



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

PARECER JURÍDICO

PROC N° PR2022.01/CLHO-03738

PARECER JURÍDICO N° 014/2022

SOLICITANTE: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO: ANÁLISE DE REGULARIDADE DE MINUTA DE EDITAL

01. RELATÓRIO

Cuida-se de Manifestação Jurídica, baseada no art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, acerca de minuta de instrumento convocatório de licitação que visa a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM LOCAÇÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR, COM O OBJETIVO DE ATENDER ÀS NECESSIDADES DA SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE COELHO NETO - MA

Trata-se de licitação, na modalidade pregão eletrônico, tipo menor preço por item, que visa à escolha de proposta mais vantajosa para formação de ata de registro de preços, visando futura contratação de empresa especializada em locação de transporte escolar, com o objetivo de atender às necessidades da secretaria municipal de educação de Coelho Neto - MA.

Constam dos autos, no que interessa à análise:

Minuta de Edital;

Anexo I – Termo de referência;

Anexo II – Minuta de Ata de registro de preços; e

Anexo III – Minuta de contrato .

02. PROFUNDIDADE DA ANÁLISE JURÍDICA E LIMITES DESTES OPINATIVO

A incumbência confiada à Assessoria Jurídica da Comissão de Contratação, no tocante ao exercício exclusivo das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, reclama um



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

constante aprimoramento intelectual que deve se refletir no teor das manifestações jurídicas emanadas e, o que é mais importante, conjugar-se aos mesmos esforços empreendidos pelos gestores consulentes para, em afinada sintonia, garantir a lisura dos atos administrativos e dos negócios jurídicos que se pretende celebrar.

Veja-se que o Tribunal de Contas da União recentemente reiterou que o trabalho dos órgãos jurídicos não pode se pautar em meras manifestações pró-forma, genéricas e demasiadamente sucintas. Trata-se do Acórdão n. 1.485, órgão julgador: Plenário, Relator o Ministro Augusto Sherman, Sessão de 26 jun. 2019. Eis o que a Corte assentou no dispositivo do acórdão:

Acórdão:

[...]

9.3.2. os pareceres jurídicos que suportam os procedimentos licitatórios e as contratações devem conter análise quanto à legalidade das cláusulas das minutas do edital e do contrato, com abrangência suficiente, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos a exame, conforme parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 e Acórdão 748/2011 e 1.944/2014 –ambos TCU - Plenário;

Outrossim, no corpo do voto do relator constou menção a outros precedentes históricos, conforme trecho(grifos no original):

Relatório:

[...]

14. O voto condutor do Acórdão 1.944/2014 – Plenário-TCU, trata da questão, nos seguintes termos:

25. Por outro lado, a partir da análise mais aprofundada dos documentos vinculados aos referidos certames, e ensejando a proposta de anulação dos procedimentos licitatórios, foram constatadas as seguintes irregularidades:

a) adoção de pareceres jurídicos pró-forma; e



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

b) projeto de implantação das creches diferentes do aprovado pelo FNDE.

26. de fato, a utilização de pareceres jurídicos sintéticos, de apenas uma página, com conteúdo genérico, **sem demonstração da efetiva análise do edital e dos anexos, em especial quanto à legalidade das cláusulas editalícias**, permitiu, no caso concreto, a presença de itens posteriormente impugnados, inclusive por meio da presente representação, e que foram alterados nos certames subsequentes.

27. Este Tribunal já se posicionou acerca **da necessidade de os pareceres jurídicos** exigidos pelo art. 38 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, integrarem a motivação dos atos administrativos, **com abrangência suficiente, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos a exame** (v. g.: Acórdão 748/2011-Plenário). (destaque não originais)

Para tanto, imprescindível que a análise jurídica atinja todos os meandros da consulta ou pedido de assessoramento que lhe é dirigido, o fazendo com a profundidade e extensão suficientemente necessários, não descurando de dar maior ênfase aos aspectos relacionados à juridicidade não só de cláusulas, minutas e fase prévia de planejamento e instrução, como também tecer indicativos de aperfeiçoamento, quando couber.

Nessa toada, convém antes demarcar que o parecer não se dedica a analisar quaisquer outros aspectos relativos ao mérito do ato administrativo pretendido.

Com efeito, não é outra a orientação traçada pela Advocacia-Geral da União, que afirma peremptoriamente que as Consultorias Jurídicas emitem pareceres de legalidade, não discutindo mérito (vide Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU disponível no site da Instituição, aba "cartilhas").

Desse modo, tais pareceres, ainda que incursionem minuciosamente cláusulas e



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

peças instrutórias, restringem-se ao exame dos fatos e da sua conformidade ao Direito que se lhes aplica, deixando de apreciar aspectos de conveniência e oportunidade como condicionantes de juridicidade.

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

Nesta forma, para confecção do presente instrumento, é de ser observada a isenção do profissional e o seu caráter opinativo (Art. 2o, § 3o da Lei referida), corroborado este entendimento pela liberdade administrativa do responsável, gestor, já que este poderá ou não seguir a opinião técnica segundo sua conveniência e finalidade. Reitera-se a liberdade de opinião do profissional, conforme o entendimento jurisprudencial que segue, assim como a desvinculação do profissional à opinião, cabendo ao gestor sua vinculação ou não, conforme sua conveniência.

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

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO PARECERISTA. SUPOSTO CRIME EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA D EINDICAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO CAUSÍDICO. ORDEM QUE DEVE SER CONCEDIDA. 1. NÃO SE PODE DEIXAR DE CONSIDERAR QUE SENDO O ATO DO PARECERISTA UM ATO OPINATIVO, A MANIFESTAÇÃO JURÍDICA NÃO SE CONSTITUI COMO ATO ADMINISTRATIVO EM SI, PODENDO APENAS SER USADA COMO ELEMENTO DE FUNDAMENTAÇÃO DE UM ATO ADMINISTRATIVO POSTERIORMENTE PRATICADO. 2. PRECEDENTE: STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - RELATOR (A): MIN. JOAQUIM BARBOSA - JULGAMENTO: 09/08/2007 - ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO - PUBLICAÇÃO: DJ 01-02-2008.



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

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

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

03. CONSIDERAÇÕES GERAIS DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL E DE BOAS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS

É pressuposto basilar de regularidade da instrução processual que todas as peças que deflagrem e digam respeito às fases interna e externa da licitação estejam confinadas em um mesmo autos de processo administrativo.

O panorama sobredito acena para a necessidade de uma ordem de ideias e uma concatenação de atos própria de qualquer processo, e ganha especial reforço em razão da orientação do *caput* do art. 38 da L. 8.666/1993.

Outrossim, os atos (minutas, despachos, relatórios, manifestações) devem observar a forma escrita em vernáculo, estarem datados e assinados por quem os produziu (ou advir essa informação do próprio sistema de processo virtual), cfe. se extrai dos arts. 22 e ss. da Lei n. 9.784/1999 - A Lei de Processo Administrativo da Administração Pública Federal.



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

Quanto às etapas iniciais do **planejamento da contratação**, quanto à necessidade da demanda e a motivação do ato que ensejará a subscrição da ata de registro de preços, sempre foi da jurisprudência itinerante dos órgãos de controle a necessidade de que os gastos dos recursos tenham respaldo no interesse público e a justificativa para a contratação contenha elementos minuciosos que contemplem o planejamento com a projeção, no futuro, de eventual obsolescência da solução buscada, consoante se pode colher da dicção do art. 6.º, IX, da Lei n. 8.666/1993, o Estatuto das Licitações.

Um aspecto a ser dissecado é a necessidade de prévia etapa de planejamento da contratação, agora não só às licitações de serviço, mas também às aquisições comuns.

O art. 8.º do Decreto n. 10.024/2019 elenca em seu inciso I que a instrução processual deve ser inaugurada, ao menos, com a peça nominada “*estudo técnico preliminar, quando necessário*”. Como dito acima, é uma exigência inerente aos serviços em geral e também já o era em relação às aquisições de bens de tecnologia da informação, por força da IN n. 04/2014/SLTI/MPOG.

Ocorre que a redação utilizada deixa espaço para futura complementação normativa, a fim de que se definam as situações em que a peça é necessária/obrigatória.

Ainda no que se refere à instrução do processo licitatório, vale reforçar as orientações atinentes à **estimativa de custos/pesquisa de preços**.

A compulsoriedade de se promover, antecipadamente a qualquer compra pública, diligências visando à análise de sua compatibilidade com os preços corriqueiramente praticados é também extraída da dicção do art. 15, inciso V, *in verbis*: “Art. 15 -As compras, sempre que possível, deverão: [...] V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública”. Soma-se a isso o comando esquadrinhado no art. 43, IV, ambos da Lei n. 8.666/93, segundo o qual é um procedimento de julgamento da licitação (e, por conseguinte, se apresenta ao caso em tela por analogia):



ASSESSORIA JURÍDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

(grifo nosso)

Concluída a estimativa de custos, o processo deve ser submetido ao setor competente para indicação da **disponibilidade orçamentária**, quando se tratar de pregão tradicional (**aquisição imediata**), por força do que determinam os arts. 14 e 38, *caput*, da Lei nº 8.666/93, bem como o art. 60 da Lei n. 4.320/1964.

O pregão lançado pela sistemática do sistema de **registro de preços - SRP** está **dispensado** dessa peça de instrução, por não abarcar vinculação de realização de despesa, cfe. preleciona o art. 7.º, § 2º, do Decreto n. 7.892/2013, *in verbis*: "[...] § 2º Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil".

Anoto que a **autorização** de abertura da licitação, nos termos do art. 13, III, e a **aprovação** da versão final do Termo de Referência, disciplinada pelo art. 14, inciso II, todos do Decreto 10.024/2019, devem também sempre estarem contempladas na instrução processual.

04. ANÁLISE DA MINUTA

Passo a analisar a minuta de edital e sua conformidade com o regulamento da modalidade pregão em sua forma eletrônica, qual seja, o Decreto n. 10.024/2019 que, dentre as suas disposições, revogou expressamente o Decreto n. 5.450/2005, substituindo integralmente o regulamento da Lei n. 10.520/2002.

Destaco que o uso do **pregão em sua forma eletrônica é obrigatório**, e não apenas



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

recomendável (art. 1.º, § 1.º), regra observada no caso em tela.

Quanto à **apresentação das propostas**, o prazo mínimo entre a publicação do edital e a data de abertura da sessão de pregão continua sendo de 8 (oito) dias úteis (art. 25 do decreto e art. 4.º, V, da L. n. 10.520/02).

O formato e meio de apresentação da proposta é unicamente o digital, cf. alerta o art. 43, § 2.º, do decreto. Nesse sentido, a documentação habilitatória deverá atender às exigências previstas no item 5.1 da minuta do edital.

O edital deverá contemplar que o **prazo** para envio da proposta adequada ao preço pelo qual se sagrou vencedor o licitante na licitação, além de eventuais documentos complementares aos obrigatoriamente apresentados inicialmente pelo licitante, será de no mínimo 02 (duas) horas, a teor do que estabelece o art. 38, § 2.º, do decreto, o que foi previsto no item 7.29.2 e 9.3 da minuta do edital. **Deve-se deixar claro que não encaixa nessa possibilidade o envio de documentação habilitatória que deve obrigatoriamente ser enviada junto com a proposta, o que será considerado intempestivo, redação essa ausente na presente minuta.**

As demais regras de **aceitação**, critério de aferição de exequibilidade e saneamento de vícios que não comprometam a proposta foram tratados em conformidade com as disposições do art. 47 do decreto.

O tipo, em que pese continue sendo o menor preço, agora também acolhe a sistemática da adoção do **critério de julgamento** pelo maior desconto (*ex vi* do art. 7.º). O Tribunal de Contas da União já vinha admitindo seu uso em determinadas hipóteses. Eis um caso concreto em que houve esse pronunciamento (Acórdão n. 818/2008 - Segunda Câmara, Relator o Ministro Aroldo Cedraz, Sessão de 01 de abril de 2008):

Sumário: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO.
CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO.

A



ASSESSORIA JURÍDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA
PARCIALMENTE

ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES. 1. O julgamento de propostas feito com foco no desconto a incidir sobre determinada tabela de preço prefixada, apesar de se enquadrar como licitação do tipomenor preço, deve se restringir aos casos de contratação em que o parâmetro de menor preço seja econômica e operacionalmente inviável, uma vez que aquele critério apresenta maior vulnerabilidade a fraudes e a majorações de preço alheias ao controle da Administração Pública.

Por conseguinte, a instrução processual deve ser capaz de angariar elementos que balizem a opção, continuando a ser concebido como preceito geral o critério de menor preço, isso a fim de evitar a vulnerabilidade da Administração, como mencionado no acórdão.

No tocante à apresentação de **esclarecimento e impugnação**, ambos agora contam com o prazo de até 03(três) dias úteis anteriores à abertura da sessão pública da licitação, bem como de 02 (dois) dias úteis para serem respondidos pelo pregoeiro. Os prazos legais de impugnação e pedido de esclarecimentos foram observados nos itens 23.1 e 23.5. **Já os prazos de resposta (itens 23.3 e 23.6) apostos na minuta infringem o Decreto Federal**

Dentre os dois modos de disputa estabelecidos, adotou-se nesta minuta o **modo aberto seguido do fechado**, onde os licitantes mais bem classificados passam para a fase seguinte da etapa competitiva e poderão apresentar um último e único lance, o que tem o condão de induzi-lo a, ante a incerteza sobre o valor da proposta de seu concorrente, conferir o máximo possível de desconto ou o valor mais baixo e exequível de sua proposta, com o intuito de garantir sagrar-se vencedor.

Trata-se de verdadeiro mecanismo que sofisticada essa etapa da concorrência pública e incentiva a participação mais ativa do licitante, exigindo-lhe maior engajamento na competição, a fim de que conquiste o objeto almejado. Sob a perspectiva dos interesses econômicos da



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

Administração, potencializa o objetivo de se alcançar a proposta mais vantajosa.

O lapso temporal da fase competitiva do certame observa o novo regramento no que se refere ao modo de disputa aberto e fechado (item 7.10 e seguintes).

Os **requisitos habilitatórios** mínimos exigidos (**habilitação técnica, regularidade jurídica, fiscal, trabalhista e perante o FGTS**) afiguram-se coerentes com a natureza (aquisição) e demonstram a observância da Administração em não exarar exigências que exasperem o mínimo exigido pela Lei n. 8.666/93, consoante prevê o art.32, § 1.º, desse diploma legal [o que prevê o tópico 9 da minuta.

O rigor das exigências não extravasa a proporcionalidade e é condizente com a ausência de complexidade do objeto licitado, estando de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Súmula nº 263 do TCU.

05. TERMO DE REFERÊNCIA

Quanto ao conteúdo do **Termo de Referência**, vale lembrar, submete-se aos rigores do art. 3.º, XI, do Decreto n. 10.024/2019, que assim dispõe:

[...]

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

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



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

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

No tocante ao **agrupamento global de itens (lote)** em linhas gerais, a norma contém a orientação de que a regra não seria o agrupamento, o permitindo apenas visando à economia de escala em razão da ampliação de competitividade, desde que haja algum grau de afinidade/similaridade/adequação técnica, quando sua veiculação de modo avulso for desinteressante aos potenciais licitantes e quando tecnicamente a dispersão do lote em itens for inviável ou desaconselhável em vista da qualidade e integridade do objeto executado.

Igual previsão extrai-se do art. 8.º do Decreto n.º 7.892/2013 (por analogia ou por aplicação direta, a depender se a sistemática adotada for a da contratação imediata ou do SRP, respectivamente):

Art. 8º O órgão gerenciador poderá dividir a quantidade total do item em lotes, quando técnica e economicamente viável, para possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.

Há precedente paradigmático da Corte de Contas da União, aliás, que aborda a matéria e, como sói ocorrer nesses tipos de acórdãos, disciplina didaticamente o que deverá ser observado pela Administração licitante.



ASSESSORIA JURÍDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

É o Acórdão n. 2.401/2006 (TCU, Plenário, Relator Ministro AUGUSTO SHERMAN, Sessão de: não consta) s.g. no original:

Sumário

Representação de licitante. pregão. registro de preços de periféricos e suprimentos de informática. licitação por lotes. definição dos lotes em função do local de entrega. irregular indicação de marcas. restrição significativa ao caráter competitivo do certame. determinação no sentido de que somente se dê prosseguimento à licitação após implementadas todas as condições e correções necessárias, momento em que se deverá proceder à republicação integral do edital, reiniciando a contagem dos prazos legais para apresentação de novas propostas 1) é irregular o agrupamento, em um mesmo lote a ser licitado, de objetos divisíveis, haja vista o disposto no art. 23, § 1º, da lei 8.666/93 e na Súmula 247 do TCU; 2) o agrupamento em lotes previsto no art. 5º do decreto 3.931/2001 somente pode abranger itens de natureza semelhante; 3) é ilegal a indicação de marcas, nos termos do § 7º do art. 15 da lei 8.666/93, salvo quando devidamente justificada por critérios técnicos ou expressamente indicativa da qualidade do material a ser adquirido.

Referido precedente não se encontra superado, consoante se infere de julgado recente (Acórdão de relação n. 2559/2014. TCU, plenário, relator Ministro Bruno Dantas, Sessão de 01/10/2014), s.g. no original:

[...]

1.6. dar ciência ao Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais – IFMG acerca das seguintes irregularidades constatadas no âmbito do instrumento convocatório do Pregão Eletrônico 124/2014:

[...]



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

1.6.4. agrupamento do objeto do certame em lotes, cujos itens não guardam a mínima relação entre si, e, no caso do registro de preços, enseja a realização de jogo de planilha, uma vez que as aquisições efetivamente realizadas podem não guardar necessariamente a mesma proporcionalidade da tabela utilizada para fins de julgamento das propostas, atentando, portanto, contra a economicidade da contratação, em infringência ao princípio maior da licitação, quer seja, a busca da proposta mais vantajosa para a Administração, previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993;

É o que se colhe da doutrina, inclusive, menos conservadora (MENDES, Renato Geraldo. O Processo de Contratação Pública: Fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, p. 145-46.):

A divisão do objeto em itens e lotes é um instrumento legal que visa a propiciar a ampliação à competição e, assim, permitir que mais pessoas disputem o contrato. Tal determinação decorre do

§ 1º do art. 23, que diz textualmente: “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala”. Além do referido preceito, a obrigatoriedade de ampliação da competição é reafirmada no § 7º do citado comando.

É possível asseverar que o valor contido na norma impõe o dever de dividir o objeto sempre que for tecnicamente possível e economicamente viável, não se tratando, portanto, de mera faculdade a ser exercida pela Administração. É evidente, também, que a norma foi fixada em razão da possibilidade de haver restrição imotivada à competição. Portanto, a divisão do objeto se



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

justificará sempre que houver possibilidade de restrição da disputa e não precisará ocorrer quando a competição não se revelar comprometida, ainda que tecnicamente seja possível a divisão.

[...]

Há uma relação estreita entre o aspecto qualitativo do objeto e a questão técnica, e uma relação direta entre a quantidade do objeto e a questão da economicidade. Não é possível dividir o objeto e a qualidade da solução definida for comprometida. Da mesma forma, em princípio, não é viável reduzir a quantidade do objeto se representar indiscutível prejuízo à economicidade.

Colhe-se da doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed. rev., atual. e amp. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 440) um posicionamento bastante pragmático no tocante à aplicação desse princípio:

[...]

4.1.3) O requisito de natureza técnica

Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável nem, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. Se a Administração necessitar adquirir um veículo, não teria sentido licitar a compra por partes (pneus, chassis, motor etc.). Mas seria possível realizar a compra fracionada de uma pluralidade de veículos. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento.

4.1.4) O requisito de natureza econômica



ASSESSORIA JURÍDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos.

Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas. A possibilidade de participação de maior número de interessados não é objetivo imediato e primordial, mas via instrumental para obter melhores ofertas (em virtude do aumento da competitividade). Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares.

A fragmentação interna é consequência da exigência legal de haver parcelamento das contratações, opção essa que reverbera o preceito de que a concentração de diversos objetos e de um mesmo licitante para a sua satisfação são circunstâncias que desatendem à própria essência da lei de licitações que, ao contrário, ventila a ampla participação e a disputa como pilares inarredáveis do processo tradicional de compras públicas.

Com isso, viabiliza-se a participação de licitantes de pequeno porte, normalmente sediados na região do em torno do órgão, o que contribui para concretizar outro objetivo licitatório que é o desenvolvimento nacional sustentável.

Outrossim, há situações em que, a depender das peculiaridades do bem e de como se comporta o mercado ao ofertá-los, nem todos eles integram comumente o rol de atividade econômica de uma mesma empresa. Nesse cenário, o gestor público deve ter consciência de que confinar vários itens em agrupamento/lote, apesar de afins, frustrará a expectativa de que o maior número possível de potenciais licitantes participe do certame.



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

Nesse sentido trabalha-se com exemplos como de material de escritório, onde hipoteticamente um órgão que demande vultosa quantidade de folhas de papel para impressão agrupe esse item com canetas esferográficas, lápis, de modo a afastar da competição uma fabricante de papel, por exemplo, que teria condições de ofertar e honrar uma proposta mais vantajosa para esse item, mas não para os demais e, já que a oferta a todos é compulsória, não participaria ou teria sua proposta inicialmente desclassificada. Sobre o assunto, veja-se o Acórdão n. 964/2013 (TCU, Plenário, Relator o Ministro Raimundo Carreiro, Sessão de 17/04/2013).

Por outro lado, se a desagregação de itens afins tornar-se desatrativa em razão do baixo vulto, expertise essa adquirida pelo setor de compras do órgão ao notar que habitualmente há deserção, fracasso em licitações ou abandono do contratado, o princípio do parcelamento há que ser afastado, pois é assente na jurisprudência da Corte de Contas da União que o gestor deve constantemente buscar a aproximação do setor público com as proposições diversas apresentadas pelo mercado privado.

Igual conduta pode ser tomada quando, ainda que não se verifique a ausência total de interesse, o custo estimado sofra um considerável incremento frente ao desconto que se obteria caso o item fosse agregado a um conjunto de outros e o mercado suporte o fornecimento/prestação do bem/serviço agrupado - ainda que o leque de licitantes diminua, mas desde que não consideravelmente. Ou seja, pode-se afastar, nesses termos, o princípio do parcelamento se a sempre esperada economia de escala der prenúncios de que não se concretizará.

Por fim, no caso de itens afins com potencialidade de serem isoladamente licitados, mas que, assim agindo, colocar-se-ia em risco considerável a harmonia, uniformidade, padronização e a própria qualidade, notadamente em se tratando de serviços em que há interdependência entre tarefas a serem executadas, não deve haver proibição de agrupamento.

Compulsando-se a minuta, verifica-se que há nos autos justificativa apresentada pela Autoridade Competente, Anexo I - Termo de referência (item 3) para adoção do julgamento pelo menor preço por item.



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

06. MINUTA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Sistema de Registro de Preços - SRP encontra previsão no art. 15 da Lei nº 8.666/93 e é regulamentado, propriamente, pelo Decreto nº 7.892/2013. Por meio desse sistema, a administração seleciona pessoa jurídica que se dispõe a fornecer material ou prestar serviços por determinado valor previamente registrado em ata firmada pelas partes, a qual deve vigorar por determinado prazo, até o limite de 12 meses.

A principal vantagem de sua utilização é que, mesmo estabelecido o prazo de vigência do registro dos preços, a administração não fica obrigada a solicitar os materiais e não fica cingida ao prazo da execução orçamentária.

Ou seja, no caso de aquisições de bens comuns por meio do SRP, a administração pode requerer os materiais objeto da aquisição ainda durante o exercício em que se concluiu a licitação ou no exercício seguinte, desde que obedecido o prazo da ata e do contrato que, eventualmente, dela pode decorrer.

Para utilização do SRP, a administração deve enquadrar o caso concreto num ou mais incisos do art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013, que assim dispõe:

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

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

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

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

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



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

Administração.

A utilização do sistema de registro de preços pressupõe, ainda, a confecção da minuta da respectiva ata, anexa ao edital e, em alguns casos, do contrato, conforme art. 62, da Lei nº 8.666/93.

O modelo de ata utilizado parece cumprir os requisitos mínimos que lhe são próprios, prescindindo de reparos.

07. MINUTA DE CONTRATO

No que se refere à minuta de contrato, tem-se a regulamentação na Lei no 8.666/93, cujo art. 54 assim dispõe:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Em seguida, o seu art. 55 prescreve:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos; II - o regime de execução ou a forma de fornecimento; III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; VI

- as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão; IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

A delimitação do objeto, a especificação das formas de recebimento dos bens, forma de pagamento, obrigações e vinculação aos termos do projeto básico guardam coerência com o objeto contratado.

Há prazo previamente estipulado para o caso de necessidade de substituição de bem.

O instrumento, em si, preenche os requisitos mínimos estabelecidos pelos arts. 55 e 66 a 76, da Lei n.º 8.666/1993.

08. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se a abertura de processo administrativo devidamente autuado, protocolado e numerado



ASSESSORIA JURIDICA DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

A justificativa da necessidade da contratação, conforme descrito no item 3 do Termo de Referência.

Constata-se no processo pesquisa de Preços

Com relação aos dispositivos pertinentes ao sistema de registro de preços (Decreto nº 7.892/2013), observa-se o atendimento aos procedimentos referentes: à Intenção para o Registro de Preços – IRP; ao modo de operacionalização das adesões a ata; à formação do Cadastro de Reserva; e à forma de operacionalizar a revisão dos preços registrados, bem como as regras de revisão e cancelamento dos preços registrados, previstos nos arts. 17 a 21 do Decreto.

A indicação de recursos orçamentários no edital é dispensada, tendo em vista que ela somente ocorrerá previamente à emissão da Nota de Empenho (§ 2º do art. 7º do Decreto nº 7.892/13).

09. CONCLUSÃO

Diante do exposto, aprovo a MINUTA DE EDITAL, desde que:

a) Seja incluído na cláusula **9.3**, que versa sobre o prazo de envio de eventuais documentos complementares, **que não se encaixa nessa possibilidade o envio de documentação habilitatória que deva obrigatoriamente ser enviada junto com a proposta, o que será considerado intempestivo.**

É a manifestação jurídica, de caráter opinativo.

Coelho Neto (MA), 29 de março de 2022.


Flávio Setton Sampaio de Carvalho

Advogado OAB-PI 7614

Assessor Jurídico da Comissão de Contratação