

PROCURADORIA-GERAL
PARECER Nº 215/2024

EMENTA: . LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONCORRÊNCIA. SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: LEI Nº 12.232/2010 E LEI Nº 14.133/2021. ANÁLISE JURÍDICA DO PROCEDIMENTO E DAS MINUTAS. RESSALVAS E/OU RECOMENDAÇÕES.

RELATÓRIO

1. Os autos foram encaminhados a esta Procuradoria-Geral, nos termos do §4º do art. 53 da Lei 14.133/21, para fins da análise jurídica da legalidade da minuta de licitação nº 45/2024, que tem por finalidade contratação de serviços de publicidade, prestados por agência de publicidade.
2. Os seguintes documentos são relevantes para a análise jurídica:
 - I) Estudo Técnico Preliminar (fls. 2/26);
 - II) Termo de Referência (fls. 27/43);
 - III) Comunicação Interna (fls. 44/45);
 - IV) Autorização à abertura do procedimento licitatório do Chefe do Poder Executivo (fl. 204)
 - V) Termo de ciência de gestão e fiscalização dos contratos (fls. 211/212);
 - VI) Portaria de nomeação dos gestores e fiscais do contrato (fls. 326/327);
 - VI) Formalização da Demanda (fls. 209/210);
 - VII) Informação orçamentária (fl. 329);
 - VIII) Minuta do edital (272/298);
 - IX) Contrato Administrativo (fls. 308/324);
 - X) Lista de verificação (fls. 331/342)
3. É a síntese do necessário.

APRECIÇÃO JURÍDICA

Finalidade e abrangência do parecer jurídico

4. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme estabelece o artigo 53, I e II, da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

5. Como se pode observar do dispositivo legal supra, o controle prévio de legalidade se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura contratação, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade. Em relação a esses, eventuais apontamentos decorrem da imbricação com questões jurídicas, na forma do Enunciado BPC nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

Enunciado BPC nº 7

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

6. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da

contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público. O mesmo se pressupõe em relação ao exercício da competência discricionária pelo órgão assessorado, cujas decisões devem ser motivadas nos autos.

7. De outro lado, cabe esclarecer que não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos, nem de atos já praticados. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

8. Finalmente, deve-se salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

Limites e instâncias de governança

9. No âmbito do Poder Executivo Federal, o Decreto nº 10.193, de 27 de dezembro de 2019, “estabelece limites e instâncias de governança para a contratação de bens e serviços e para a realização de gastos com diárias e passagens no âmbito do Poder Executivo federal”, com imposição de regras relativas à competência para a celebração de novos contratos de aquisição, nos termos de seu artigo 3º.

10. A Portaria ME nº 7.828, de 30 de agosto de 2022, estabelece normas complementares para o cumprimento do Decreto nº 10.193, de 2019, incumbindo ao órgão contratante ficar atento à eventual diploma que venha a estabelecer determinações complementares ao Decreto nº 10.193, de 2019,

devendo-se observar os preceitos dos atos normativos regulamentares ainda vigentes.

11. Até que haja regulamentação semelhante em âmbito municipal, orienta-se que a celebração de novas contratações seja autorizada pela autoridade administrativa máxima do Poder Executivo Municipal, qual seja, o Prefeito municipal (art. 3º do Decreto nº 10.193/2019).

12. No caso em tela, consta à fl. 204, nos autos, autorização expressa de instauração do processo licitatório em curso assinada pelo Chefe do Poder Executivo.

Avaliação de conformidade legal

13. No presente caso, os autos foram instruídos com lista de verificação, encartada às fls. 331/342, documento que segue o modelo elaborado e disponibilizado pela Advocacia-Geral da União.

14. **Entretanto, a lista de verificação assinala o cumprimento de etapas que não foram efetivamente cumpridas. Em especial, analisando a fase de planejamento da licitação e a Portaria nº 1188/2024, que trata da gestão e fiscalização do ajuste, verifica-se que há identidade de servidores que participam de ambas as fases da licitação (planejamento e execução contratual), o que fere o princípio da segregação de funções. Desta forma, também esta questão deverá ser observada e sanada antes de dar seguimento ao feito.**

Desenvolvimento nacional sustentável: critérios de sustentabilidade

15. As contratações governamentais devem estabelecer critérios que promovam o desenvolvimento nacional sustentável. Assim, as ações da Administração devem ser especialmente voltadas para a redução do consumo e para a aquisição preferencial de produtos inseridos no conceito de economia circular ou que representem menor impacto ambiental, a exemplo dos produtos reciclados e/ou recicláveis (arts. 5º e 11 da Lei n. 14.133, de 2021, c/c art. 7º, XI, da Lei nº 12.305, de 2010).

16. No planejamento da contratação devem ser observados determinados pressupostos, entre eles a especificação do objeto de acordo com critérios de sustentabilidade, a existência de obrigações a serem cumpridas durante o fornecimento e o recolhimento dos produtos, bem como a incidência de normas especiais de comercialização ou de licenciamento de atividades (ex.: registro no Cadastro Técnico Federal - CTF), que são requisitos previstos na legislação de regência ou em leis especiais (ex.: arts. 66 e 67, IV, da Lei n. 14.133, de 2021).

17. São aspectos indispensáveis do planejamento da contratação a abordagem econômica, social, ambiental e cultural das ações de sustentabilidade. O órgão assessorado deve: a) avaliar se há incidência de critérios de sustentabilidade no caso concreto; b) indicar as dimensões dessa incidência; e c) definir condições para sua aplicação. É de fundamental importância consultar o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis/AGU, no qual podem ser extraídos subsídios orientadores das ações de sustentabilidade.

18. Registre-se que há possibilidade, mediante motivação administrativa constante do processo administrativo, de serem inseridos outros requisitos de sustentabilidade além dos legalmente, desde que observados os demais princípios licitatórios.

19. Em síntese, no tocante à promoção do desenvolvimento nacional sustentável deverão ser tomados os seguintes cuidados gerais pelos gestores públicos em aquisições:

- a) definir os critérios sustentáveis objetivamente, e em adequação ao objeto da contratação pretendida, como especificação técnica do objeto, obrigação da contratada ou requisito previsto em lei especial
- b) verificar se os critérios sustentáveis especificados preservam o caráter competitivo do certame; e,
- c) verificar o alinhamento da contratação com o Plano de Gestão de Logística Sustentável.

20. Cabe ao órgão assessorado a verificação técnica dos critérios de sustentabilidade aplicáveis aos bens a serem adquiridos e serviços a serem contratados. Se a Administração entender que a contratação não se sujeita aos critérios de sustentabilidade ou que as especificações de sustentabilidade restringem indevidamente a competição em dado mercado, deverá apresentar a devida justificativa.

21. Neste sentido, o PARECER 01/2021/CNS/CGU/AGU, aprovado pela Consultoria-Geral da União (DESPACHO n. 00525/2021/GAB/CGU/AGU):

I. Os órgãos e entidades que compõem a administração pública são obrigados a adotar critérios e práticas de sustentabilidade socioambiental e de acessibilidade nas contratações públicas, nas fases de planejamento, seleção de fornecedor, execução contratual, fiscalização e na gestão dos resíduos sólidos;

II. A impossibilidade de adoção de tais critérios e práticas de sustentabilidade nas contratações públicas deverá ser justificada pelo gestor competente nos autos do processo administrativo, com a indicação das pertinentes razões de fato e/ou direito;

III. Recomenda-se aos agentes da administração pública federal encarregados de realizar contratações públicas, que, no exercício de suas atribuições funcionais, consultem o Guia Nacional de Contratações Sustentáveis da Advocacia-Geral da União.

22. Estabelecidas estas orientações introdutórias, imprescindíveis para compreensão da amplitude do tema, segue-se detalhamento no tocante às providências em relação ao desenvolvimento sustentável no Estudo Técnico Preliminar; na descrição da necessidade da contratação; no levantamento de mercado e a consideração da vantajosidade, na definição do objeto, e em

relação ao Termo de Referência, aduzindo-se pela inexistência de impactos ambientais à fl. 25 na contratação em tela.

Planejamento da contratação

23. A Lei nº 14.133, de 2021, estabeleceu que fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 da referida lei e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, conforme previsto no caput do art. 18.

24. O artigo 18 da Lei nº 14.133, de 2021, elenca providências e documentos que devem instruir a fase de planejamento, conforme abaixo transcrito:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o **plano de contratações anual** de que trata o inciso VII do **caput** do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as **leis orçamentárias**, bem como abordar todas as **considerações técnicas, mercadológicas e de gestão** que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em **estudo técnico preliminar** que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de **termo de referência**, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das **condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento**;

IV - o **orçamento estimado**, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do **edital** de licitação;

VI - a elaboração de **minuta de contrato**, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o **regime de fornecimento de bens**, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a **modalidade** de licitação, o **critério de julgamento**, o **modo de disputa** e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o **ciclo de vida do objeto**;

IX - a **motivação circunstanciada das condições do edital**, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a **análise dos riscos** que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a motivação sobre o **momento da divulgação do orçamento da licitação**, observado o art. 24 desta Lei.
(grifos nossos)

25. Referido dispositivo é complementado por seu parágrafo primeiro, que dispõe sobre os elementos do Estudo Técnico Preliminar. De uma forma

bem abrangente, o planejamento da contratação pressupõe que a própria necessidade administrativa seja investigada, a fim de se compreender o que fundamenta a requisição administrativa. Neste sentido, ressalte-se que a identificação da necessidade administrativa deve considerar também o desenvolvimento nacional sustentável, que é princípio e objetivo das licitações (artigo 5º e artigo 11, IV, da Lei nº 14.133, de 2021), conforme detalhamentos abaixo. Uma vez identificada a necessidade que antecede o pedido realizado, pode-se então buscar soluções disponíveis no mercado para atender referida necessidade, que inclusive podem se diferenciar do pedido inicial. Encontrada a melhor solução, caso disponível mais de uma, aí sim inicia-se a etapa de estudá-la, para o fim de definir o objeto licitatório e todos os seus contornos. Em linhas gerais, a instrução do processo licitatório deve revelar esse encadeamento lógico.

Estudo Técnico Preliminar - ETP

26. No presente caso, os servidores da área técnica e requisitante elaboraram o Estudo Técnico Preliminar acostado às fls. 2/26.

Demais aspectos ligados à definição do Objeto

Quantitativos Estimados

27. Uma vez definido o objeto licitatório, a Administração deve estimar, de forma clara e precisa, o quantitativo demandado para o atendimento da necessidade administrativa por meio daquela solução escolhida. Evidentemente, a própria escolha da solução pode ter sido influenciada por esse dimensionamento, mas naquele momento os cálculos podem ter sido efetuados de maneira aproximada, apenas para subsidiar a decisão entre as opções disponíveis.

28. Nessa etapa, entretanto, a definição do aspecto quantitativo demanda pormenorização, com a demonstração dos cálculos pelos quais se chegou à estimativa de quantidades. Isso é especialmente importante de ser registrado nos autos por ser um ponto objetivo, de maior verificação e

consequentes questionamentos, que se tornam mais difíceis de responder à medida que o tempo transcorre, quando a memória e a documentação correspondente podem estar menos acessíveis.

29. Assim, deve-se evitar ao máximo estimativas genéricas, sem respaldo em elementos técnicos que evidenciem a exata correlação entre a quantidade estimada e a demanda.

30. Nesse sentido, o art. 40 da Lei nº 40.133, de 2021, dispõe que o planejamento de compras considere a expectativa de consumo anual, devendo tal regra ser observada no caso concreto, admitindo-se o fornecimento contínuo, conforme inciso III do citado dispositivo.

31. Por fim, convém observar que a adoção de orçamento sigiloso não conduz ao sigilo dos quantitativos. Pelo contrário, permanece ampla a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

32. Deve-se ressaltar que não compete a esta unidade jurídica adentrar em questões técnicas, apenas apontar que o processo necessariamente contenha os esclarecimentos acerca da metodologia utilizada para a previsão idônea dos quantitativos estimados para a licitação e verificar se há suporte documental coerente com aquele que é exigido pela legislação para a fase interna da licitação.

33. No caso concreto, a legitimidade do quantitativo da futura contratação não foi demonstrada, entende-se que a justificativa apresentada carece de elementos probatórios, sugestionando-se, ao menos, a complementação da justificativa para a ausência de quantitativo para objeto licitado. Compulsando aos autos não se identifica quais e quantas serão as campanhas mínimas a serem realizadas durante o período contratual, sendo exemplificadas campanhas preventivas da dengue, febre amarela, divulgação de obras em andamento. Diante disso, solicitou-se no Parecer nº 357/2023, desta Procuradoria-Geral, processo administrativo nº 7.777/2023, que fosse

esclarecido eventual dificuldade (inviabilidade) na previsão das campanhas a serem realizadas ou se o Município incumbirá a CONTRATADA a definição qualitativa e quantitativa das campanhas e publicidade a ser realizada.

37. Assim, justificou-se neste processo administrativo à fl. 19, senão vejamos: “Dessa forma, devido as peculiaridades do objeto não sendo, porém, viável um orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, pela impossibilidade de que seja estimado previamente um quantitativo de produtos e serviços a serem prestados no decorrer da execução contratual, que dependem diretamente de cada solução publicitária aprovada”.

38. Ressalta-se que a competência para definição do objeto, descrições técnicas, quantitativo e preços referenciais são dos órgãos técnicos, não cabendo à assessoria jurídica adentrar ao mérito da licitação, esta uma incumbência exclusiva aos referidos órgãos técnicos.

Parcelamento do objeto da contratação

39. Via de regra, as aquisições da Administração Pública devem atender ao princípio do parcelamento, que deverá ser adotado quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso, conforme artigo 40, inciso V, alínea b, da Lei nº 14.133, de 2021:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

(...)

V - atendimento aos princípios:

a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

(...) (grifou-se)

40. Ocorre que o parcelamento deve ser adotado levando-se em consideração alguns critérios objetivos, descritos no §2º do dispositivo citado:

§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

41. Por outro lado, há situações em que a lei expressamente restringe a possibilidade de parcelamento do objeto, conforme situações descritas no mesmo art. 40, em seu parágrafo terceiro:

§ 3º O parcelamento não será adotado quando:

I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

42. Como critério conceitual, o artigo 87 do Código Civil preceitua:

Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.

43. Em vista disso, e de uma forma geral, as licitações em que o objeto é disposto em um item apenas, ou em que os vários objetos são dispostos em vários itens, com disputa e adjudicação independentes entre si, tendem a observar o princípio do parcelamento, desde que cada um dos objetos dos itens seja considerado indivisíveis, o que deve ser esclarecido pelo órgão.

44. Por outro lado, a disposição de um objeto em tese indivisível em um mesmo item (como nos casos de aquisição com instalação, por exemplo), ou a agregação de itens em um grupo, pode vir a caracterizar a não observância do referido princípio, demandando, necessariamente, justificativa por parte do órgão ou entidade.

45. Ainda nesse tocante, a agregação de itens em grupo para julgamento da proposta pelo menor preço global do grupo pode vir a comprometer a seleção da proposta efetivamente mais vantajosa, caso seja possível a contratação de itens isolados e a não contratação de outros. Nesses casos, seria cabível aplicar em um pregão comum, por analogia, as regras dos §§1º e 2º do artigo 82, que disciplina o Sistema de Registro de Preços:

§ 1º O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente poderá ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverão ser indicado no edital.

§ 2º Na hipótese de que trata o § 1º deste artigo, observados os parâmetros estabelecidos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 23 desta Lei, a contratação posterior de item

específico constante de grupo de itens exigirá prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade.

46. De qualquer forma, a decisão final envolve contornos técnicos e gerenciais específicos, a serem pormenorizados pelo órgão contratante, mediante justificativa baseada nos elementos legalmente definidos.

47. No caso concreto, em que pese o aspecto técnico envolvido, observa-se, à fl. 23, que a Administração entendeu pela não aplicação do princípio da divisibilidade dos itens, pois, considerou “no ponto de vista da eficiência técnica, para a presente contratação a não cotização do objeto se mostra viável e mais satisfatória, haja vista que a prestação do serviço será por hora e com trocas de turnos, ou seja, a possibilidade de duas empresas ganharem o mesmo item poderá gerar transtornos na execução do objeto”.

Instrumentos de governança - PCA, PLS e outros

48. De acordo como do artigo 18 da Lei nº 14.133, de 2021, a fase preparatória da licitação deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual.

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

49. É preciso compreender que o PCA constitui instrumento de governança descrito na Portaria Seges/ME nº 8.678, de 19 de julho de 2021, dispõe sobre a governança das contratações públicas no âmbito de toda a Administração Pública federal. Por elucidativo, segue transcrição do art. 6º, que elenca os instrumentos de governança em contratações públicas:

Art. 6º São instrumentos de governança nas contratações públicas, dentre outros:

I - Plano Diretor de Logística Sustentável - PLS;

II - Plano de Contratações Anual;

III - Política de gestão de estoques;

IV - Política de compras compartilhadas;

V - Gestão por competências;

VI - Política de interação com o mercado;

VII - Gestão de riscos e controle preventivo;

VIII - Diretrizes para a gestão dos contratos; e

IX - Definição de estrutura da área de contratações públicas.

Parágrafo único. Os instrumentos de governança de que trata este artigo devem estar alinhados entre si.

50. É certo que o administrador público deve demonstrar que a contratação pretendida está alinhada aos instrumentos e às diretrizes definidas no normativo acima citado.

51. Sem prejuízo da orientação acima, convém tecer algumas considerações sobre os instrumentos de governança abaixo indicados.

Plano de Contratações Anual - PCA

52. O Decreto nº 10.197, de 2022, regulamentou o Plano de Contratações Anual – PCA, assim como instituiu o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações, tendo imposto aos órgãos e as entidades

a obrigatoriedade de elaboração, até a primeira quinzena de maio de cada exercício, de planos de contratações anual, os quais conterão todas as contratações que pretendem realizar no exercício subsequente.

53. É certo que o PCA deve ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e deverá ser observado na realização de licitações e na execução dos contratos, conforme artigo 12, §º, da Lei nº 14.133, de 2022.

54. Convém lembrar que, de acordo com o artigo 17 do Decreto nº 10.197, de 2022, incumbe ao setor de contratações a verificação de que a demanda está contemplada no plano de contratações, devendo tal informação constar de forma expressa na fase de planejamento, o que deve ser feito no Estudo Técnico Preliminar, conforme expressamente prevê o art. 18, §1º, inciso II.

55. No caso concreto, a Administração deixou de registrar que a demanda está devidamente contemplada no PCA do órgão, devendo-o fazer bojo do processo administrativo em curso.

Análise de riscos

56. O art. 18, inciso X, da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que o planejamento da contratação deverá contemplar a análise dos riscos.

57. No Portal de Compras do Governo Federal consta tópico especialmente dedicado à Identificação e Avaliação de Riscos, que oferece orientações elaboradas base nas premissas estabelecidas pela Lei nº 14.133, de 2021. É certo que tais recomendações devem ser incorporadas no planejamento desta contratação.

58. Além disso, a Administração deve se atentar para a possibilidade de inserir no contrato tópico destinado à Matriz de Riscos (art. 6º, inciso XVII) e Matriz de Alocação de Riscos (art. 103), o que deve ser feito com base em avaliação concreta, com apresentação de justificativa, haja

vista a possibilidade de elevação dos custos da contratação. Em caso de dúvidas, esta unidade jurídica poderá ser consultada.

59. No caso concreto, a Administração não elaborou a análise de riscos, sendo conveniente ressaltar que deverá ser elaborado tal documento ou justificar a sua ausência nos presentes autos.

Orçamento estimado

60. O orçamento estimado da contratação é tratado no artigo 23 da Lei nº 14.133, de 2021, sendo que, para compras, devem ser observados os parâmetros previstos em seu §1º:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços,

observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

(...)

61. Além das regras legais, também devem ser observadas as normas do Decreto municipal nº 906/2023, que estabelece o dever de materialização da pesquisa de preços em documento que contemple, no mínimo, as exigências do artigo 3º da referida norma:

Art. 3º A pesquisa de preços será materializada em documento que conterá, no mínimo:

I - descrição do objeto a ser contratado;

II - identificação do(s) agente(s) responsável(is) pela pesquisa ou, se for o caso, da equipe de planejamento;

III - caracterização das fontes consultadas;

IV - série de preços coletados;

V - método estatístico aplicado para a definição do valor estimado;

VI - justificativas para a metodologia utilizada, em especial

para a desconsideração de valores inconsistentes,

inexequíveis ou excessivamente elevados, se aplicável;

62. Referido Decreto, em seu artigo 3º, define os parâmetros a serem utilizados na estimativa de custos, de forma bastante similar ao disposto na Lei nº 14.133/2021. Acrescenta, no entanto, no §1º do artigo 5º que devem ser priorizados os parâmetros dos incisos I e II, painel para consulta de preços do PNCP e contratações similares, respectivamente, devendo ser apresentada justificativa nos autos em caso de impossibilidade de adoção destes.

63. Assim, o primeiro ponto a ser destacado é a necessidade jurídica dessa priorização, a ser justificada nos autos quando não observada.

64. Um segundo ponto refere-se ao limite temporal estabelecido para os parâmetros utilizados na pesquisa de preços, voltados a evitar que os valores pesquisados já estejam desatualizados, conforme descrito nos incisos do artigo 5º do Decreto municipal nº 906/2023, cabendo repetir a pesquisa de preços sempre que ultrapassado o ali prazo previsto.

65. Por fim, impende ressaltar a previsão do art. 6º, § 4º, do Decreto municipal nº 906/2023, que deve ser observada pelo consulente no sentido de que “Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados”.

66. No caso concreto, inexistente elaboração de pesquisa de preços nos termos descritos nas normas aplicáveis, em especial os parâmetros no art. 23, §1º da Lei 14.1333/2021, assim, balizou-se somente nos preços das contratações desta própria municipalidade para o valor global do objeto licitado, desse modo, entende-se que deverá se elaborar pesquisa de preços com outras fontes ou justificativa adequada à ausência com outras fontes mercadológicas.

Termo de Referência

67. O Termo de Referência deve contemplar as exigências do artigo 6º, XXIII, da Lei nº 14.133, de 2022:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de

cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;

j) adequação orçamentária;

(...)

68. No Termo de referência, não consta informação para reserva de cota do objeto à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte, microempreendedores individuais e equiparadas, justificando à fl. 144 a excepcionalidade de tal regra, senão vejamos:

“ A Administração entende que a regra legal que exige a reserva de uma cota do objeto para as microempresas e empresas de pequeno porte nos itens que ultrapassam o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) pode ser excepcionada, caso exista algum item que se enquadre nesta situação. trata-se de um Serviço cujo o valor excede o limite para a destinação exclusiva a ME e EPP. Conforme a EPT, o parcelamento não é uma opção viável. Além disso, do ponto de vista da eficiência técnica, identificamos que a ampla concorrência é mais satisfatória para a presente contratação. Portanto, a licitação será realizada com ampla concorrência, mas será concedido tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, para as sociedades cooperativas mencionadas no artigo 34 da Lei n.º 11.488, de 2007, e para o microempreendedor individual - MEI, nos limites previstos da Lei Complementar n.º 123, de 2006.”

69. Ademais, consta à fl. 46 no TR a avaliação de que trata o art. 8 do Decreto municipal nº 39/2024 (necessidade ou não de classificá-lo nos termos da Lei nº 12.527/

Do objeto licitado

70. Depreende-se que apenas os serviços listados no “caput” e no § 1º do Art. 2º da Lei Federal nº. 12.232/2010 podem ser objeto da presente licitação:

Art. 2º Para fins desta Lei, considera-se serviços de publicidade o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral.

§ 1º Nas contratações de serviços de publicidade, poderão ser incluídos como atividades complementares os serviços especializados pertinentes:

I - ao planejamento e à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação e de geração de conhecimento sobre o mercado, o público-alvo, os meios de divulgação nos quais serão difundidas as peças e ações publicitárias ou sobre os resultados das campanhas realizadas, respeitado o disposto no art. 3º desta Lei;

II - à produção e à execução técnica das peças e projetos publicitários criados;

III - à criação e ao desenvolvimento de formas inovadoras de comunicação publicitária, em

consonância com novas tecnologias, visando à expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias.

71. Destaco que especificações técnicas contidas no Termo de Referência/detalhamento do objeto da contratação, suas características e requisitos são de responsabilidade exclusiva do setor competente do órgão, presumindo-se que tenham sido regularmente determinadas com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

**Informação sobre o Regime de Fornecimento e modalidade licitação
elegida**

72. Os documentos de planejamento da contratação devem tratar do regime de fornecimento de bens, observados os potenciais de economia de escala, cujos impactos podem afetar a decisão sobre o parcelamento ou não do objeto, que será abordado mais adiante.

73. No caso concreto, o regime de fornecimento foi suficientemente explicitado.

74. Inda adiante, o Art. 5º da Lei Federal nº. 12.232/2010 prevê que as licitações previstas para contratação de serviços de publicidade serão processadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela contratação, respeitadas as modalidades definidas na lei de licitações, adotando-se como obrigatórios os tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”. Indicou-se “técnica e preço” para o presente certame licitatório, conforme fl. 6.

75. Diante do exposto, a modalidade eleita de concorrência, mostra-se adequada à legislação pertinente.

Objetividade das exigências de qualificação técnica

76. Da leitura da legislação é possível extrair que é permitido que se façam exigências de qualificação técnica — tanto operacional quanto profissional, as quais não podem ser desarrazoadas ou desproporcionais em relação à complexidade da própria obra. Resta claro que diferentes habilidades podem ser exigidas para execução desta ou daquela obra ou serviço, de modo que a avaliação de quais são as qualidades que serão exigidas ocorre a cada nova situação.

77. Conforme doutrina acima, para comprovação da capacidade técnica-operacional, tem se entendido pela legalidade da exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado, limitada, simultaneamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto (súmula TCU nº. 263).

78. No caso concreto, dever-se-á observar o art. 4º, da Lei 12232/2010, que restringem a entrega do objeto licitado à agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei nº 480/1965, bem como detenham certificado de qualificação técnica.

**Da avaliação sobre a necessidade de qualificar o TR como documento
classificado (Lei de Acesso à Informação)**

79. De acordo com o art. 8º do Decreto municipal nº 39/2024, ao final da elaboração do TR, deve-se avaliar a necessidade de classificá-lo nos termos da Lei nº 12.527/2011, o que não foi observado no caso concreto e deverá se providenciar.

Adequação orçamentária

80. Conforme se extrai do caput do artigo 18 da Lei nº 14.133/2021, a fase preparatória da licitação deve compatibilizar-se também com as leis orçamentárias.

81. A existência de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal. Nesse ponto, convém citar o artigo 10, inciso IX, da Lei 8.429/1992, e o art. 105, da Lei nº 14.133/2021:

Lei nº 8.429, de 1992

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

(...)

Lei nº 14.133, de 2021

Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro. (grifou-se)

82. Cabe também alertar para que, caso se trate de criação ou expansão de ação governamental que acarrete aumento da despesa, seja anexada a estimativa do impacto orçamentário no exercício e nos dois subsequentes, bem como a declaração sobre a adequação orçamentária e financeira para fazer face às despesas, em conformidade com as normas constantes dos arts. 16 e 17 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

83. No caso concreto, a Superintendência de Contabilidade e Gestão Fiscal informou às fl. 326 do feito, que a despesa decorrente da contratação está devidamente prevista nas leis orçamentárias.

Minuta de Edital

84. O artigo 25 da Lei nº 14.133, de 2021, trata dos requisitos a serem observados por ocasião da elaboração da minuta de edital, tendo seu §1º expressamente autorizado a utilização de minutas padronizadas, nas situações em que o objeto assim permitir.

85. No instrumento convocatório, à fl. 272, indicou-se o tipo “melhor técnica” para a licitação em apreço, todavia, o tipo de licitação elegido para tanto, conforme Estudo Técnico Preliminar e Termo de Referência, foi a “técnica e preço”, consoante o exposto à fl. 6. Deverá adequar o instrumento convocatório ao tipo de licitação indicado na fase preliminar.

Da restrição a participação de interessados no certame

86. Cumpre salientar que o objeto licitado (serviços de publicidade) é regido por lei especial que dispõe acerca das normas gerais aplicáveis especificamente para este objeto, assim, aplica-se, primordialmente, a lei 12232/2010, tendo a lei geral de licitações aplicabilidade no que for cabível.

87. Por seu turno, conforme já delineado neste parecer, dever-se-á observar o art. 4º, da Lei 12232/2010, que restringem a entrega do objeto licitado à agências de propaganda cujas atividades sejam disciplinadas pela Lei nº 480/1965, bem como detenham certificado de qualificação técnica.

88. No caso em tela, observa-se que o edital prevê tal imposição legal à participação de interessados.

Cota reservada

89. Conforme previsão do art. 48, inciso III, da Lei Complementar 123, de 2006, e do art. 8º do Decreto nº 8.538, de 2015, na **aquisição de bem de natureza divisível**, quando os itens ou lotes de licitação possuírem valor estimado superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), deverá ser reservada cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

90. Em relação às cotas exclusivas, identificam-se alguns requisitos que condicionam seu uso:

- I) Em primeiro, a adoção da cota de 25% apenas será aplicável em certames para aquisição de bens, **não sendo admitida tal restrição competitiva em licitações para contratação de serviços ou obras; e**

Em segundo, esses bens devem possuir natureza divisível. Esta divisibilidade está relacionada ao item, e não à pretensão contratual como um todo. Assim, a cota exclusiva apenas pode ser utilizada caso fosse possível a cisão do item, sem prejuízo à licitação.

91. Desse modo, a cota exclusiva não tem aplicabilidade ao objeto licitado, pois este tem a natureza de serviços.

Tratamento diferenciado a ME e EPP de natureza facultativa

92. Há, ainda, previsão facultativa de estabelecimento, nos instrumentos convocatórios:

- II) de exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte nos termos do art. 7º do Decreto nº 8.538, de 2015;

de prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor

preço válido nos termos do art. 9º, II, do Decreto nº 8.538, de 2015.

Previsões da Lei n. 14.133, de 2021 sobre tratamento diferenciado a ME e EPP

93. Inicialmente, convém registrar que a Lei nº 14.133, de 2021, inovou ao tratar do tratamento diferenciado a ser conferido a ME, EPP e Cooperativas equiparadas. Por elucidativo, segue transcrição do art. 4º da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

94. Desse modo, para além da observância às regras dos artigos 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006, e do Decreto nº 8.538, de 2015, é preciso estar claro que o tratamento diferenciado de que tratam tais normas não serão aplicados em relação a licitações que envolvam:

I) item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte; e

no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, quando o valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

95. Adicionalmente, devem ser observados os critérios estabelecidos nos §§ 2º e 3º, acima transcritos, que tratam dos critérios para aferição dos limites de valor estabelecidos no § 1º.

96. Nos termos do inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, foi previsto tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno nas contratações públicas de bens, serviços e obras no edital em apreço.

Margens de preferência

97. De acordo com a Lei nº 14.133, de 2021, a Administração poderá estabelecer margens de preferência, conforme premissas indicadas em seu art. 26:

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I - bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;

II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

§ 1º A margem de preferência de que trata o caput deste artigo:

I - será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, no caso do inciso I do caput deste artigo;

II - poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem no disposto nos incisos I ou II do caput deste artigo;

III - poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.

§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se refere o caput deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento).

98. No caso concreto, a minuta de edital revela que a Administração realizará licitação sem margem de preferência.

Cláusula com índice de reajustamento de preços, com data-base vinculada à data do orçamento estimado

99. O art. 25, § 7º, da Lei nº 14.133/2021, estabelece que, independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

100. No caso concreto, a minuta de edital e anexos revela que a Administração deixou de estabelecer o índice de reajustamento de preço no instrumento convocatório em questão, o que deverá constar no edital neste certame licitatório.

Minuta de termo de contrato

101. O artigo 92 da Lei nº 14.133, de 2021, trata dos requisitos a serem observados por ocasião da elaboração da minuta de termo de contrato, a priori, foram observados ao elaborar o contrato administrativo em questão.

Designação de agentes públicos

102. No presente caso, foram juntados aos autos as portarias de designação do agente de contratação e da equipe de apoio, e/ou a função de pregoeiro, o que deve ser feito nos autos; por sua vez, há indicação expressa do gestor e fiscal(is) de contratos, às fls. 138/139.

103. Em especial, analisando a fase de planejamento da licitação e a Portaria nº 1188/2024, que trata da gestão e fiscalização do ajuste, verifica-se que há identidade de servidores que participam de ambas as fases da licitação (planejamento e execução contratual), o que fere o princípio da segregação de funções. Desta forma, também esta questão deverá ser observada e sanada antes de dar seguimento ao feito.

Publicidade do edital e do termo de contrato

104. Destacamos ainda que é obrigatória a divulgação e a manutenção do inteiro teor do edital de licitação e dos seus anexos e do termo de contrato

no Portal Nacional de Contratações Públicas e a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, conforme determinam os art. 54, *caput* e §1º, e art. 94 da Lei nº 14.133, de 2021.

105. Destacamos também que, após a homologação do processo licitatório, é obrigatória a disponibilização no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) dos documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos, conforme determina o art. 54, §3º, da Lei nº 14.133, de 2021.

CONCLUSÃO

106. Em face do exposto, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, **opina-se pela possibilidade jurídica do prosseguimento do presente processo, desde que cumpridos os pontos resumidamente elencados nos parágrafos, especificamente os itens enumerados: 14, 33, 55, 59, 66, 79, 85, 100, e 103.**

107. Entretanto, há possibilidade jurídica do prosseguimento do presente processo, desde que cumpridas todas as orientações contidas no presente parecer.

108. Somente após o acatamento das recomendações emitidas ao longo do parecer, ou após seu afastamento, de forma motivada, consoante previsão do art. 50, VII, da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 1999), e conforme já alertado nas considerações preliminares desta manifestação, **será possível dar-se o prosseguimento do feito, nos seus demais termos, sem a necessidade de retorno para nova manifestação desta unidade jurídica.**

À consideração superior.

Assis Chateaubriand/PR, 17 de julho de 2024.

Tárcio Vinícius Madeira de Brito

Advogado

OAB/PR 105.573