º 8.666/93), apresente a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame. (Grifamos.)

Ato contínuo, reforçamos a importância de tal atestado como resguardo à administração, acerca da capacidade do fornecedor de bem ou serviço executar de forma satisfatória o objeto do certame. Neste passo, abordemos ainda a capacidade técnico-profissional, que, também deve ser contemplada no sentido de respaldar a administração, todavia, recomendamos que o delineamento de ambas atenda principalmente os termos legais, vejamos:

As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências devem ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado. (TCU, Acórdão n.º 1.942/2009, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho). (Grifamos.)

Quanto a sanções administrativas, entendemos que há a necessidade de adaptação junto à disposição temática prevista na Lei n.º 10.520/2002, porém, sobre o assunto, adotamos o entendimento de aplicabilidade subsidiária da Lei n.º 8.666/93 (Art. 87 e incisos).

Especificamente acerca de multas, recomendamos que o faça de forma gradativa, conforme as condições e prazos estabelecidos, preservando a razoabilidade e proporcionalidade, de modo que não onere o contrato ou seja aplicada *bis in idem*.

Sobre a cotação em banco de dados (banco de preços), além de ser uma prática já aceitável pelo TCU, entendemos não ferir nenhum dispositivo legal ou princípio norteador do certame licitatório, porém, recomendamos a abstenção de utilização de objetos/itens de similaridade incompatível ou com especificações distintas, como base ao preço médio desta fase interna.

Ressalvamos que todas as revisões legais, modificações substanciais e formais realizadas ao TR, automaticamente devem culminar em revisão e modificação às minutas do Edital e anexos.

Da Modalidade e Tipo de Licitação:

No que se refere à modalidade de licitação escolhida - Pregão, podemos consentir com a sua aplicabilidade, pois, tendo como base a definição disposta no Art. 1º da Lei n.º 10.520/2002, a contratação pretendida encontra-se enquadrada no conceito de bens e serviços comuns, senão vejamos:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.



FUNDAÇÃO DE EDUCAÇÃO, TURISMO, ESPORTE E CULTURA DE BOA VISTA
PROCURADORIA JURÍDICA

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.

Neste contexto, ressaltamos que após a edição do Decreto n.º 10.024/2019, que regulamenta de forma especial, inclusive o parágrafo único do Art. 1º da Lei n.º 10.520/2002, a modalidade **pregão eletrônico** passou ser **obrigatória ao âmbito dos órgãos e entidades federais**, em se tratando de aquisição de bens e serviços comuns, tanto que o parágrafo § 1º do Art. 1º do aludido Decreto, traz a seguinte previsão:

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.

Porém, esta obrigatoriedade não se encontra posta ao âmbito deste Município, todavia, é perceptível que a intensão legislativa (de forma sistemática), impõe a realização do certame por meio eletrônico e, caso a realização deste necessite ocorrer presencialmente, a mesma terá que ser **devidamente justificada pela autoridade competente, como boa prática administrativa (recomendamos)**.

Vejamos o precedente do TCU n.º 010.656/2013-8:

Sumário: Representação. Pregão presencial n.º 11-srp-codevasf. Inexistência das irregularidades suscitadas pelo representante. **Ausência de justificativa para a realização do pregão na forma presencial.** Violação do disposto no art. 4º, § 1º, do decreto n.º 5.450/2005. **Aplicação do princípio pas de nullité sans grief. Nulidade parcial da licitação. Autorização para a continuidade do contrato em caráter excepcional por motivo de interesse público.**

No que se refere ao critério de julgamento, temos por certo a escolha do tipo **Menor Preço**, que encontra respaldo do artigo 8º, V do Decreto 3.555/00, *verbis* respectivamente:

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

(...)

V - Para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 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;

Ainda quanto ao critério de julgamento objetivo das propostas (no tocante ao Menor Preço por Item ou Menor Preço por Lote), larga tem sido a orientação da doutrina e jurisprudencial do TCU/TCE's, no sentido de que a execução mediante a escolha do **Menor Preço por Item** é a que se demonstra como mais eficiente, pois garante a proteção dos princípios da isonomia, competitividade e economicidade, bem como, atinge o desiderato da licitação, qual seja a obtenção da proposta mais vantajosa.

FUNDAÇÃO DE EDUCAÇÃO, TURISMO, ESPORTE E CULTURA DE BOA VISTA
PROCURADORIA JURÍDICA

Oportunamente, ressaltamos que sobre o tema acima explanado, o Tribunal de Contas da União editou a Sumula n.º 247, que traz a seguinte orientação:

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.

Neste caso, mais uma vez existe a orientação geral (escolha via Menor Preço por Item), mas abre-se a faculdade de escolha de outro critério (Menor Preço Global), **desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, ou perda de economia de escala e, que seja devidamente justificado.**

Sobre a **exclusividade atribuída a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**, entendemos e recomendamos que, deve ser observada a **alteração trazida pela Lei Complementar n.º 147 de 7 de agosto de 2014, à Lei Complementar n.º 123 de 14 dezembro de 2006.**

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
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 80.000,00 (oitenta mil reais); (Grifo Nosso)**

II - (...);

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. (Grifo Nosso)**

Do Sistema de Registro de Preços

Sobre o Sistema de Registro de Preços, não há entrave jurídico, uma vez que existe planejamento pela Administração para contratações nos moldes do art. 3º do Decreto n.º 7.892 de 23 de janeiro de 2013, in verbis:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - Quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - Quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - Quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - Quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Da Minuta do Edital e Minuta de Contrato

No que se refere à **MINUTA DO EDITAL**, observa-se nesta a presença das cláusulas obrigatórias previstas na **legislação vigente e aplicável ao certame em epígrafe**, deste modo, verifica-se que o instrumento convocatório foi redigido em consonância com os requisitos dispostos no Decreto n.º 10.520/02 e Decreto n.º 3.555/00 (linhas gerais). No mais, cabe dizer ainda que o objeto deve ser colocado uniformemente junto aos documentos que compõem o processo, bem como, as alterações (correções) materiais e formais ao

FUNDAÇÃO DE EDUCAÇÃO, TURISMO, ESPORTE E CULTURA DE BOA VISTA
PROCURADORIA JURÍDICA

TR, implicam em correção necessária ao Edital e anexos.

Já acerca da **MINUTA DO CONTRATO**, esta encontra-se dentro dos padrões legais, e atende as exigências do Art. 55 da Lei 8.666/93, quanto ao seu objeto e seus elementos característicos; o regime de execução; o preço e as condições de pagamento; prazos e entrega; o crédito pelo qual correrá a despesa; os direitos e as responsabilidades das partes; as penalidades cabíveis; o reconhecimento do licitante vencedor; a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor; a legislação aplicável à execução do contrato; a obrigação do contratante de manter-se durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas; todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no certame.

Todavia, recomendamos um melhor delineamento quanto as obrigações da contratada, especificamente no que diz respeito aos seus encargos (geral). Deve ser observada a necessidade de previsão expressa sobre acréscimos, supressões, reajuste, reequilíbrio e repactuação, nos termos da Legislação aplicável.

Quanto à possibilidade de prorrogação contratual, deve ser observado o inciso II do Art. 57, no que diz respeito a natureza da despesa, já acerca dos casos de rescisão e do reconhecimento dos direitos da Administração em caso de rescisão, sugerimos maior clareza e melhor delineamento.

III. CONCLUSÃO

Recomendamos que seja juntada aos autos portaria de designação do fiscal e sua publicação da no Diário Oficial do Município de Boa Vista.

No mais, **após sejam atendidas todas as exigências legais, recomendações e ressalvas**, somos pelo prosseguimento, sem a necessidade de retorno dos autos a esta Procuradoria, para que possa atingir aos fins a que se destina.

Restituímos os autos à COPEL para providências.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Boa Vista/RR, 21 de março de 2023.


JOSEFA FLORENCIO DA FONSECA
Procuradora Chefe/FETEC
OAB/RR 1627