

PARECER Nº 256/2024

EMENTA: . LICITAÇÕES E CONTRATOS. PREGÃO ELETRÔNICO NEGATIVO. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO PARA EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE ESPAÇO PÚBLICO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL: 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 67/2024, que tem por finalidade a concessão onerosa de uso espaço público para exploração de estacionamento.

2. Os seguintes documentos são relevantes para a análise jurídica:

- I) Estudo Técnico Preliminar (fls. 4/13);
- II) Análise de riscos (fls. 14/17)
- III) Comunicação Interna (fls. 19/31);
- IV) Autorização do Chefe do Poder Executivo para abertura do processo licitatório (fl.35);
- V) Termo de Referência (fls. 37/55);
- VI) Termo de ciência de gestão e fiscalização dos contratos (fl. 57);
- VI) Portaria de nomeação dos gestores e fiscais do contrato (fls. 61/62);
- VII) Documento de Formalização de Demanda (fl. 66);
- VIII) Laudo para formação do preço mínimo (fls. 70/76);
- IX) Informações Orçamentárias (fl. 78)
- X) Portaria de nomeação do agente de contratação/pregoeiro e equipe de apoio (fls.80/81);
- XI) Atestado de respeito à segregação de funções (fls. 83/84)
- XII) Minuta do edital (fls. 87)
- XIII) Minuta do Contrato (fls. 165/191);
- XIV) Lei nº 3496 (fls. 193/194)
- XV) Recomendação Administrativa (fls. 195/201)
- XVI) Lista de verificação (fls. 203/216);

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, há autorização de instauração de processo licitatório assinada pelo Prefeito à fl. 35.

Avaliação de conformidade legal

13. No presente caso, os autos foram instruídos com lista de verificação, encartada às fls. 203/216, documento que segue o modelo elaborado e disponibilizado pela Advocacia-Geral da União.

14. Cumpre salientar que o referido documento foi devidamente assinado pelo servidor responsável pela sua elaboração e juntada.

Concessão de espaço público para exploração econômica

15. Delineia-se que a concessão de direito real de uso é um contrato administrativo pelo qual o poder público atribui a bem público a um particular para que este o explore de acordo com a sua destinação específica.

16. Desse modo, é imperiosa que as concessões de direito real de uso sejam precedidas de autorização legislativa e de procedimento licitatório.

17. Nesta toada, assim preconiza a Lei 14.133 em seu Art. 2º:

Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

IV - concessão e permissão de uso de bens públicos;

18. Da subsunção das normas citadas ao caso posto à apreciação, observa-se a autorização legislativa à concessão de direito real de uso para exploração, na forma onerosa, do Centro de Eventos Ângelo Micheletto consubstanciada na Lei Ordinária nº 3.496/24 anexada às fls. 193/194 do feito.

Modalidade licitatória elegida

19. Inda adiante, O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal determina que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública serão precedidas de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, ressalvados os casos especificados na legislação.

20. A licitação configura procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa, caracterizando-se como ato administrativo formal, praticado pelo Gestor Público, devendo ser processado em estrita conformidade com os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

21. Com vistas nisso, o legislador infraconstitucional, para dar plena aplicabilidade do preceito constitucional supra, positivou em nosso ordenamento pátrio a nova Lei de Licitações nº. 14.133/21, a qual estabelece as diretrizes gerais a serem observadas pelo administrador público quando da realização de seus procedimentos de contratações, bem como entabula as possíveis modalidades de licitação que poderão ser adotadas na busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

22. No caso dos autos, consoante manifestação optou-se pela modalidade pregão negativo pelo critério maior preço (maior oferta) para concessão de direito real de espaço público para exploração onerosa de estacionamento em período predeterminado.

23. Nesse horizonte contém trazer à baila o entendimento consolidado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em que permanece inalterado a possibilidade de utilização do pregão negativo (pregão de maior oferta) destinadas à concessão de uso de bem públicos, senão vejamos:

Tribunal Pleno no acórdão nº 1657/23 – Processo 7595/22

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS

DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE

DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em:

I. Conhecer da consulta para, no mérito, responder no sentido de que seja sob a égide da Lei n.º 10.502/2002 ou da Lei n.º 14.133/2021 – cuja vigência foi postergada para 30/12/2023 –, entendendo que a figura do pregão negativo se mantém inalterada e segue nos moldes delineados pela jurisprudência e pela doutrina, **sendo possível, por conseguinte, a utilização do pregão negativo nas licitações destinadas a concessão de uso de bens públicos.**

(grifos nossos)

24. Outrossim, vê-se idêntico entendimento aplicável pelo Tribunal de Contas da União, vejamos:

Acórdão

Acórdão 919/2016-Plenário

Data da sessão

20/04/2016

Relator

VITAL DO RÊGO

Enunciado

A cessão das áreas comerciais de centrais públicas de abastecimento de gêneros alimentícios deve observar as normas atinentes à concessão remunerada de uso de bem público, utilizando-se na licitação, preferencialmente, a modalidade pregão eletrônico.

Acórdão

Acórdão 478/2016-Plenário

Data da sessão

02/03/2016

Relator

MARCOS BEMQUERER

Enunciado

Em regra, o pregão é a modalidade de licitação adequada para a concessão remunerada de uso de bens públicos, com critério de julgamento pela maior oferta em lances sucessivos.

25. Ademais, torna-se imprescindível respeitar o mandamento insculpido pelo Tribunal de Contas da União pelo Acórdão 1900/2023 – Plenário pela impossibilidade de utilização da plataforma licitatória comprasnet, sendo incompatível com a modalidade pregão negativo, veja-se:

Acórdão

Acórdão 1900/2023-Plenário

Data da sessão

13/09/2023

Relator

BENJAMIN ZYMLER

Enunciado

É inadequado o uso do Comprasnet para licitações cujo critério de julgamento seja o maior lance, pois esse sistema é parametrizado apenas para licitações em que se busca o menor preço, de tal modo que, mesmo que o edital estabeleça que os percentuais de descontos serão considerados percentuais de acréscimos sobre o valor estimado pela Administração, o sistema possui teto de 100% para a concessão de descontos e não aceita que dois ou mais lances sejam iguais (art. 30, §4º, do Decreto 10.024/2019) . Isso impossibilita a oferta de lances para igualar ou superar a proposta que atingir aquele teto, restringindo assim a competitividade do certame e comprometendo a busca da proposta mais vantajosa.

Da recomendação administrativa do Ministério Público

26. Acostou-se ao feito, às fls. 195/208, a Recomendação Administrativa nº 08/2023 elaborada pelo órgão ministerial, observando as asseverações do *parquet* em relação às festividades de Expo Assis.

27. Em especial, observar nas informações orçamentárias o investimento mínimo em áreas elegidas como prioritárias pela Constituição Federal ante o investimento em lazer e cultura, assegurando uma existência minimamente digna aos cidadãos desta municipalidade.

Planejamento da contratação

28. 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.

29. 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)

30. 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

31. No presente caso, os servidores da área técnica e requisitante elaboraram o estudo técnico preliminar, acostado tal documento retificado às fls. 3/11. Apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, ao próprio órgão assistido, a priori, contém os elementos preconizado pelo art. 18, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021.

Plano de Contratações Anual - PCA

32. 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.

33. 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.

34. 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.

35. No caso concreto, a Administração registrou que a demanda está devidamente contemplada no PCA do órgão, conforme se extrai à fl. 6.

Análise de riscos

36. No presente caso, foi juntado às fls. 14/17 aos autos análise de riscos, o que atende ao art. 18, inciso X, da Lei nº 14.133, de 2021.

Orçamento estimado

37. 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.

(...)

38. 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.

39. Deste modo, tratando-se de concessão do direito real para exploração econômica de parque de diversões em que se contratará a maior oferta de retorno financeiro aos cofres municipais, cabe à Administração balizar o preço de custo do objeto licitado, incluindo eventuais custos adiantados pela Administração, como parâmetro de preço inicial dos lances ofertados pelos licitantes, em que estes poderão adequadamente aferir margem de lucro com a exploração econômica do espaço público, na medida que os custos para execução do objeto são dimensionados adequadamente alcança-se o

desiderato buscado na contratação pública de proposta mais vantajosa à Administração.

40. 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”.

41. No caso concreto, houve a elaboração de laudo de pesquisa às fls.70/76 por Comissão Especial para aferir os custos do objeto licitado, chegando ao preço inicial para lances ofertados neste certame licitatório.

42. No intuito de aduzir o preço referencial apresentou justificativa da metodologia utilizada para tanto, cabendo à apreciação jurídica limitar-se a verificação da presença dos elementos citados, não cabendo imiscuir-se nos aspectos técnicos de tal ato administrativo, evitando a valoração dos elementos em questão, pois estes extrapolam a capacidade de análise deste órgão jurídico, sendo responsabilidade do órgão técnico os aspectos técnicos envolvidos à elaboração ao laudo técnico.

43. Por fim, deverá haver a identificação dos agentes responsável pela pesquisa, na forma exigida pelo inciso II do art. 3º do Decreto municipal nº 906/2023, sendo suficiente a juntada da Portaria do Comissão Especial designada para tal desiderato.

Termo de Referência

44. 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;
- (...)

45. Especificamente em relação a compras, também devem ser observadas as exigências do art. 40, §1º, da Lei nº 14.133, de 2021:

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

(...)

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

(...)

46. O Decreto municipal nº 39/2024, dispõe sobre a elaboração do Termo de Referência – TR, para a aquisição de bens e a contratação de serviços, no âmbito da administração pública municipal. A Administração deve cuidar para que suas exigências sejam atendidas no caso concreto.

47. No Termo de referência, reservou-se tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte, conforme se depreende da fl.

48. Depreende-se do TR manifestação quanto à impossibilidade de participação das empresas em consórcio (art. 15, NLLC), justificando-se à fl. 39.

50. Depreende-se do TR a vedação à subcontratação, entretanto, dever-se-á anexar as devidas justificativas para tanto, em consonância com o Art. 122 da Lei 14.133/21;

51. Ademais consta, à fl. 55 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 12.527/2011).

Condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento

52. O art. 18, inciso III, da Lei nº 14.133, de 2021, exige que a fase de planejamento da contratação contemple as condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento, sendo certo que sua definição envolve algum juízo de conveniência e oportunidade a ser realizado pelo administrador.

53. No caso concreto, o tema foi tratado de forma suficiente no TR.

Objetividade das exigências de qualificação técnica

54. Enquanto a habilitação profissional procura investigar se o licitante tem experiência anterior na execução de parcela relevante do objeto, a habilitação operacional visa verificar se o licitante reúne condições de executar o objeto na dimensão que ele (o objeto) possui.

55. A exigência de qualificação técnica-profissional é mais comum em obras e serviços de engenharia, mas não é vedada nos demais objetos. Caso se entenda indispensável à garantia do adimplemento das obrigações (conforme art. 37, XXI, da Constituição Federal), então será necessário especificar de forma clara e expressa de qual parcela do objeto será exigida comprovação de experiência anterior, e por meio de qual profissional(is), para permitir o julgamento objetivo quanto ao atendimento da exigência na fase de habilitação do certame. O requisito legal a ser observado é que esta parcela claramente especificada represente ao menos 4% do valor estimado da contratação, conforme art. 67, §1º da Lei nº 14.133, de 2021.

56. Já a comprovação da qualificação técnica-operacional costuma ser exigida na generalidade dos casos, e afere a capacidade de gestão do licitante de executar o objeto licitatório. Por isso é indispensável indicar

quantitativos mínimos a serem comprovados, até o limite de 50% do quantitativo previsto, conforme art. 67, §2º da Lei nº 14.133, de 2021.

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

57. De acordo com o art. 8º do Decreto municipal nº 39/2024, ao final da elaboração do TR, deverá avaliar a necessidade de classificá-lo nos termos da Lei nº 12.527/2011, o que foi observado à fl. 55 dos autos.

Adequação orçamentária

58. 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.

59. 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)

60. 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.

61. No caso concreto, a Superintendência de Contabilidade e Gestão Fiscal informou às fl. 78 do feito, que “não haverá dispêndio de recursos por parte do Município (Despesa), mas sim o ingresso de recursos através de Receita Orçamentária (...)”.

Do Comunicado Interno às fls. 26/28

62. Observa-se dos autos que acostou-se, às fls. 26/28, o Comunicado Interno, entretanto, tal documento deverá desconsiderado no feito, isto porque estabelece as condições de pagamento, requisitos de contratação, entre outros, sendo inapropriado trata de tais temas em razão que cabe exclusivamente ao termo de referência regulá-los para posterior elaboração do edital.

63. Ademais, tal comunicação interno tem disposição contrárias ao termo de referência, em especial, aquela que torna obrigatória a visita técnica o que é inadequado, quando exigível a visita técnica no edital deverá constar a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento técnico.

64. Nesta toada, consolidou-se entendimento do Tribunal de Contas da União:

Acórdão

Acórdão 12607/2023-Primeira Câmara

Data da sessão

14/11/2023

Relator

JHONATAN DE JESUS

Enunciado

A vistoria ao local da prestação dos serviços somente deve ser exigida quando imprescindível, devendo, mesmo nesses casos, **o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável da licitante de que possui pleno conhecimento do objeto**, das condições e das peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos.

(grifos nossos)

Minuta de Edital

65. 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.

66. É preciso lembrar que o art. 18, inciso IX, da Lei nº 14.133, de 2021, exige que a fase preparatória seja instruída com motivação circunstanciada das condições do edital, tais como:

- I) justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto
- justificativa de exigências 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.

Da utilização ou não de minuta padronizada de Edital

67. Conforme já tratado neste parecer, a padronização de modelos de documentos da fase interna da licitação constitui medida de eficiência e celeridade administrativa que encontra previsão no art. 19, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021.

68. Para que os objetivos de celeridade, eficiência e segurança sejam alcançados, é preciso que a Administração aponte claramente:

- I) Se houve utilização de modelos padronizados;
- Qual modelo foi adotado; e Quais foram as modificações ou adaptações eventualmente efetuadas no modelo.

69. No caso, verifica-se que a Administração utilizou modelo padronizado de minuta de Edital.

Da restrição a participação de interessados no certame

70. O art. 9º da Lei nº 14.133, de 2021, veda expressamente que o agente público admita, preveja, inclua ou tolere qualquer tipo de restrição que comprometa ou frustre o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas e consórcios.

71. Também é vedado o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou, ainda, a inclusão de regras que sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato.

72. O agente público também não poderá estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional, conforme previsão do inciso II do art. 9º.

73. Especificamente em relação a consórcios, a Lei nº 14.133, de 2021, expressamente apresenta os requisitos necessários para sua participação em licitações:

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

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

II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;

III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificação.

§ 2º O acréscimo previsto no § 1º deste artigo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas, assim definidas em lei. § 3º O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do caput deste artigo. § 4º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas. § 5º A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.

74. No que se refere a cooperativas, a Lei nº 14.133/2021, expressamente apresenta os requisitos necessários para sua participação em licitações:

Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:

I - a constituição e o funcionamento da cooperativa

observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009;

II - a cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados;

III - qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;

IV - o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.

75. No caso em tela, observa-se que o edital impossibilitou a participação de consórcios, conforme justificado à fl.37.

Da participação de ME, EPP e Cooperativas

76. 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, sendo certo que o entendimento aqui apresentado é aplicável também a cooperativas equiparadas.

77. Ainda, o art. 47, parágrafo único, da Lei Complementar nº 123, de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014, aduz que “No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.”

Tratamento diferenciado a ME e EPP de natureza facultativa

78. 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

79. 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.

80. 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.

81. 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.

82. 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, previu-se tratamento favorecido, diferenciado e simplificado à microempresas e empresas de pequeno nas contratações públicas de bens, serviços e obras,

sendo certo que o entendimento aqui apresentado é aplicável também a cooperativas equiparadas.

Margens de preferência

83. 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).

84. Convém observar que o art. 27 estabelece a obrigatoriedade de divulgação, em sítio eletrônico oficial, a cada exercício financeiro, da relação de empresas favorecidas em decorrência da aplicação de margens de preferência, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

85. 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

86. 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.

87. No caso concreto, a minuta de edital e anexos revela que a Administração estabeleceu índice de reajustamento de preço conforme exigência legal na cláusula 7 do instrumento convocatório.

Minuta de termo de contrato

88. 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, sendo que o artigo 25, seu §1º, expressamente autoriza a utilização de minuta padronizada de termo de contrato, nas situações em que o objeto assim permitir.

Da utilização ou não de minuta padronizada de termo de contrato.

89. Conforme já tratado neste parecer, a padronização de modelos de documentos da fase interna da licitação constitui medida de eficiência e

celeridade administrativa que encontra previsão no art. 19, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021.

90. Tal postulado foi registrado também na quarta edição do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, conforme Enunciado BPC nº 06.

91. Para que os objetivos de celeridade, eficiência e segurança sejam alcançados, é preciso que a Administração aponte claramente:

- I) Se houve utilização de modelos padronizados;
- II) Qual modelo foi adotado; e
- III) Quais foram as modificações ou adaptações eventualmente efetuadas no modelo.

92. No caso, verifica-se que a Administração utilizou modelo padronizado de minuta de termo de contrato.

Designação de agentes públicos

93. 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, às fls. 80/81 por sua vez, há indicação expressa do gestor e fiscal(is) de contratos, às fls. 61/62.

Publicidade do edital e do termo do contrato

94. 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.

95. 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

96. 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: 43, 50, 62 e 63.**

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

98. 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, 22 de agosto de 2024.

Tárcio Vinícius Madeira de Brito

Advogado

OAB/PR 105.573