



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

INTERESSADO: NÚCLEO DE GESTÃO DE COMPRAS DO CSC

EMENTA: ANÁLISE MINUTA DE EDITAL – PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS - MENOR PREÇO - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE LICENÇAS DE USO DE SOLUÇÃO CORPORATIVA DE ANTIVÍRUS EM ATENDIMENTO AOS ÓRGÃOS E ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APROVAÇÃO COM RESSALVAS.

PROTOCOLO: PLANEJAMENTO SIRP 351/2015

SIGED 3146 1501 2015

1 – RELATÓRIO

O Núcleo de Compras do Centro de Serviços Compartilhados – CSC, por meio do Memo.CSC/Compras/Célula 1 nº 218/2015, com data de 09 de novembro de 2015, demanda avaliação e manifestação deste Núcleo de Assessoramento Jurídico acerca da minuta de Edital de Licitação, na modalidade Pregão, em sua forma Eletrônica, para registro de preços para contratação de empresa para fornecimento de licenças de uso de solução corporativa de Antivírus para Órgãos e Entidades da Administração pública do Estado de Minas Gerais.

Cumpre-nos salientar que foi publicado o Aviso de Consulta Pública em 08 de julho de 2015 (fl.01) para que os órgãos interessados apresentem sugestões ao termo de referência que estava em elaboração. Concomitante a isso foi encaminhada a este Núcleo de Assessoramento Jurídico consulta acerca da aplicação de ANS após o período de vigência, tendo em vista tratar o objeto de fornecimento de bem, o que não é passível de prorrogação e a licença dos softwares serem de 24 (vinte e quatro).

Como resposta a essa consulta este NAJ conclui o seguinte:

Pelo exposto, conclui-se que o contrato, segundo manifestação da área técnica, possui uma solução integrada como objeto, com o escopo delimitado, envolvendo tanto a aquisição da licença, mas também, e principalmente, serviços de atualização, de manutenção,



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

de suporte e de garantia, sem os quais não se completa o objetivo (finalidade) da contratação, formando uma solução indissociável.

Recomenda-se, portanto, que o prazo de vigência seja identificado ao da validade do uso da licença e dos serviços integrantes da solução, no caso 24 meses.

Admitido o prazo de 24 meses de vigência, e, portanto, de validade da licença, fica prejudicada a análise de aplicação do ANS em período posterior ao fim da vigência, já que nesses termos, o ANS cobrirá toda a vigência do contrato.

O expediente ora em análise é composto por volume único, numerado até fls. 134 e instruído por requerimentos, justificativas e documentos, cujo propósito é demonstrar a possibilidade jurídica da licitação, dando destaque aos seguintes documentos:

- cópia da publicação do Aviso de Consulta Pública (fls.01/03);
- Termo de Referência (fls.04/08);
- Ata-consulta pública (fls.09/27);
- documento de análise técnica- Consulta Pública Registro de Preços de Aquisição de Softwares Antivírus (fls. 29/30);
- Termo de Referência (fls.33/42);
- Relatório de Item de Serviço (fl.43);
- Planilha Consolidada RP 351/2015 (fl.47);
- Consulta Itens do Planejamento do Registro de Preços (fl.48);
- Parecer Jurídico nº 1187/2015 (fls.53/58);
- Consulta de Termos de Adesão- Seleção de órgão (fls.16/18);
- orçamentos (fls.59/77);
- quadro comparativo de preços (fl. 78);
- documento via e-mail (fl.79/81);
- cópia da Deliberação nº 003/2015 (fls. 83/85);
- Termo de Referência (fls.86/96)
- cópia da Resolução Seplag nº 12/2015 (fl.97);
- Minuta do Edital e anexos (fls. 98/133);
- Memo.Célula Compras 02 – CSC nº 218/2015 (fls.134);



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Por oportuno, imprescindível destacar que não cabe a este Núcleo verificar a legitimidade acerca da autoria e das declarações instruídas neste expediente e no Portal de Compras.

É o breve relatório.

2 – PARECER

Em sede preliminar, insta asseverar que o elastério das competências atribuídas a este Núcleo de Assessoramento Jurídico **não alcança o exame de critérios de oportunidade e conveniência** levados em conta pelo gestor para a contratação em questão, cingindo-se o presente parecer à análise da possibilidade jurídica da licitação, modalidade pregão, em sua forma eletrônica, a par do exame da minuta do edital e seus anexos, bem como os demais documentos que instruem os autos, em cotejo com as normas de regência da espécie, especialmente o Decreto Estadual n.º 44.786, de 18 de abril de 2008, Decreto Estadual n.º 46.311, de 16 de setembro de 2013 e a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, com suas alterações, **não adentrando o exame em questões técnicas, econômicas e financeiras, tampouco nos cálculos dos valores de referência para a licitação ou análise da compatibilidade do preço com o mercado, por ausência de atribuição e conhecimento técnico.**

Submete-se à análise jurídica a fase interna do Pregão Eletrônico para registro de preços para contratação de empresa para fornecimento de licenças de uso de solução corporativa Antivirus incluindo garantia, suporte e atualização para utilização no parque tecnológico do Governo do Estado de Minas Gerais.

A contratação ocorrerá mediante a realização de Pregão Eletrônico, sob o Sistema de Registro de Preços, cujas diretrizes encontram-se traçadas no art. 15, §§ 1º, 2º e 3º da Lei 8666/93, e no Decreto Estadual n.º 46.311/2013.

Dessa forma, há de se observar todas as regras pertinentes à utilização do pregão eletrônico, e, especificamente, as normas aplicáveis ao Sistema de Registro de Preços, nos termos do art. 9º do Decreto Estadual 46.311/2013.

É importante salientar que constam nos autos vários termos de referência que sofreram alteração ao longo da instrução processual. Desse modo, procederemos à nossa análise no Termo de Referência constante no Anexo I do Edital, ressaltando que é de inteira responsabilidade do Núcleo de Compras deste CSC a elaboração do referido documento.

Acerca da necessidade da contratação dos serviços, consta no termo de referência- Anexo I do Edital (fls. 111v/122) a seguinte justificativa:



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

A aquisição de licenças de antivírus possui, como intuito, prevenir a contaminação por vírus, malwares, suas variantes e demais ameaças cibernéticas, nos computadores da Contratante que podem pôr em risco o sigilo, a integridade e a disponibilidade das informações.

Devido à grande utilização de e-mails e acesso a páginas de internet, a aquisição de software de antivírus passa a ser necessária para fornecer segurança à infraestrutura de rede dos órgãos do Governo Estadual, sendo este licenciamento imprescindível para os ambientes informatizados.

Estas aquisições buscam proporcionar maior proteção aos computadores dos órgãos, resguardando problemas que possam prejudicar os serviços prestados aos cidadãos. Portanto, é uma questão de segurança, que possibilita garantir o desempenho das estações de trabalho e, por conseguinte, disponibilizar aos funcionários condições para a realização de suas atividades. A aquisição destas licenças é essencial para que estas tarefas sejam executadas com êxito.

Dessa forma, justifica-se a necessidade de aquisição dessas ferramentas para promover e realizar as atividades demandadas para o governo nos próximos anos.

Registre-se que o edital deverá cumprir, sempre que possível, os elementos obrigatórios do art. 40 da Lei 8.666/93, em especial, além do disposto no art. 7.º do Decreto Estadual n.º 44.786/2008 que disciplina a modalidade de licitação pregão em âmbito estadual.

No caso concreto, não incide a obrigatoriedade de comprovação de dotação orçamentária prévia, por se tratar de licitação a ser realizada sob a forma de Registro de Preços, inexistindo, *a priori*, o dever de a Administração adquirir a integralidade dos itens licitados.

Importante consignar ainda a metodologia para as ponderações ora exaradas, observando as recomendações do TCU¹:

"Ato convocatório - edital ou convite - é a lei interna de licitações públicas. Tem por finalidade fixar as condições necessárias à participação dos licitantes, ao desenvolvimento da licitação e à futura contratação, além de estabelecer determinado elo entre a Administração e os licitantes.

Deve ser claro, preciso e fácil de ser consultado.

¹ Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência ; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as exigências editalícias devem ser cumpridas integralmente, ressalvadas aquelas consideradas ilegais.

Não é demais afirmar que o sucesso da licitação depende de ato convocatório e anexos bem elaborados."

Serve-nos como norte o paradigma do TCU:

"A redação do edital de licitação deve ser clara e objetiva, não dando margem à interpretação diversa daquela tencionada pela administração. Adote providências no sentido de garantir a clareza e a objetividade na redação de editais de licitações, de forma a não suscitar dúvidas em sua interpretação."

Acórdão 1633/2007 Plenário (Sumário)

"e, ainda, seja clara e precisa, de modo a evitar obscuridades, inconsistências ou contradições."

Acórdão 1075/2008 Plenário

Lado outro, *'rigorismos formais extremos e exigências inúteis'* não pode conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente se o objeto é a ampla competitividade, respeitada a legalidade (REsp 797.179/MT, 1ª turma, Rel. Min. Denise Arruda, 07.11.06).

Enfim, o edital deve ser *'claro, preciso e fácil'*, *'de modo a evitar obscuridades, inconsistências ou contradições'* (TCU Acórdão 1075/2008 Plenário), bem como não pode ser excessivamente rigoroso ou conter exigências procedimentais inúteis. Enfim, *'não é demais afirmar que o sucesso da licitação depende do ato convocatório e anexos bem elaborados'* (Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU, 4ª ed. 2010), de modo que o *'edital não constitui um fim em si mesmo, mas um instrumento que objetiva assegurar a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração e a igualdade de participação dos interessandos'* (TCU/Plenário, Acórdão 366/2007, Rel. Min. Augusto Nardes)

2.1 – DO CABIMENTO DA MODALIDADE PREGÃO PARA AQUISIÇÃO/REGISTRO DE PREÇOS- TIPO MENOR PREÇO

No tocante à escolha da modalidade pregão, os fundamentos estão assentados em dois fatores: (1) a possibilidade jurídica de caracterização do objeto da licitação como um bem comum, nos termos da Lei n.º 10.520/2002, e da Lei Estadual n.º 14.147/2002; e (2) a necessidade de se registrar os preços e contratar com aquele que oferecer o menor valor pelo bem/serviço, dentro dos



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015
parâmetros objetivamente fixados no edital.

Sabe-se que o pregão é modalidade de licitação instituída pela Lei Federal n.º 10.520/ 2002, restrita à contratação de bens e serviços comuns, com disciplina e procedimentos próprios, visando acelerar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas, aplicando-se, subsidiariamente, as normas da Lei Federal n.º 8.666/1993. A própria lei acima mencionada, em seu art. 1º, esclarece o que se deve entender por “bens e serviços comuns”:

A especificação de quais os bens e serviços seriam considerados comuns ocorreu de modo exemplificativo, por força dos decretos que regulamentaram as respectivas leis federal e estadual, cujo dispositivo estadual aqui citamos:

“Decreto Estadual n.º 44.786/08

Art. 1º Este Decreto estabelece normas e procedimentos para a realização de licitação na modalidade de pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e de serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais. (...)

Art. 3º (...)

§1º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no objeto do edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado, tais como os exemplificados no Anexo.”

Vale dizer que Tribunal de Contas da União, em análise quanto à abrangência do significado de bens e serviços comuns, já se manifestou diversas vezes, tais como nos Acórdãos n.º 313/2004, 2.471/2008, ambos do Plenário:

11. O administrador público, ao analisar se o objeto do pregão enquadra-se no conceito de bem ou serviço comum, deverá considerar dois fatores: os padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos no edital? As especificações estabelecidas são usuais no mercado? Se esses dois requisitos forem atendidos o bem ou serviço poderá ser licitado na modalidade pregão.

12. A verificação do nível de especificidade do objeto constitui um ótimo recurso a ser utilizado pelo administrador público na identificação de um bem de natureza comum. Isso não significa que somente os bens pouco sofisticados poderão ser objeto do pregão, ao contrário, objetos

²Art. 1º 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.



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

complexos podem também ser enquadrados como comuns. (...) (Acórdão nº 313/2004 - Plenário)

19. O entendimento de bem comum, de acordo com diversos autores, nada tem a ver com a complexidade do bem adquirido e sim com produtos que sejam comumente encontrados no mercado, sem a necessidade de alterações específicas para o fornecimento em questão. (Acórdão nº 2.471/2008 - Plenário)

Ademais, o Decreto n.º 44.786/2008 trouxe em seu Anexo um rol exemplificativo de serviços considerados comuns.

Neste prisma, recomendamos que a área junte aos autos a justificativa de que o serviço a ser contratado, trata-se de serviço comum.

Assim sendo, o Decreto n.º 44.786/2008 traz a exigência legal do uso do Pregão, preferencialmente na forma eletrônica, nos termos do art. 2.º, quando presentes os seus requisitos. Dessa forma, concluímos que a licitação de bens e serviços comuns, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade Pregão, preferencialmente na forma eletrônica.

Desta maneira, a caracterização do objeto como serviço comum cabe exclusivamente à demandante, em tese, conhecedora e entendedora do objeto a ser contratado, que *“não demandem significativas exigências técnicas, nem difíceis buscas no mercado, seja do objeto, seja do universo de fornecedores”* (Jair Eduardo Santana, Pregão Presencial e Eletrônico – Sistema de Registro de Preços. 4º ed. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2014 - P. 75).

Quanto à escolha do tipo menor preço, importante salientar que por expressa previsão legal, o pregão é modalidade pautada pelo menor preço ofertado a partir das especificações técnicas pré-estabelecidas em edital, com vistas ao alcance da proposta mais vantajosa para a Administração. Não vem ao caso, pois, na análise das propostas, a melhor técnica e o menor preço, mas tão-somente, o menor preço ofertado dentre aqueles que preenchem os requisitos técnicos objetivamente delineados pela Administração. Vejamos o Decreto n.º 44.786/08, que regulamenta o pregão em âmbito estadual:

“Art. 3º Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou pela prestação de serviços comuns é feita por meio de proposta escrita, permitindo-se aos licitantes a alteração dos preços por meio de lances verbais ou eletrônicos, em sessão pública.(...)”

II - independentemente do valor estimado para o objeto da licitação e exclusivamente para as licitações do tipo menor preço.”

A legislação impõe, ainda, à Administração contratante a demonstração de que o preço a ser contratado está compatível com o praticado no mercado.



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Nesse sentido, CARVALHO FILHO³ ensina que *"para a viabilização da norma, será necessário fazer a verificação da disparidade do preço dentro do próprio processo administrativo, o que será possível através de pesquisa feita no mercado"*.

Verifica-se que o Núcleo de Compras do CSC efetuou pesquisa para determinar o preço de referência dos itens a serem licitados, conforme documentos de fl.78 dos autos.

Inferre-se pelo documento acima, que a estimativa de custo total de todos dos itens é de **RS 4.208.717,60 (quatro milhões, duzentos e oito mil, setecentos e dezessete reais e sessenta centavos)** nos termos da pesquisa de mercado realizada. Nesse sentido, diante da dificuldade deste NAJ em entender o critério adotado pela área demandante no tocante à divisão de lotes e se este se dará com reserva para ME e EPP por valor ou cota, solicitamos que o Núcleo de Compras amplie a justificativa para a divisão de lotes e reserva para ME e EPP, esclarecendo, ainda, os valores dispostos no quadro comparativo de preços constante à fl. 78.

O TCU orienta que a elaboração do orçamento de licitação demanda avaliação crítica dos valores obtidos, a fim de que sejam descartados, por exemplo, aqueles que apresentem grande variação em relação aos demais e, por isso, comprometa a estimativa do preço de referência. Acórdão 2943/2013-Plenário, TC 023.919/2012-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 30.10.2013. Acórdão 403/2013-Primeira Câmara, TC 013.319/2011-6, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 5.2.2013.

O mapa comparativo apresenta itens cujos valores estão discrepantes entre si⁴, cabendo a área responsável realizar juízo crítico (TCU Acórdão 2943/2013-Plenário), no intuito de verificar a correta referência de preço ao mercado, inclusive ampliando, se entender necessário por outras fontes (TCU Acórdão 2816/2014 Plenário), inclusive preços de outras Administrações Públicas (TCU Acórdão 694/2014-Plenário)

Saliente-se que cabe à Assessoria Jurídica exclusivamente analisar a existência formal, sem discrepâncias ou equívocos aparentes, do mapa comparativo, não podendo atestá-lo, confirmá-lo ou, de qualquer forma, aprová-lo. Mantém-se a recomendação de que cabe à área técnica a verificação da compatibilidade do preço com o mercado, por meio de um juízo crítico de sua pesquisa, no intuito de evitar excesso ou insuficiência de recurso para o fim pretendido.

Para o levantamento de custos de uma licitação, dois fatores se tornam

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15ª edição, p. 215

⁴ No item 1, o maior preço foi de R\$ 213,75 e o menor de R\$ 120,00, com variação de 78%.



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

imprescindíveis para a qualidade da estimativa de custos, quais sejam, a análise da adequação dos valores considerados em vista da realidade de mercado e a ampliação e diversificação das fontes das informações coletadas com o objetivo de definir o valor estimado da contratação.

Dessa forma, por todo aqui exposto, resta demonstrada a regularidade da modalidade licitatória escolhida, notadamente a sua forma eletrônica e, ainda, a adequação do objeto em análise a esta modalidade.

2.2 – Da adoção do Sistema de Registro de Preços

Como sabido, o Sistema de Registro de Preços - SRP é um conjunto de procedimentos para registro formal de preços para contratações futuras, precedido de licitação, com prazo de validade determinado. Trata-se de uma importante ferramenta de auxílio consubstanciada num procedimento especial a ser adotado nas compras e serviços do Poder Público, com maior celeridade e eficiência.

Assim institui o art. 15 da Lei federal n.º 8.666/1993, que dispõe sobre normas gerais de Licitação e Contratação na esfera pública:

"Art. 15 As compras, sempre que possível, deverão:

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

(...)

§1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições." (Negritou-se)

Neste mesmo sentido, a legislação mineira em seu Decreto n.º 46.311, de 2013, regulamenta no artigo 3º o Sistema de Registro de Preços para o Pregão Eletrônico:



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Art. 3º O SRP é um conjunto de procedimentos para registro formal de **preços**, **objetivando contratações futuras pela Administração Pública.**

§ 1º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade **concorrência ou pregão, do tipo menor preço**, nos termos da Lei Federal nº 8.666, de 1993, da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e da Lei nº 14.167, de 10 de janeiro de 2002.

§ 2º Para registro de preços de bens e serviços comuns será utilizada, **obrigatoriamente, a modalidade pregão**, salvo o disposto em legislação específica.

§ 3º Na modalidade concorrência, poderá ser utilizado o tipo técnica e preço, a critério do órgão gerenciador.” (Negritou-se)

A Lei 8.666/1993 descreve em seu artigo 3º “*in litteris*”:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os **princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.**” (Negritou-se).

O Registro de Preços, de acordo com o art.4º do Decreto Estadual nº 46.311, de 2013, será adotado preferencialmente quando:

I - pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes, com maior celeridade e transparência;

II - **for conveniente a compra de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade ou a programas de Governo; e**

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

§ 1º Poderá ainda ser utilizado o SRP em outras hipóteses, a critério da Administração, observado o disposto neste Decreto.

Cabe ao Centro de Serviços Compartilhados da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais, como órgão gerenciador do certame e da Ata de Registro de Preços dele decorrente, nos termos do art. 5º do Decreto nº 46.311/2013:



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

I- indicar os servidores ou empregados responsáveis pelos procedimentos necessários à realização de planejamento para a licitação e, posteriormente, gerenciamento da ARP;

II- definir o objeto, os itens e os lotes de material e de serviço que farão parte do registro de preços e demais informações necessárias para subsidiar a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico, conforme o caso;

III- convidar os órgãos e entidades do Poder Executivo para participarem do registro de preços, por meio de sistema informatizado, visando receber o termo de adesão dos órgãos interessados;

IV- conceder prazo mínimo de cinco dias úteis, contados a partir do envio da minuta do termo de adesão aos convidados do registro de preços por meio de sistema informatizado, para que os órgãos interessados possam fazer análise de suas expectativas de demanda e encaminhar os respectivos termos de adesão aprovados, observado o disposto no § 3º deste artigo;

V – consolidar todas as informações relativas à estimativa total de consumo e demais informações solicitadas, incluindo termo de referência ou projeto básico;

VI – promover todos os atos necessários à instrução processual para realização do procedimento licitatório, inclusive a documentação das justificativas nos casos em que as restrições à competição forem admissíveis pela lei;

VII – coordenar, com os órgãos participantes, as ações necessárias à qualificação mínima dos respectivos responsáveis pelo registro de preços;

VIII – realizar pesquisa de mercado com vistas à identificação dos valores de preços de referência;

IX – realizar, quando necessário, prévia reunião com licitantes, respeitados os requisitos de ampla publicidade, visando informá-los das peculiaridades do SRP e obter detalhes sobre o objeto da licitação;

X – promover a realização do procedimento licitatório, bem como os atos dele decorrentes, tais como a assinatura e publicação do extrato da ARP;

XI – disponibilizar o edital da licitação e seus anexos, a ARP devidamente assinada, bem como a cópia da publicação do extrato da ARP em sítios eletrônicos de compras do órgão ou entidade promotora do SRP ou do SRPP;

XII – gerenciar a ARP, providenciando a indicação dos fornecedores aos participantes, sempre que solicitado, respeitando a ordem de classificação e os quantitativos de contratação definidos pelos participantes da ata;

XIII – autorizar as solicitações de adesão à ARP dos órgãos não participantes, procedendo ao atendimento das demandas, quando for possível, nos termos do art. 19;

XIV – conduzir os procedimentos relativos a eventuais renegociações dos preços registrados e, quando necessário, lavrar os termos aditivos à ARP para refletir os novos preços, divulgando aos órgãos participantes;

XV – aplicar as penalidades por infrações decorrentes do procedimento licitatório e descumprimento dos contratos que ajustar; e



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

XVI – manter o procedimento administrativo relativo aos atos da licitação e gerenciamento da ARP devidamente autuado, protocolado e numerado, concedendo vistas aos interessados, sempre que solicitado”. (Grifamos).

Por fim, vejamos a redação do art. 9º do citado Decreto:

Art. 9º A elaboração do edital para registro de preços deverá observar, no que couber, o disposto no art. 40 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, na Lei Federal nº 10.520, de 2002, na Lei nº 14.167, de 2002, e, ainda, indicar o seguinte:

- I – órgãos e entidades participantes do respectivo registro de preços;
- II – objeto, de forma precisa, suficiente e clara, vedadas as especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;
- III – estimativa de quantidades a serem adquiridas no prazo de validade do registro de preços;
- IV – condições quanto ao local, prazo de entrega, forma de pagamento e, nos casos de serviços, quando cabível, frequência, periodicidade, características dos recursos a serem utilizados, procedimentos, deveres e controles a serem adotados;
- V – prazo de validade da ARP, observado o disposto no art. 14;
- VI – critérios de aceitação do objeto;
- VII – procedimentos para impugnação de preços registrados e controle das contratações;
- VIII – minuta da ARP;
- IX – minuta de termo de adesão para eventuais órgãos não participantes à ARP;
- X – quantitativo adicional destinado às eventuais adesões de órgãos não participantes à ARP, limitado a cem por cento do quantitativo de cada item registrado na respectiva ata, nos termos do § 3º do art. 19; e
- XI – quando for o caso:
 - a) minuta de contrato;
 - b) condições para registros de preços de outros fornecedores, além do primeiro colocado;
 - c) modelo de planilha de composição de preços, quando necessária para o caso de prestação de serviços;
 - d) cotação mínima, no caso de bens;
 - e) garantia, por parte da Administração, de quantidade ou valor mínimo de cada demanda;
 - f) previsão de prorrogação da ata, observado o disposto no § 2º do art. 14; e
 - g) indicação de que a licitação é para SRPP.

No caso em exame, temos a realização de pregão para o registro de preços dos itens indicados no Anexo I da minuta do edital, por meio de ata a ser assinada com os vencedores do certame.

f



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Assim, nos termos do referido Decreto, precedente à publicação do edital, cumpre verificar a regularidade quanto ao cumprimento dos requisitos pertinentes à fase interna do certame.

Quanto à pesquisa de mercado, como já mencionado, foram colacionados aos autos o documento de fl.78.

Não localizamos nos autos, a Resolução SEPLAG nº 12 de 25 de fevereiro de 2015, nomeando os pregoeiros para atuarem no certame.

A justificativa para a contratação dos serviços envolvidos neste Registro de Preços pode ser encontrada nos autos, na qual já destacamos anteriormente.

2.3 – Da minuta do Edital e Anexos

Importante asseverar que este Núcleo de Assessoramento Jurídico se atém, tão-somente, a questões relativas à legalidade da minuta editalícia, ressaltando, portanto, que todo o procedimento deverá observar a legislação pertinente, principalmente no tocante a prazos e atos essenciais, não nos competindo nenhuma consideração acerca do mérito da presente aquisição e da discricionariedade da Administração Pública ao traçar os parâmetros da pretendida licitação.

Temos na **primeira página** do Edital o “Recibo” a ser devidamente preenchido pelas empresas e encaminhado para o e-mail indicado.

No **preâmbulo da minuta do edital**, necessário que se faça o devido preenchimento, assim que designada a data do certame.

Ressalte-se que todos os campos em aberto deverão ser devidamente preenchidos, com a devida instrução das comprovações nos autos, antes da publicação do edital, em especial item 1.2.

O **item 2** da minuta do edital descreve objeto da presente licitação.

O **item 3** trata dos órgãos participantes e não participantes. Foram arrolados como órgãos participantes e que integra todo o procedimento licitatório e a Ata de Registro de Preços, Advocacia- Geral do Estado, Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, Departamento de Obras Públicas do Estado de Minas Gerais, Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural de Minas Gerais, Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia de Minas Gerais, Fundação Educacional Caio Martins, Fundação Estadual do Meio Ambiente, Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais,



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Fundação Rural Mineira, Fundação TV Minas Cultural e Educativa, Instituto de Desenvolvimento do Norte e Nordeste de Minas Gerais, Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, Instituto Estadual de Florestas, Instituto Estadual de Patrimônio Histórico e Artístico, Instituto Mineiro de Gestão das Águas, Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, Procuradoria Geral de Justiça, Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário, Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Secretaria de Estado de Defesa Social, Secretaria de Estado de Governo, Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão, Secretaria de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social e Secretaria de Estado de Desenvolvimento Sustentável, cujos termos de adesão deverão ser colacionados aos autos.

Nos termos do art.7º Decreto Estadual 46.311, de 2013, cabe aos órgãos participantes:

Art. 7º Caberá ao órgão participante do registro de preços:

I – fazer a análise de sua expectativa de consumo para os itens que pretenda incluir no registro de preços, no período previsto para vigência da ata;

II – manifestar, no prazo estipulado pelo órgão gerenciador, o interesse em participar do registro de preços, a ele providenciando o encaminhamento do termo de adesão, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 5º, contendo:

a) estimativa de consumo;

b) cronograma previsto para contratação; e

c) demais informações solicitadas;

III – sugerir itens a serem registrados e condições de contratação, quando for o caso;

IV – garantir que todos os atos inerentes ao procedimento para sua inclusão no registro de preços a ser realizado estejam devidamente formalizados e aprovados pela autoridade competente;

V – tomar conhecimento da ARP, inclusive das respectivas alterações porventura ocorridas, com o objetivo de assegurar o correto cumprimento de suas disposições; e

VI – indicar o gestor do contrato, a quem compete, além das atribuições previstas no art. 67 da Lei Federal nº 8.666, de 1993:

a) promover consulta prévia junto ao órgão gerenciador, quando da necessidade de contratação, a fim de obter a indicação do fornecedor, os respectivos quantitativos e os valores a serem praticados;

b) zelar pelos atos relativos ao cumprimento das obrigações contratualmente assumidas, inclusive pela aplicação de eventuais penalidades aos fornecedores, decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, nos termos do art. 26; e

c) informar ao órgão gerenciador a eventual recusa do fornecedor em atender às condições estabelecidas no edital, firmadas na ARP, as divergências relativas à entrega, características e origem dos bens



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

licitados, bem como a recusa em assinar o contrato para fornecimento ou prestação de serviços.

Já o **item 3.3.4** dispõe, acertadamente, que as adesões à ata limitam-se, em sua totalidade, a 100% (cem por cento) do quantitativo de cada item registrado, para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que eventualmente aderirem.

A esse respeito dispõe o art. 9º, inc. X do Decreto nº 46.311, de 2013:

Art. 9º A elaboração do edital para registro de preços deverá observar, no que couber, o disposto no art. 40 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, na Lei Federal nº 10.520, de 2002, na Lei nº 14.167, de 2002, e, ainda, indicar o seguinte:

(...)

X – quantitativo adicional destinado às eventuais adesões de órgãos não participantes à ARP, limitado a cem por cento do quantitativo de cada item registrado na respectiva ata, nos termos do § 3º do art. 19;

O **item 4** trata do pedido de esclarecimentos e da impugnação do ato convocatório.

O **item 5** trata das condições de participação na licitação.

O **subitem 5.1.1** nos informa o seguinte:

5.1.1. Apenas para o **Lote 2**, a participação na presente licitação será limitada a licitantes enquadrados como micro empresa ou empresa de pequeno porte, conforme o disposto no art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, no art. 17 da Lei Estadual nº 20.826, de 31 de julho de 2013, no art. 6º do Decreto nº 44.630/2007, de 03 de outubro de 2007 e suas alterações e o artigo 3º da Resolução SEPLAG nº 58/2007, de 30 de novembro de 2007.

Nesse ponto, solicitamos que seja esclarecido, primeiramente, como se deu o critério para a divisão em lotes e a reserva exclusiva do **Lote 02** para ME e EPP, tendo em vista que da leitura da especificação dos itens que compõe os 02 lotes e do quadro comparativo de preços constante à fl. 78, verifica-se que apesar da caracterização dos lotes ser idênticas, o valor não é condizente com o estipulado na Leis Complementares nº 123/2006 e 147/2014. Solicita-se que a área demandante explique se o critério adotado para a divisão em lotes e da reserva exclusiva para ME e EPP trata-se de reserva por valor ou por cota.

O **subitem 5.2** das condições de não participação.

Nesse ponto merece atenção especial o **item 4.3.1** que impede a participação, entre outros, de empresas que se encontrem em recuperação judicial.



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Trata-se de questão de grande controvérsia no meio jurídico a possibilidade ou não de participação, em certames licitatórios, de empresas em situação de recuperação judicial.

O instituto da recuperação judicial é regulamentado pela Lei 11.101/2005 que dispõe no artigo 47:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Além do mandamento legal que impõe a preservação da empresa viabilizando e incentivando as suas atividades econômicas, a Lei 8.666/93 que regulamenta os procedimentos licitatórios não traz nenhuma vedação de participação de empresas em situação de recuperação judicial.

Antes pelo contrário o art. 31, II, Lei 8.666/93 que trata da qualificação econômico-financeira **limita** a documentação à *"certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física"*.

Importante esclarecer que recuperação judicial e concordata são institutos diferentes. A concordata era o termo que existia no Brasil até 2005 e servia como um instrumento para evitar a falência. No entanto, a lei que a regulamentava impunha certos pagamentos e prazos que acabava favorecendo a falência das empresas concordatárias. Com a Lei 11.101/2005 a concordata foi extinta, criando-se o instituto chamado de recuperação judicial. Tal instrumento tem como objetivo evitar a falência da empresa. Para isso, a recuperação judicial, diferente da concordata, é muito mais flexível, deixando a cargo do administrador judicial e do comitê de credores a formulação e aprovação de um plano de recuperação.

A confusão entre os institutos, no entanto, é muito comum, culminando na previsão de vedação da participação das empresas em recuperação judicial nos certames licitatórios, com fundamento no art. 31, II da Lei 8.666/93.

A questão chegou à apreciação do STJ. Nesse julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) permitiu que uma empresa concorresse em licitações públicas, mesmo estando submetida à recuperação judicial. O Ministério Público do Rio Grande do Sul recorreu ao STJ obtendo decisão monocrática que concedeu, em sede de medida cautelar, uma liminar para suspender os efeitos do acórdão.

A empresa recorreu da decisão monocrática alegando, em síntese, a impossibilidade de vedação da sua participação com fulcro no artigo 31, inciso II,

J



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

da Lei 8.666/93, já que não há menção estrita de empresas sob o regime da recuperação judicial. Segundo ela, a vedação atingiria somente empresas em concordata ou falência.

Argumentou, ainda violação ao artigo 47 da Lei 11.101/05, que estabelece que *"a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica"*.

Analisando a controvérsia o STJ se posicionou no sentido de que a vedação extrapola os limites da Lei 8.666/93, além de afrontar o art. 47 da Lei 11.101/05 que impõe a preservação das atividades econômicas da empresa. Vejamos alguns excertos do voto proferido na MC nº 23499/RS (2014/0287289-2) em 19/12/2014:

"VOTO

(...) Pois bem, o cerne da controvérsia está em saber se empresa em recuperação judicial estaria dispensada de apresentação da certidão ínsita no inciso II, do art. 31, da Lei nº 8.666/93, considerando os fins do instituto elencados no art. 47 da Lei nº 11.101/2005. Como bem colocado pelo nobre relator, esta Corte de Justiça não possui posicionamento a respeito do tema em questão. É bem verdade, que em outra situação - examinando documentos necessários para fins de parcelamento de dívida fiscal, esta Corte relativizou a obrigatoriedade de apresentação de documentos por parte de empresas sujeitas à Lei nº 11.101/2005. Restou consignado que: **"em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE Documento: 43233740 - VOTO VENCEDOR - Site certificado Página 4 de 7 Superior Tribunal de Justiça SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013).**

Cita-se a ementa do julgado proferido no Resp 1.173.735/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão:

DIREITO EMPRESARIAL. TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO E MONTAGEM DE INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL COM A PETROBRAS. PAGAMENTO DO SERVIÇO PRESTADO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO DA EMPRESA PRESTADORA DOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

X



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

ARTS. 52 E 57 DA LEI N. 11.101/2005 (LF) E ART. 191-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). INOPERÂNCIA DOS MENCIONADOS DISPOSITIVOS. INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA A DISCIPLINAR O PARCELAMENTO DA DÍVIDA FISCAL E PREVIDENCIÁRIA DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". 2. Segundo entendimento exarado pela Corte Especial, em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial (REsp 1187404/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/06/2013, DJe 21/08/2013). 3. Dessarte, o STJ, para o momento de deferimento da recuperação, dispensou a comprovação de regularidade tributária em virtude da ausência de legislação específica a reger o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial. Nessa linha de inteligência, por óbvio, parece ser inexigível, pelo menos por enquanto, qualquer demonstração de regularidade fiscal para as empresas em recuperação judicial, seja para continuar no exercício de sua atividade (já dispensado pela norma), seja para contratar ou continuar executando contrato com o Poder Público. 4. Na hipótese, é de se ressaltar que os serviços contratados já foram efetivamente prestados pela ora recorrida e, portanto, a hipótese não trata de dispensa de licitação para contratar com o Poder Público ou para dar continuidade ao contrato existente, mas sim de pedido de recebimento dos valores pelos serviços efetiva e reconhecidamente prestados, não havendo falar em negativa de vigência aos artigos 52 e 57 da Lei n. 11.101/2005. 5. Malgrado o descumprimento da cláusula de regularidade fiscal possa até ensejar, eventualmente e se for o caso, a rescisão do contrato, não poderá haver a retenção de pagamento dos valores devidos em razão de serviços já prestados. Isso porque nem o art. 87 da Lei n. 8.666/1993 nem o item 7.3. do Decreto n. 2.745/1998, preveem a retenção do pagamento pelo serviços prestados como Documento: 43233740 - VOTO VENCEDOR - Site certificado Página 5 de 7 Superior Tribunal de Justiça sanção pelo alegado defeito comportamental. Precedentes. 6. Recurso especial a que se nega provimento.

(...) Examinando detidamente a liminar concedida, vejo que - além de consignar que a requerida era portadora das demais certidões prevista no art. 31 da lei nº 8.666/93 - autorizou a requerida a participar



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

de contratos de prestação de serviços e fornecimentos com entes públicos, tanto para a manutenção dos atuais contratos, sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial. Ou seja, não a permitiu participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos na lei de regência, apenas afastou a apresentação de uma certidão, frisa-se: a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica. É mais, entre o deferimento da antecipação de tutela pelo Tribunal a quo, cuja confirmação ocorreu em 31/7/2013, até a sua suspensão no âmbito do STJ decorreu-se mais de dezesseis meses, o que de plano demonstra a inviabilidade da sugestão ofertada pelo juiz singular no sentido de ser dever da agravante postular, casuisticamente, pelo deferimento da medida sub examine.

(...) Ante o exposto, voto pelo provimento do agravo regimental, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar.

O que se vê nesse caso é que o STJ flexibilizou o alcance legal, dispensando a comprovação de regularidade tributária pela ausência de legislação específica acerca do parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial.

Esse mesmo raciocínio deixa claro que em se tratando de recuperação judicial, a nova Lei de Falências traz uma norma-programa de densa carga principiológica, delimitando o caminho pelo qual devem ser interpretados os demais dispositivos. Assim, o art. 47, passa a servir como um norte que guia a operacionalidade da recuperação judicial.

Nesse sentido, por força da hermenêutica dos dispositivos da Lei n. 11.101/2005, no particular relativo à recuperação judicial, deve-se sempre manter a fidelidade aos propósitos do diploma, afastando qualquer interpretação que – além de não fomentar – inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências prejudiciais ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte produtora e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação judicial, sepultando o instituto.

Temos ainda o princípio da legalidade que veda à Administração a possibilidade de inovar e agir de forma arbitrária criando novas obrigações e direitos. *In casu*, como a previsão do art. 31, Lei 8.666/93 menciona apenas a falência e a concordata, estender a aplicabilidade à recuperação judicial, por mera liberalidade, extrapola os limites legais.

Nesse mesmo sentido se manifestou o Ministério Público de Contas do Espírito Santo no processo TC N.º 7231/2011, vejamos:



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Todavia, em que pese os argumentos colacionados pelos justificantes, esse não é entendimento que deve prevalecer, visto que a norma a ser aplicada a presente espécie é a Lei n. 8.666/93, *ipsis litteris*: Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; (Grifos nossos) III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Veja, que diferentemente da redação dada pelo Edital, no qual exige a apresentação de Certidão Negativa de pedido de Falência, Concordata ou recuperação judicial/extrajudicial, a Lei n. 8.666/1993 disciplina de outra forma. De mais a mais, diante de cada caso concreto, cabe à Administração identificar a forma como os licitantes farão a comprovação da qualificação econômico-financeira, porém, jamais inovar e agir de forma arbitrária criando novas obrigações e novos direitos, estando a mesma sujeita ao rol anteriormente descrito. Ademais, essa obrigação decorre do princípio da legalidade ao qual a Administração é sempre subordinada, porquanto, ao contrário dos particulares, a Administração Pública somente pode agir conforme determinado em lei e, mesmo podendo agir de forma discricionária, está ela vinculada às opções legais definidas pela legislação vigente. Na hipótese da Administração agir de outra forma, estará a mesma atuando em desconformidade legal, infringindo o princípio constitucional da legalidade disposto no artigo 37 da Constituição Federal.

(...) Desse modo, evidenciado está que exigência contida no edital se revela desnecessária, arbitrária, desarrazoada e mais do que restritiva à competição dos licitantes, com a consequente exclusão de outras empresas, revela-se um potencial direcionamento da licitação.

Conclui-se, assim, que a vedação de participação de empresas em recuperação judicial extrapola os limites legais, além de confrontar o próprio instituto, pelo que se sugere a exclusão dessa previsão do item 5.2.1, mantendo-se apenas a falência conforme determinação legal.

O item 6 trata de forma assertiva do cadastro dos fornecedores interessados em participar do certame.

O item 7 trata das propostas comerciais. O subitem 7.8.1 expressa o seguinte:

f



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

7.8.1 – O fornecedor estabelecido fora do Estado de Minas Gerais, caso seja vencedor, deverá enviar sua proposta comercial assinada e atualizada com os valores finais ofertados durante a sessão deste Pregão, declarando na proposta a não incidência do ICMS na operação de legislação específica do referido Estado, se for o caso.

A esse respeito o Tribunal de Contas deste Estado em consulta formulada no Processo nº 888173 assim entendeu:

EMENTA: CONSULTA – LICITAÇÃO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO PARA LICITANTES SEDIADOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS – ATO DISCRICIONÁRIO DO ENTE TRIBUTANTE – A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO TRIBUTÁRIO NÃO OFENDE, *A PRIORI*, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NAS LICITAÇÕES – NÃO CABE AO TRIBUNAL DE CONTAS A ANÁLISE DE CONDIÇÕES APRIORÍSTICAS, ANTERIORES E ESTRANHAS AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – ADSTRIÇÃO DO ENTE LICITANTE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – COMPENSAÇÃO AO MUNICÍPIO POR MEIO DO VAF.

(...)

Da concessão de benefícios tributários

(...)

Dentro dessa realidade, a concessão de benefício tributário, qualquer que seja, pressupõe um ato jurídico por parte da pessoa política competente que se interponha ao curso ordinário da relação jurídico-tributária, dispensando tratamento diferenciado (mais benéfico) a determinada pessoa, situação ou coisa.

Assim, por exemplo, a imunidade, instituto de caráter constitucional por excelência, atua sobre a própria fonte do poder de tributar, limitando ou excepcionando a competência legislativa do ente tributante. A isenção, bem como a anistia, por sua vez, significa a exclusão por parte do sujeito ativo da obrigação tributária, do crédito que lhe seria devido diante da ocorrência do fato gerador descrito em lei (art. 175, I e II, do Código Tributário Nacional). Já a moratória, por exemplo, atua em outro momento da relação jurídico-tributária, após a constituição do crédito tributário, suspendendo a sua exigibilidade, por uma liberalidade do ente tributante, até o implemento do termo ou da condição estabelecida em lei (art. 151, I, do CTN).

(...)



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Sendo da própria natureza do favor fiscal a desoneração do contribuinte, é pressuposto inafastável que a norma concessiva do benefício poderá conferir-lhe condição mais favorável de competição no mercado, seja para contratar com particulares, seja para contratar com a Administração Pública.

(...)

O exame da constitucionalidade (ou legalidade) de benefícios tributários, ainda que com o intuito de preservação da isonomia nos procedimentos licitatórios, significaria a possibilidade de revisão, por parte do Tribunal de Contas, de todo e qualquer favor fiscal concedido pelo ente tributante no uso de sua discricionariedade político-legislativa.

Nem mesmo ao Judiciário – cuja competência para apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público não está adstrita ao art. 70, CR – se franqueia a possibilidade de imiscuir-se no mérito político de benefícios fiscais, ou mesmo de estendê-los a pretexto de dispensar tratamento isonômico aos contribuintes.

Com efeito, no âmbito de um procedimento licitatório, impedir que determinado fornecedor goze de benefício tributário que lhe é legalmente concedido, a pretexto de colocá-lo em condição de igualdade com os demais licitantes, tem o mesmo efeito prático de estender o benefício a todos os concorrentes, pois desfaz o que a lei fez, igualando situações às quais a legislação tributária dispensou tratamento diferenciado, o que é rechaçado por jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal:

A concessão desse benefício isencional traduz ato discricionário que, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, destina-se, a partir de critérios nacionais, lógicos e impessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal, a implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade. (...) Os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa – não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado (...). ” (AI 142348-AgR, Rel. Min.Celso de Mello, julgamento em 2-8-1994, Primeira Turma, DJ de 24-3-1995.) No mesmo sentido: AI 744.887-AgR, Rel.Min.Ayres Britto, julgamento em 13-3-2012, Segunda Turma, DJE de 12-4-2012; AI 360.461-AgR, Rel. Min.Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, Segunda Turma, DJE de 28-3-2008.

Desse modo, tem-se acertada a redação do item 7.8.1, conforme entendimento do TCE/MG na consulta supracitada.



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

O item 8 trata da comprovação das exigências de habilitação das proponentes. Em seu subitem 8.4.2, para qualificação técnica e cumprimento do objeto da licitação, exige-se que as proponentes comprovem, através da apresentação de atestados de desempenho anterior, aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com as características e quantidades do objeto da licitação, estabelecidas no Edital em exame.

Referida exigência tem embasamento no disposto do artigo 30 da Lei 8.666/93.

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Este Núcleo de Assessoramento Jurídico não tem competência para analisar tecnicamente as exigências, ressaltando as recomendações sobre o tema, no intuito de evitar *'exigências editalícias restritivas ao caráter competitivo da licitação e prática de ato antieconômico.'* Acórdão n.º 1147/2010-Plenário, TC-032.097/2008-4, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 19.05.2010.

Quaisquer exigências de atributos técnicos devem ser justificadas Acórdão 445/2014-Plenário, TC 030.216/2013-6, relator Ministro José Jorge, 26/2/2014. Necessidade de motivação para as exigências editalícias Acórdão n.º 1260/2010-2ª Câmara, TC-001.066/2010-2, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 23.03.2010.

2. Pelo procedimento licitatório, a administração pública visa selecionar a proposta mais vantajosa para entabular contrato de seu interesse. Esse é o fim essencial da licitação: Buscar a melhor proposta para a satisfação do interesse público. Para tanto, é necessário permitir (e fomentar) a competição entre os interessados, advindo daí o descabimento da inclusão, em edital, de exigências desnecessárias à efetivação/execução do objeto licitado; sob pena de restringir a concorrência e, com isso, diminuir a possibilidade de a administração pública ter acesso à melhor proposta. Sentença confirmada em reexame necessário. (TJRS; RN



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

134369-33.2014.8.21.7000; Caçapava do Sul; Segunda Câmara Cível;
Rel. Des. Ricardo Torres Hermann; Julg. 11/06/2014; DJERS
20/06/2014)

Recomendamos seja avaliada a necessidade de inclusão do seguinte item:

Os documentos que não possuem prazo de validade terão vigência de 90(noventa) dias a contar de sua emissão, sem prejuízo da observância de prazo menor em legislação específica.

O item 8.4.2 exige como condição da qualificação técnica a apresentação de comprovante de fornecimento de 10% (dez por cento) da quantidade de licenças ofertadas na proposta por lote, independente dos itens.

O item 9 trata da sessão do pregão e do julgamento.

O item 10 dispõe sobre eventuais recursos a serem apresentados. No subitem 10.5.2 incluir a menção ao inciso III do art. 8º do Decreto nº 44.786/2008.

O item 11 vem a tratar do registro do preço e da homologação.

O item 12 dispõe sobre a formalização da Ata de Registro de Preços.

O item 13 dispõe sobre a vigência da Ata. Por sua vez, o item 14 trata da alteração e cancelamento desta.

O item 15 disciplina a contratação.

O item 16 versa sobre a garantia.

O item 17 trata sobre as condições de pagamento.

Por sua vez, o item 18 traz as sanções administrativas aplicáveis.

Por fim, no item 19 temos as disposições gerais do Edital.

Passa-se o exame para os anexos do edital.

No Anexo I do Edital encontra-se acostado o **Termo de Referência da Licitação**, no qual pode se observar a descrição e caracterização do objeto a ser registrado, da descrição detalhada do item, das especificações técnicas e requisitos mínimos do objeto, serviço de suporte técnico das licenças de software adquiridas, condições gerais da contratação, prazo de atendimento da manutenção e suporte, atualização das licenças, justificativa da aquisição, obrigação das partes, condições de recebimento, garantia, garantia financeira, pagamento e vigência.

No que se referem às delimitações do objeto, aspecto não afeto a este Núcleo, o TCU recomenda que a definição do objeto se dê de forma precisa e clara, vedada as especificações que por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias,



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

limitem a competição. Vedada também a descrição genérica do objeto e a ausência da previsão de quantidades (TCU Acórdão n.º 79/2010-Plenário, TC-025.149/2009-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 27.01.2010).

Os Anexos II e III do Edital trazem, respectivamente, o modelo de Proposta Comercial e de Declarações de não impedimento em licitar com administração e de que não possui menores de 18 (dezoito) anos trabalhando em condições perigosas, insalubres ou em trabalho noturno ou a realização de qualquer trabalho por menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, na forma da lei.

No anexo IV foi acostada a Minuta da Ata de Registro de Preços.

A Cláusula primeira trata do objeto.

A Cláusula Segunda trata dos órgãos participantes.

A Cláusula Terceira trata da vigência da Ata de Registro de Preços que será de 12 (doze) meses.

A Cláusula Quarta trata da alteração da Ata de Registro de Preços.

A Cláusula Quinta trata do cancelamento do registro.

A Cláusula Sexta traz de forma assertiva os procedimentos de contratação com os fornecedores.

A Cláusula Sétima trata das disposições gerais.

E, por fim, a Cláusula Oitava trata do foro em que serão dirimidos eventuais conflitos de interesses decorrentes da presente Ata.

Solicitamos, apenas, que seja incluída cláusula tratando das sanções administrativas.

Consta no Anexo V a minuta do contrato.

A Cláusula Primeira trata do objeto.

A Cláusula Segunda trata da execução e do recebimento dos serviços.

A Cláusula Terceira trata do preço.

A Cláusula Quarta trata do prazo de vigência que será de 24 (vinte e quatro) meses, podendo ser prorrogado nos termos do art. 57, inciso II da Lei 8.666/1993. Nesse ponto, solicitamos que para que a prorrogação seja embasada no inciso II da Lei 8.666/1993, deve ser juntada aos autos a informação que trata-se de serviço contínuo.

A Cláusula Quinta trata do pagamento.

A Cláusula Sexta trata do reajustamento.



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

A **Cláusula Sétima** trata das obrigações das partes.

A **Cláusula Oitava** trata da garantia.

A **Cláusula Nona** trata da garantia contratual.

A **Cláusula Décima** trata das alterações.

A **Cláusula Décima Primeira** trata do valor estimado. Nesse ponto, solicitamos que essa cláusula seja excluída, pois a **Cláusula Terceira** já trata do preço.

A **Cláusula Décima Segunda** trata dos recursos orçamentários. Nesse ponto, solicitamos que tão logo seja aprovada a dotação orçamentária que irá acobertar as despesas da presente contratação, que este campo seja devidamente preenchido.

A **Cláusula Décima Terceira** trata das sanções.

A **Cláusula Décima Quarta** trata da fiscalização.

A **Cláusula Décima Quinta** trata da fusão, cessão, cisão ou incorporação. (verificar essa cláusula)

A **Cláusula Décima Sexta** trata da rescisão.

A **Cláusula Décima Sétima** trata das disposições finais.

A **Cláusula Décima Oitava** trata da publicação. Nesse ponto solicitamos que seja alteração a menção do Decreto Estadual nº 46.552/2014 pelo Decreto nº 46.656/2014.

E por fim, a **Cláusula Décima Nona** trata do foro onde serão dirimidos quaisquer dúvidas e litígios decorrentes do presente contrato.

No Anexo VI juntou-se a minuta do termo de adesão para carona.

3- CONCLUSÃO:

Por todo o exposto, manifesta-se este Núcleo de Assessoramento Jurídico pela **aprovação** da minuta de edital de Pregão para Registro de Preços, em sua forma eletrônica, para contratação de empresa para contratação de empresa para fornecimento de licenças de uso de solução corporativa de Antivírus em atendimento aos órgãos e entidades da Administração Pública do Estado de Minas Gerais, requerida pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão- SEPLAG, vez que respeitados os limites legais impostos pela legislação vigente, desde que observadas às ressalvas realizadas no corpo deste parecer, quais sejam:

P



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

A) Na instrução do processo:

- 1) O mapa comparativo apresenta itens cujos valores estão discrepantes entre si¹, cabendo a área responsável realizar juízo crítico (TCU Acórdão 2943/2013-Plenário), no intuito de verificar a correta referência de preço ao mercado, inclusive ampliando, se entender necessário por outras fontes (TCU Acórdão 2816/2014 Plenário), inclusive preços de outras Administrações Públicas (TCU Acórdão 694/2014-Plenário);
- 2) Juntada da Resolução SEPLAG nº 12 de 25 de fevereiro de 2015;
- 3) Ressaltamos que é obrigação legal do órgão participante *"fazer a análise de sua expectativa de consumo para os itens que pretenda incluir no registro de preços, no período previsto para vigência da ata"*, nos termos que exige o art. 7º, I, do Decreto nº 46.311, de 2013 e também o inc. II, do §7º do art. 15 da Lei 8.666, de 1993 e a jurisprudência (TCU, acórdãos nº 2155/2012 e 1281/2010). Deverão ser juntados os termos de adesão dos órgãos participantes;

B) Na minuta do Edital

- 4) Excluir no subitem 5.2.1 a vedação de participação de empresas em recuperação judicial, uma vez que a previsão extrapola os limites legais, além de confrontar o próprio instituto, conforme já exposto neste Parecer;
- 5) No item 9.3.1, o julgamento será o de menor preço ofertado POR ITEM, e não pode lote, excluindo-se o item 9.3.3, alíneas 'a' e 'b'.

¹ No item 1, o maior preço foi de R\$ 213,75 e o menor de R\$ 120,00, com variação de 78%.



PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

6) No subitem 10.5.2 incluir a menção ao inciso III do art. 8º do Decreto nº 44.786/2008.

7) Incluir item nas disposições finais do edital:

Aplicam-se às cooperativas enquadradas na situação do art. 34 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, no que couber, todas as disposições relativas às microempresas e empresas de pequeno porte

C) No Anexo IV- minuta da Ata de Registro de Preços

8) Solicitamos, apenas, que seja incluída cláusula tratando das sanções administrativas.

D) No Anexo V- minuta do contrato

9) Quanto ao prazo de vigência – cláusula quarta – deve ser iniciado a partir da publicação – e não da assinatura – observando a nota jurídica 2608, de 2010, da Advocacia Geral do Estado.

10) A Cláusula Décima Primeira trata do valor estimado. Nesse ponto, solicitamos que essa cláusula seja excluída, pois a Cláusula Terceira já trata do preço.

11) A Cláusula Décima Segunda trata dos recursos orçamentários. Nesse ponto, solicitamos que tão logo seja aprovada a dotação orçamentária que irá acobertar as despesas da presente contratação, que este campo seja devidamente preenchido.

12) Existem duas cláusulas que tratam da fusão, incorporação e cisão – cláusula décima quinta e §3º da cláusula décima sexta. Deve a área realizar a devida adequação para manter apenas uma regulamentação, eventualmente alterando também o item 15.4 do edital.



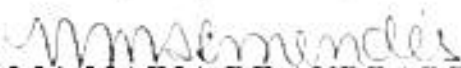
PARECER JURÍDICO N.º 1353/2015

Por fim, ressalta-se que não cumpre a este Núcleo de Assessoramento Jurídico analisar questões de oportunidade e conveniência da Administração, tampouco os valores apresentados ou sua compatibilidade com o mercado, de modo que este parecer se restringe às questões jurídicas que envolvem a contratação em questão.

Registra-se que as definições dos prazos e das exigências e especificações técnicas não devem ser aleatórias, mas deverão seguir as expectativas razoáveis de orientação da aquisição do objeto pelo mercado, especial atenção para os prazos de entrega, de garantia, bem como as exigências de habilitação que deverão estar adequadas às demais condições do mercado, visando o atendimento da necessidade e da ampliação da competitividade, observando a orientação da súmula 177 e acórdão 1861/2012 do TCU e nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 15, § 7º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

É o parecer. À consideração superior.

Belo Horizonte, 1º de dezembro de 2015


NATÁLIA MARIA DE ANDRADE LAMAS MENDES

Assessora Jurídica

Masp nº 1.356.412-5 – OAB/MG 145.548

De acordo,


THIAGO ELIAS MAUAD DE ABREU

Procurador do Estado

Masp. 1.127.731-6 – OAB/MG nº 90.216

