PARECER JURÍDICO

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Minuta de Edital. Análise da legalidade.

I - RELATÓRIO

1. Retornam a esta **ASSJ** da **DIGA**F os autos do processo SEI n° (22.005117-8) para análise jurídica da minuta do edital de licitação (0551143), na modalidade pregão eletrônico, critério de julgamento pelo menor preço por grupo, modo de disputa aberto.

2. No que se refere a instrução processual, foi acostado aos autos a documentação, em especial:

a) Estudos Técnicos Preliminares (0527864) e (0531583);

b)Análise de Riscos da Contratação (0527866);

c) Termos de Referência n^{os} 285/2022 e 297/2022 (0527868), (0531584);

d) Memorando da **COMAT** (0530185);

e) Análises Técnicas da **DIGCIN** (0531156) e (0531716);

f) Autorização do Gestor deste Tribunal quanto ao prosseguimento do feito (0538915);

g) Pesquisa de preços empreendida pela **COADM** (0540899), (0542750), (0543959) e (0544473);

h) Planilha **COADM** (0544474);

i) Despacho n° 551/2023 da **COMAT** aquiescendo à cotação de preços realizada pela **COADM** (0544871);

j) Autorização emitida pela Coordenadoria de Finanças (0545088);

k) Despacho n° 677/2023 da **COOFI** encaminhando os autos a **ASSJ** para análise e emissão de parecer jurídico (0545228);

l) Parecer Jurídico n° 16/2023 (0545602);

m) Cópia do Certificado de Capacitação e Formação de Pregoeiro (0551141);

n) Portaria n° 157/2022 designando Comissão Permanente de Licitação Compras e Serviços, Obras e Serviços de Engenharia deste Tribunal de Contas (0551142);

o) Minuta de Edital (0551143).

3. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

4. Inicialmente, deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe, limitando-se ao exame dos aspectos jurídico-legais da minuta de edital (0551143) em questão, não cabendo a esta Assessoria Jurídica, portanto, opinar sobre questões de mérito decorrentes do poder discricionário, atribuição esta conferida à autoridade competente, na prática dos atos da Administração Pública, na consecução do interesse público. Assim, a **ASSJ** não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos administrativos ou de conveniência ou oportunidade.

5. DA ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA

6. O pregão consiste em modalidade de licitação instituída pela Lei Federal nº 10.520/2002, para a aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

7. Nos termos do parágrafo único do art. 1º do referido diploma legal [1], são considerados bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

8. Da definição legal pode-se extrair que um objeto de natureza complexa pode ser licitado mediante pregão, desde que tenha padrões de desempenho e qualidade objetivamente aferíveis, por meio de especificações habituais no seu âmbito de fornecimento. Ou seja, para os fins do Decreto Federal nº

10.024/2019, “bens e serviços comuns”, incluindo os serviços comuns de engenharia, são considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações reconhecidas e usuais do mercado. Esta é, aliás, a interpretação de Jessé Torres Pereira Júnior [2], que leciona:

> *"Em aproximação inicial do tema, pareceu que ‘comum’ também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser ‘comum’, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto”.*

9. Ora, o caso em análise trata-se de contratação de serviço comum conforme definição do artigo 1°, parágrafo único da Lei Federal n° 10.520/2002. Nesse particular, sob o prisma legal, pode ser licitada mediante pregão, pois foi especificado objetivamente na minuta do edital. Trata-se, portando, de serviço comum, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Lei Federal nº.10.520/2002 c/c com o art. 1° e art. 3° inciso II, do Decreto Federal n° 10.024/2019.

10. DA FASE PREPARATÓRIA PARA PREGÃO

11. No que tange aos procedimentos iniciais de abertura do procedimento licitatório a Lei nº. 10.520/2002 estabelece:

> *Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:*
>
> ***I** – a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;*
>
> ***II** – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;*
>
> ***III** – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e*
>
> ***IV** – a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.*

12. Analisando os autos, observa-se que foram juntados os elementos necessários, elencados no inciso I, tais como: definição do objeto, exigência de habilitação, justificativa da contratação, critérios de aceitação das propostas, sanções e prazos.

13. Valioso salientar que o Decreto Federal nº 10.024/2019 trouxe, em seu art. 3º, dentre outras, a definição de termo de referência, como sendo:

> *XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:*
>
> *a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:*
>
> *1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;*
>
> *2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e*
>
> *3. o cronograma físico-financeiro, se necessário;*
>
> *b) o critério de aceitação do objeto;*
>
> *c) os deveres do contratado e do contratante;*
>
> *d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária;*
>
> *e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços;*
>
> *f) o prazo para execução do contrato; e*
>
> *g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.*

14. É forçoso perceber que a especificação clara e precisa do objeto, bem assim de todos os elementos que o caracterizam possibilitam a adequada pesquisa dos preços, imposta pelo nosso ordenamento jurídico.

15. Para satisfazer a exigência da alínea "II" do § 2° do art. 40 da Lei Federal n°. 8.666/93, cita-se a presença de orçamentos fornecidos por empresas do ramo do objeto que ensejou a elaboração da planilha (0544474) que detalhou o preço médio de mercado expressando a composição de todos os custos. Contudo, embora essa documentação esteja acostada aos autos (inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520/02), somente será revelada apenas e imediatamente após o encerramento dos lances (§2º do art. 15 do Dec. 10.024/2019), considerando que no presente edital optou-se pelo caráter sigiloso do valor estimado.

16. Insta observar que a Lei Federal n°. 10.520/02 aduz que o orçamento detalhado não precisa necessariamente integrar o edital, bastando para tanto estar nos autos, conforme o inciso III, art. 3º.

17. Todavia, há de se ressaltar que, no que concerne ao valor estimado ou valor máximo negociável, o já mencionado Decreto Federal nº 10.024/2019 estabeleceu a possibilidade de haver o caráter sigiloso desses valores, nos seguintes termos:

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

18. Quanto aos preços ofertados, a cotação de preços deve ser ampla e atualizada, de modo a refletir, efetivamente, a realidade do mercado. Para tanto, o TCU orienta que a Administração obtenha, no mínimo, três cotações válidas. Se não for possível, as pesquisas de preços podem ser realizadas mediante a utilização de contratações similares de outros entes públicos, em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso.

19. Assim, para evitar distorções, "*além de realizar pesquisa que seja adequada às características do objeto licitado e tão ampla quanto a característica do mercado recomende, é salutar que a Administração busque ampliar sua base de consulta através de outras fontes de pesquisa*", tais como bases de sistemas de compras e avaliação de contratos recentes ou vigentes. No caso em análise foram apresentadas 03 (três) propostas de preços, por meio de cotações diretas a empresas do ramo do objeto do TR, além de consultas de preços públicos por meio da plataforma digital "Banco de Preços" que acessa o banco de dados do site de compras governamentais da esfera federal *Comprasnet*, que culminou na elaboraação do Doc. SEI n° (0544474), informando que o valor da média para a contratação dos serviços de manutenção dos grupos geradores com fornecimento de materiais é de R$ 36.699,96 (trinta e seis mil e seiscentos e noventa e nove reais e noventa e seis centavos).

20. Observa-se que as empresas pesquisadas devem ser do ramo pertinente à contratação desejada (Acórdão nº 1.782/2010-Plenário) e que não pode haver vínculo societário entre as empresas pesquisadas (Acórdão nº 4.561/2010-1ª Câmara).

21. Ademais, vale asseverar que a adequada pesquisa de preços é essencial para avaliar o orçamento da contratação, sendo imprescindível para verificar a existência de recursos suficientes para acobertá-la. Serve, também, para afastar o risco de limitação ou ampliação indevida da participação no certame, uma vez que o valor contratual estimado é determinante para definir se a licitação deve ser destinada exclusivamente às empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas.

22. Em análise à minuta do Edital, observa-se que nela estão previstas as regras que disciplinarão o procedimento licitatório, de forma clara e objetiva, tendo sido observado o disposto no art. 40 da Lei Federal nº. 8.666/93, que dispõe exemplificadamente acerca do seu conteúdo.

23. Soma-se a isso que a minuta de edital apresentada também recepcionou o regramento do Decreto

Federal nº 10.024/2019, fazendo constar os prazos de impugnação, pedidos de esclarecimentos e suas respostas; vinculação das respostas aos pedidos de esclarecimentos a todos os participantes e à própria Administração; modo de disputa; critérios de desempate; envio antecipado dos documentos de habilitação; intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, tanto em relação dos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta. Inobstante, visando a melhor aplicação do regime jurídico, passaremos a mencionar algumas situações passíveis de serem alteradas, a saber:

> *a) Em relação a **Seção III - Dos Recursos Orçamentários** - **subitem 3.1.**, no que concerne aos elementos de despesa exarados na minuta de edital, verifica-se que divergem dos dados orçamentários contidos na Autorização n° 5/2023 (0545088);*
>
> *b) Ademais, relativamente ao **subitem 11.3.1.**, o pronome "no" está sequencialmente repetido, sendo, portanto, recomendado que seja suprimido.*

24. Quanto as propostas apresentadas para fins de documentação e que determinaram a média de preços praticados pelo mercado, nota-se que essas contêm:

> *· A identificação do servidor responsável pela cotação (AC-0909-10/07-1);*
>
> *· A caracterização completa das empresas consultadas, com menção ao endereço e números de telefones (AC-3889-25/09-1);*
>
> *· Indicação dos valores praticados (AC-2602-36/10-P) de maneira fundamentada e detalhada (AC-1330-27/08-P);*
>
> *· Data e local de expedição dos orçamentos apresentados (AC-3889-25/09-1).*
>
> *· Assinatura das empresas que ofereceram as propostas.*

25. Quanto à minuta de contrato acostada nos autos, esta atentou para os requisitos do art. 55 da Lei de Licitações, que especifica as cláusulas obrigatórias para todos os contratos administrativos, quais sejam: que define o objeto, o regime de execução, o preço e as condições de pagamento, os prazos, o crédito pelo qual correrá a despesa, os direitos e responsabilidades das partes, os casos de rescisão, o foro competente, dentre outras especificidades tal qual aduz, inclusive, o aclamado doutrinador, Jessé Torres Pereira Júnior [3] , em comentários ao artigo 55, da Lei 8.666/93, que assim aduz:

> *Tenha – se em mente que o contrato, como acordo de vontades, não se confunde com o instrumento que o materializa. O comando do art. 55 dirigiu – se ao conteúdo mínimo obrigatório do acordo, e, não, ao que se deva ser escrito neste ou naquele instrumento por meio do qual serão reveladas as condições resultantes da vontade dos contraentes. (....) No elenco do art. 55 distinguem – se as cláusulas que carecem de adaptação às circunstâncias de cada contrato (incisos I a VIII, X e XII) daquelas que independem dessa adaptação (incisos IX, XI e XIII) para que tenha plena eficácia, ainda que o contrato não haja sido reduzido mediante termo. Seja como for, todo contrato celebrado pela administração apresenta a estrutura irredutível definida no art. 55.*

26. Marçal Justen Filho em sua obra: "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos"[4], comentando sobre os elementos constituintes do Contrato Administrativo, focando em especial o "Objeto" do contrato, aduz o seguinte:

> *"O objeto do contrato é seu núcleo. Consiste nas prestações que as partes se obrigam a realizar. O objeto imediato do contrato administrativo é a conduta humana (consistente em um dar, fazer ou não fazer). O objeto mediato do contrato administrativo é o bem jurídico sobre o qual versa a prestação de dar, fazer ou não fazer. O ato convocatório, ao definir o 'objeto da licitação', estabelece uma delimitação geral e imprecisa do 'objeto do contrato'. Antes de examinada as propostas e selecionada a mais vantajosa, não se pode precisar de modo rigoroso qual o conteúdo e a extensão da prestação assumida por cada parte".*

27. Em adição ao ensinamento acima, a jurisprudência do TCU dispõe [5]:

> *"(...) na formalização de instrumentos contratuais com as fundações de apoio e, em especial com a FUNRIO, observe rigorosamente os incisos I e IV, do art. 55, da Lei nº 8.666/93 e art. 1º da Lei nº 8.958/94, fazendo incluir nesses atos todas as cláusulas exigidas legalmente, devendo (...) ser promovida a correção referente à identificação do objeto contratado, que deve ser claro, preciso, discriminando detalhadamente os serviços abrangidos, suas características e quantidades, prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo".*

28. Contudo, intencionando melhor atender aos princípios de clareza e objetividade do referido regime jurídico, esta assessoria jurídica apresenta as seguintes recomendações acerca da minuta do contrato, Anexo VI da minuta do Edital (0551143), a saber:

*a) No que concerne ao subitem "**3.4.4.2.1.** O valor estimativo para gastos com peças arcados pelo TCE/TO, pelo período de 01 (um) será de R$ 20.000,00 (vinte mil reais)", recomendamos que seja esclarecido o período de 01 (um) a que se refere, a exemplo: mês/ano;*

*b) Em relação a ordem numérica, observa-se que o **subitem 2.2.** se repete e o **subitem 16.4** está sequentemente repetido;*

*c) Ademais, no que tange o **subitem 8.7** que consignou: "A CONTRATADA deverá realizar o recolhimento de todos os resíduos recicláveis descartados, de forma seletiva, em **observância ao decreto nº 5.940/2006**". Posto isto, observa-se que o referido Decreto em destaque foi revogado pelo Decreto n° 10.936 de 2022, que regulamenta a Lei n° 12.305/2010;*

*d) Outrossim, no tocante ao **subitem 9.4.**, in verbis:*

***"9.4.** O laudo técnico deverá ser assinado pelo responsável técnico da empresa de manutenção, com as seguintes informações: nome, registro, CREA, assinatura, data e local". Dessa forma, considerando a possibilidade de habilitação do profissional técnico, sugerimos que seja alterado para a seguinte redação:*

***"9.4.** O laudo técnico deverá ser assinado pelo responsável técnico da empresa de manutenção, com as seguintes informações: nome, registro, **CREA/CFT**, assinatura, data e local".*

III - CONCLUSÃO

29. Analisada a minuta do Edital de Pregão, verifica-se que esta seguiu as cautelas recomendadas pela Lei Federal n° 10.520/2002, com aplicação subsidiária da Lei 8.666/93.

30. Ante o exposto, manifestamos pelo **prosseguimento do feito**, desde que sejam observadas as recomendações dos **itens 23** e **28** desta peça opinativa.

31. Inobstante, sugerimos, ainda, que seja colhida a assinatura no edital, bem como seja providenciada a publicação do aviso de licitação no Diário Oficial do Estado do Tocantins, no Boletim Oficial deste Tribunal e no seu sítio eletrônico (portal da transparência – licitações).

32. É o parecer, s.m.j.

33. Encaminho para apreciação superior.

---

[1] Art. 1º da Lei nº 10.520/2002: "Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado".

[2] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública.** São Paulo: Editora Renovar, 2002. Pág. 966. No mesmo sentido, Vera Scarpinella salienta: " (...) o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou não sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital." (SCARPINELLA, Vera. **Licitação na Modalidade de Pregão.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 177.)

[3] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 375/376.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**,17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[5] Acórdão TCU nº.68/2007, 2ª C., rel. Min. Aroldo Cedraz. Publicado pela Editora Dialética, 13ª ed.pág. n°.683.

Documento assinado eletronicamente por **AMANDA BRITO CARDOSO**, **ASSESSOR III**, em 09/02/2023, às 11:46, conforme art. 4º da Resolução Administrativa TCE/TO nº 001, de 15 de outubro de 2014.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tceto.tc.br/sei/processos/verifica.php informando o código verificador **0553801** e o código CRC **6A60CA40**.