



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

INTERESSADO: COORDENAÇÃO DE COMPRAS- CÉLULA 01

EMENTA: ANÁLISE MINUTA DE EDITAL – PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS – FORNECIMENTO DE LICENÇAS DE SOFTWARE ADOBE, COREL, AUTODESK E SPSS, COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SUPORTE TÉCNICO, GARANTIA, MANUTENÇÃO E ATUALIZAÇÃO DE VERSÕES OU PRODUTOS, MEDIANTE CONTRATO– SEPLAG – SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DE MINAS GERAIS - APROVAÇÃO COM RESSALVAS.

**PROTOCOLO: PLANEJAMENTO 130/2015
SIGED 00004795.1501.2015**

1 – RELATÓRIO

O Núcleo de Compras do Centro de Serviços Compartilhados – CSC – Célula 01, por meio do MEMO CSC/Compras/Célula 1 nº 143/2015, com data de 03 de setembro 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 visando o fornecimento de licenças de software Adobe, Corel, Autodesk e SPSS, com prestação de serviços de suporte técnico, garantia, manutenção e atualização de versões ou produtos, mediante contrato, para a SEPLAG – Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais.

O expediente ora em análise é composto por volume único, numerado de 02 a 702, e instruído por requerimentos, justificativas e documentos, cujo propósito é demonstrar a possibilidade jurídica da licitação, dando destaque aos seguintes documentos:

- Registro de ocorrência do Portal CSC (fls. 02);
- Cópia da publicação do aviso de consulta pública (fls. 03);
- E-mails e contatos trocados entre fornecedores e o Núcleo de Compras (fls. 05/23);


Selo do Núcleo de Assessoramento Jurídico



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

- Relatório da consulta pública (fls. 26/28);
- Termo de Referência (fls. 31/57, 164/177);
- Solicitação de pesquisa de preços (fls. 76/85, 92/100, 104/131, 135/137, 178/197, 204/219);
- Consulta de termo de adesão (fls. 86/87, 157/158);
- Consulta itens do Planejamento do Registro de Preços (fls. 88/91, 159/163);
- Proposta Comercial da empresa Brasoftware (101/103, 132/134, 198/203);
- Proposta Comercial da empresa DMSS Software Ltda (fls. 138/141, 222/225);
- Proposta Comercial da empresa QUANAM Brasil (fls. 142/145, 226/229);
- Quadro comparativo de preços para pedido de compras (fls. 146/150, 230/234);
- e-mail trocados entre o Núcleo de Compras e a Secretaria de Estado da Fazenda (fls. 151/153);
- Minuta do Edital e anexos (fls. 235/697);
- E-mail com esclarecimentos da Diretoria Central de Gestão de Recurso de TIC da SEPLAG (fls. 698/699);
- Cópia da Resolução SEPLAG 12 de 25 de fevereiro de 2015, que nomeia pregoeiros (fls. 700);
- MEMO CSC/Compras/Célula I nº 143/2015 (fls. 701/702);

O aludido processo, que aportou neste Núcleo de Assessoramento Jurídico em 03 de setembro de 2015, encontrando-se a minuta do Edital em sua forma digital no Portal de Compras do Estado de Minas Gerais.

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

8



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

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-Registro de Preços – Planejamento 130/2015, cujo objeto é o fornecimento de licenças de software Adobe, Corel, Autodesk e SPSS, com prestação de serviços de suporte técnico, garantia, manutenção e atualização de versões ou produtos, mediante contrato, para a SEPLAG – Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais.

A aquisição 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.

Acerea da necessidade da aquisição dos softwares, consta no termo de referência, a seguinte justificativa:

A aquisição das licenças Adobe, Corel, Autodesk e SPSS possuem como intuito, possibilitar que cada um dos órgãos participantes do Edital de continuidade aos seus trabalhos com a mesma solução tecnológica que já possui.

Almeja-se, em síntese, prover serviços de informática com segurança, colaboração, disponibilidade e aderência a padrões de uso amplamente difundidos, adquirindo-se licenças de software que possam ser plenamente atualizáveis ao longo do tempo, de modo a favorecer a padronização e a produtividade, por consequência.

Promovendo uma sinergia garantindo a compatibilidade entre os formatos dos arquivos recebidos de outras instituições.

Dessa forma justifica a necessidade de aquisição dessas ferramentas para promover e realizar as atividades demandas para o governo.

O ESTADO DE MINAS GERAIS, por intermédio da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão - SEPLAG/MG, para atender a necessidades das áreas de projetos, é necessário adquirir softwares específicos.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

Sendo assim, ratificamos a obrigatoriedade das empresas licitantes ofertarem as licenças Adobe, Corel, Autodesk e SPSS, com o intuito de se manter o padrão já existente, pois qualquer mudança incorreria em diminuição brusca na produtividade, necessidade de treinamento de toda equipe e consequente não padronização dos trabalhos do setor, pois os programas existentes serão mantidos, portanto, em caso de mudança, mais da metade dos profissionais trabalharia em um programa, enquanto que o restante trabalharia em outro, o que a nosso ver seria muito prejudicial ao desempenho dos serviços e cumprimentos dos prazos.

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.

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.

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 1063/2015

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 interessados'* (TCU/Plenário, Acórdão 366/2007, Rel. Min. Augusto Nardes)

2.1 – DO CABIMENTO DA MODALIDADE PREGÃO

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, dentro dos parâmetros objetivamente fixados no edital.

Sabê-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":

²Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

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.ºs 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 complexos podem também ser enquadrados como comuns. (...) (Acórdão n.º 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 n.º 2.471/2008 - Plenário)

Em fls. 152 dos autos, consta e-mail do Servidor Ricardo Wagner Lucas Cardoso – Coordenador da Divisão de Orientação Tributária/DOLT/SUTRI - da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, afirmando que “o “software

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 1063/2015

de prateleira", que consiste em um sistema pronto e acabado, não personalizado conforme a necessidade do encomendante, comercializado em larga escala e de maneira uniforme, a operação será tributada pelo ICMS."

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.

Os Acórdãos do TCU corroboram o uso do Pregão para bens e serviços de TI, quando comuns, de forma que é pacífico esse entendimento na jurisprudência do Tribunal. Dentre esses Acórdãos, podem-se citar os seguintes:

9.1.4. a licitação na modalidade Pregão é admitida para a aquisição de softwares desde que estes possam ser nitidamente classificados como "bem comum", nos termos da definição contida no parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/2002; (Acórdão nº 2.094/2004 - Plenário)

9.2. atribuir ao item 9.3.19 do Acórdão nº 740/2004-TCU-Plenário a seguinte redação: "utilizar a modalidade Pregão estritamente para aquisição e/ou contratação de bens e serviços comuns, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, conforme regra insita no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, incluindo nessas características os bens e serviços de informática." (Acórdão nº 740/2004 - Plenário com redação alterada pelo Acórdão nº 1.299/2006 - Plenário)

9.4.2. realize procedimento licitatório na modalidade Pregão sempre que os produtos e serviços de informática possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, conforme prevê o art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, haja vista a experiência que a Administração Pública vem granjeando na redução de custos e do tempo de aquisição de bens, adquiridos por intermédio daquela espécie de certame público; (Acórdão nº 1.182/2004 - Plenário)

9.2. esclarecer ao Consultante que é juridicamente possível a aquisição de bens e serviços comuns de informática e automação nas contratações realizadas por intermédio da modalidade Pregão, mesmo nas hipóteses em que não seja tecnicamente viável a aplicação da regra da preferência a que alude o art. 3º da Lei nº 8.248/1991, com redação alterada pelas Leis nº 10.176/2001 e 11.077/2004, vale dizer, nas situações em que não haja licitantes que possam fornecer produto ou serviço com tecnologia desenvolvida no País ou não cumpram o Processo Produtivo Básico.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

assim definido pela Lei nº 8.387/1991; (Acórdão nº 2.138/2005 - Plenário)

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. Forum, Belo Horizonte, 2014 - P. 75).

Recomendamos que a área demandante declare expressamente que os itens a serem licitados, tratam-se de bens comuns.

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.**

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 documento de fls.230/234 dos autos.

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



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

Recomendamos que seja elencado no quadro comparativo de orçamentos, o valor total estimado de todos os itens do certame.

Conforme Memo CSC/Compras/Célula 1 nº 143/2015, o valor total estimado é de R\$44.681.596,13 (quarenta e quatro milhões, seiscentos e oitenta e um mil, quinhentos e noventa e seis reais e treze centavos).

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 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.

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.

Acerca da divisão dos itens, o § 1.º do artigo 23, da Lei 8.666/93, por sua vez, determina que as compras, obras e serviços deverão ser divididos em parcelas visando ampliar a competitividade, sem perda da economia de escala, vejamos:

"Art. 23 (...) 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." (g.n.)



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

No caso em tela, a Diretoria Central de Gestão de Recursos de TIC da SEPLAG, justificou em fls. 698/ 699, a divisão do certame em 5 lotes, nos seguintes termos:

A definição pela separação dos itens a serem licitados em lotes se deve à descrição de licenças fabricadas por mesmo fabricante, determinando dessa forma, que as licenças Adobe se enquadrem em lote específico, as licenças Corel em outro lote específico e assim por diante. Dessa maneira, para fins de economia de escala e agrupamento de licenças de mesmo fabricante em lotes específicos optou-se pela efetivação de 04(quatro) lotes de licenças e 01(um) lote duplicado das licenças Corel para destinação exclusiva à Micro e Pequenas Empresas, atendendo à legislação vigente.

Neste sentido, importante esclarecer que **cabe exclusivamente à área técnica a decisão de divisão de itens ou lotes**, registrando assim a jurisprudência majoritária do TCU, consubstanciada na súmula n.º 247:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Mais recentemente:

Em licitação para registro de preços, é irregular a adoção de adjudicação por menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem que estejam demonstradas as razões pelas quais tal critério, conjuntamente com os que presidiram a formação dos grupos, é o que conduzirá à contratação mais vantajosa, comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação por menor preço por item. Acórdão 4205/2014-Primeira Câmara, TC 018.605/2012-5, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 29.7.2014. Acórdão 1913/2013-Plenário, TC 004.526/2013-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013.

No que tange à participação das empresas de micro ou pequeno porte, ficou reservado o lote 5 – COREL (fls.260-verso), para atender a Lei Complementar 123/2006.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

Neste esboço, a Lei Complementar Federal n.º 123/2006 dispõe que a Administração Pública poderá conceder tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, possibilitando, dentre outras hipóteses, estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, assim vejamos:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

(...)

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

No mesmo sentido, o Decreto Estadual n.º 44.630/2007:

Art. 8.º Nos certames para a aquisição de bens de natureza divisível, os órgãos e entidades contratantes deverão reservar percentual de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, conforme estabelecido no inciso III do art. 48 da Lei Complementar Federal n.º 123, de 2006.

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 e destinação de item exclusivo para empresas de porte micro ou pequeno, já que reservado o lote 5, a fim de atender os ditames da Lei Complementar 123/2006.

2.1.1 Da caracterização de licença de software como produto ou serviço

Existem enormes dúvidas, notadamente diante da repercussão tributária da questão, em se compreender o objeto da presente licitação (licença de software) com produto ou serviço.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

Na solução de divergência nº 11, de 28 de abril de 2011, D.O.U.: 17.05.2011, subscrito pelo Sr. Fernando Mombelli, Coordenador-Geral do COSIT, ao discutir se o pagamento de recursos ao detentor no exterior de licença seria serviço ou royalties, entendeu que não incidiria o PIS/COFINS-Importação:

ASSUNTO: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

EMENTA: Royalties.

Não haverá incidência da Cofins-Importação sobre o valor pago a título de Royalties, se o contrato discriminar os valores dos Royalties, dos serviços técnicos e da assistência técnica de forma individualizada. Neste caso, a contribuição sobre a importação incidirá apenas sobre os valores dos serviços conexos contratados. Porém, se o contrato não for suficientemente claro para individualizar estes componentes, o valor total deverá ser considerado referente a serviços e sofrer a incidência da mencionada contribuição.

DISPOSITIVOS LEGAIS: caput e § 1º do art. 1º e inciso II do art. 3º da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004.

ASSUNTO: Contribuição para o PIS/Pasep. **EMENTA:** Royalties.

Não haverá incidência da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação sobre o valor pago a título de Royalties, se o contrato discriminar os valores dos Royalties, dos serviços técnicos e da assistência técnica de forma individualizada. Neste caso, a contribuição sobre a importação incidirá apenas sobre os valores dos serviços conexos contratados. Porém, se o contrato não for suficientemente claro para individualizar estes componentes, o valor total deverá ser considerado referente a serviços e sofrer a incidência da mencionada contribuição.

DISPOSITIVOS LEGAIS: caput e § 1º do art. 1º e inciso II do art. 3º da Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004.

A questão da inclusão dos serviços técnicos e da assistência técnica não tem relevância para a nossa questão porque serão sempre serviços adjetos ao principal, estando absorvidos por ele.

Em importantíssimo acórdão sobre o tema, o STF, na relatoria de Sua Exa. Sepúlveda Pertence, entendeu que se tratar **bem incorpóreo, sem incidência de ICMS, apresentado no informativo 131, segue a ementa:**

RE N. 176.626-SP

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

EMENTA: I. Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração (Súm. 356).

A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual "não foram opostos embargos declaratórios". Mas se, opostos, o Tribunal a quo se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19.6.98).

II. RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria.

Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário.

III. Programa de computador ("software"): tratamento tributário: distinção necessária.

Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" - matéria exclusiva da lide -, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS; dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado "software de prateleira" (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio. RE 176.626-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 10.11.98.

Registra-se que, segundo a decisão, o Ministro entendeu possível incidência do ICMS sobre os produtos produzidos em série e comercializados no varejo ("off the shelf"), não havendo propriamente um serviço individualizado por produto. Essa diferenciação é importantíssima para compreensão do tema.

No julgado RE 272917 SP, o Ministro Carlos Velloso, no julgamento de 09/12/2002, reforçou a jurisprudência, aplicando-a também para as fitas de vídeo.

Destarte, como bem observado, o programa de computador permite a instrumentalização do uso, por meio do contrato de licença (at. 9º da Lei 9609/98), na qual se identifique o 'prazo de validade técnica da versão comercializada'.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

O TCU, no Pregão Eletrônico nº 03/2012⁴ para registro de preços, entendeu se tratar de aquisição de licença, caracterizando-o como bem. Já para a *'solução de TI do tipo Data Discovery'* prevista no Pregão Eletrônico nº 52/2013 para registro de preços, caracterizou como serviço, apesar da aquisição de licença no corpo da contratação.

Destarte, como bem observado, o programa de computador permite a instrumentalização do uso, por meio do contrato de licença (at. 9º da Lei 9609/98), na qual se identifique o *'prazo de validade técnica da versão comercializada'*.

O TCU, no acórdão nº 781/2006 – Plenário, também apresentou essa diferenciação entre *'produtos prontos'* e *'desenvolvimento de software'*:

9.2.1.1. definir claramente as possíveis estratégias para atendimento às necessidades da ECT, em especial no que se refere à diferenciação entre a aquisição de produtos prontos e o desenvolvimento de softwares específicos como resultado da contratação;

Seja como for, o aspecto é técnico, cabendo a área a correta capitulação. O art. 6º da Lei 8666/93 define as categorias:

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

Segundo exposto por Renato Geraldo Mendes⁵, *'serviço é essencialmente uma obrigação de fazer' e 'compra a aquisição definitiva e remunerada de bens ... a compra caracteriza-se em uma obrigação de dar'*.

Segundo César Fiuza⁶:

⁴ http://www.google.com.br/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCIQFjAB&url=http%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A8182A14DA1C876014DA1D90C500C61&ei=UKRtVYmDIZO1sATbHO4Dg&usq=AFQjCNH-G0eNQjmyQk1L7Q4PVrNAUV_Jng&bv=94455598_d.cWc

⁵ Lei de Licitações e Contratos Anotada, 8ª ed. rev. atual. e ampl. Zênite Editora, 2011 - p.92.

⁶ Direito Civil: curso completo, 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey, 2014 p.419 e 429.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

"Obrigações de dar: Eram no Direito Romano e em nosso Direito antigo obrigação de transferir a propriedade de alguma coisa ao credor. Hoje as obrigações de dar implicam a entrega de alguma coisa ao credor, seja transferindo-lhe a propriedade, a posse ou apenas a detenção.

(...)

Obrigações de fazer: consistem em prestação de fato que pode importar: trabalho físico ou intelectual, determinado pelo tempo e gênero; trabalho determinado pelo produto; fato determinado pela vantagem que traz ao credor, como, por exemplo, guardar coisa"

Como bem percebido por Silvio de Sávio Venosa (2003, p. 99) é elemento insito da caracterização da obrigação de fazer uma '*atividade*' da parte, contrata-se a atividade que, apesar de redundar em produto, não desnatura a preponderância.

Essa percepção também se encontra em Marçal Justen Filho:

"As obrigações de fazer produzem o dever de executar uma prestação cujo núcleo essencial não reside na transferência do domínio ou da posse de algum bem"

É a "*intenção fundamental*" (2014, p. 153), na expressão de Marçal Justen Filho, que determina se possui interesse na atividade ou apenas no produto.

Com essas considerações, todavia, deve-se observar que a categorização do objeto como bem ou serviço é ato tipicamente técnico.

2.2 – DO 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;

⁷ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014 - p214.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

(...)

§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 nº 46.311, de 2013, regulamenta no artigo 3º o Sistema de Registro de Preços para o Pregão Eletrônico:

"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)



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

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:

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;



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

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

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;



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

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.

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 os documentos de fls.230/234.

A aquisição dos itens envolvidos neste Registro de Preços, conta com o Termo de Referência / Projeto Básico às fls.164/177, conforme previsto no artigo 5º, V do Decreto Estadual nº 46.311/2013.

Em fls. 700 dos autos, consta a cópia do Diário Oficial que publicou a Resolução SEPLAG nº 12 de 25 de fevereiro de 2015, nomeando os pregoeiros para atuarem no certame.

A justificativa para a aquisição envolvida neste Registro de Preços pode ser encontrada nos autos, na qual já destacamos anteriormente.

Recomendamos que a área demandante justifique como foram apurados os quantitativos a serem licitados.

Passa-se assim, para a análise da minuta do Edital.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

2.3 – DA MINUTA DO EDITAL E ANEXOS

Importante asseverar que esta Assessoria 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**, item 1.2, necessário que se faça o devido preenchimento, assim que designada a data do certame.

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

“A presente licitação tem por objeto o Registro de Preços para contratação de empresa para fornecimento de licenças de software Adobe, Corel, Autodesk e SPSS, com prestação de serviços de suporte técnico, garantia, manutenção e atualização de versões ou produtos, mediante contrato, para Órgãos e Entidades da Administração Pública do Estado de Minas Gerais, conforme especificações constantes no Termo de Referência - Anexo I, parte integrante do presente Edital, e condições previstas neste edital e seus anexos.”

O **item 3** trata dos órgãos participantes e não participantes. Foram arrolados como participantes, os seguintes órgãos ou entidades da Administração Pública e que integram todo o procedimento licitatório e a Ata de Registro de Preços:

- ✓ Agência Reg. Serv. Abast. Água e Esgotamento Sanitário;
- ✓ Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais;
- ✓ Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais;
- ✓ Departamento de Estradas de Rodagem - MG;
- ✓ Departamento de Obras Públicas do Estado de Minas Gerais;
- ✓ Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais;
- ✓ Fundação Centro de Hematologia e Hemoterapia de MG;
- ✓ Fundação Clovis e Salgado;
- ✓ Fundação de Arte de Ouro Preto – FAOP;
- ✓ Fundação Estadual do Meio Ambiente;
- ✓ Fundação Ezequiel Dias;
- ✓ Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais;
- ✓ Fundação TV Minas Cultural e Educativa;



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

- ✓ Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais;
- ✓ Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais;
- ✓ Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais;
- ✓ Instituto Estadual de Florestas - IEF;
- ✓ Instituto Mineiro de Gestão das Águas;
- ✓ Intendência da Cidade Administrativa;
- ✓ Junta Comercial do Estado de Minas Gerais;
- ✓ Polícia Civil do Estado de Minas Gerais;
- ✓ Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária e Abastecimento;
- ✓ Secretaria de Estado de Desenvolvimento Reg. Pol. Urb. Gestão Metropolitana;
- ✓ Secretaria de Estado de Transporte e Obras Públicas;
- ✓ Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia e Ensino;
- ✓ Secretaria de Estado de Fazenda;
- ✓ Secretaria de Estado de Defesa Social;
- ✓ Secretaria de Estado de Desenvolvimento Agrário;
- ✓ Secretaria de Estado de Educação;
- ✓ Secretaria de Estado de Governo;
- ✓ Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão;
- ✓ Secretaria de Estado de Trabalho e Desenvolvimento Social;
- ✓ Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável;
- ✓ Secretaria Geral da Governadoria;
- ✓ Universidade do Estado de Minas Gerais;
- ✓ Universidade Estadual de Montes Claros.

O item 4 trata do pedido de esclarecimentos e da impugnação do ato convocatório, devendo ser observadas as exigências do art. 11 do Decreto 44.786/2008.

O item 5 trata das condições de participação na licitação.

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

O item 7 trata das propostas comerciais.

O item 8 trata da comprovação das exigências de habilitação das proponentes.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

Em seu item 8.4.1, 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

8



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

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 possuírem 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 9 trata da sessão do pregão e do julgamento.

No item 9.3.7, ficou consignado que para o lote 3 "após a aceitação do menor valor ofertado, e visando a conclusão acerca da aceitabilidade da proposta, a sessão será suspensa para que o fornecedor detentor da melhor oferta possa apresentar, em até 2 (dois) dias úteis após a suspensão da sessão pública, o produto ofertado para realização de Prova de Conceito, conforme procedimentos descritos no item 4 do Anexo I deste Edital"

Conforme se sabe, será cabível a exigência de amostra quando da análise meramente formal da proposta, não for suficiente para atestar sua adequação às normas do edital.

Nesta linha, explica Renato Geraldo Mendes*:

A finalidade da amostra é permitir que a Administração, no julgamento da proposta, possa se certificar de que o bem proposto pelo licitante atende a todas as condições e especificações técnicas indicadas na sua descrição, tal como constante no edital. Com a amostra, pretende-se reduzir riscos e possibilitar a quem julga a certeza de que o objeto proposto atenderá à necessidade da Administração.

A exigência de amostras no pregão eletrônico é tema sobre o qual a jurisprudência do TCU vem se manifestando favoravelmente, como mencionado na decisão proferida em 2013, noticiada em seu Informativo de Licitações e Contratos nº 167:

(...) Nesse passo, entendeu o relator que a exigência de amostras, quando requerida apenas do licitante classificado em primeiro lugar, é perfeitamente compatível com as peculiaridades da modalidade pregão.

* MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública: fases, etapas e atos. Curitiba: Zenite, 2012. p. 171



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

já que "garante a prestação, a perfeição e a eficiência do procedimento sem comprometer a sua celeridade". Ademais, no que respeita à alegação de que o pregão eletrônico seria inviável na hipótese sob exame, consignou que "além de ampliar a competição, o pregão eletrônico não é incompatível com a exigência de amostras, caso o gestor considere-a indispensável, devendo, contudo, caso se trate de aplicação de recursos federais, exigir a apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar." Nesses termos, o Tribunal, ao acolher a tese da relatoria, negou provimento ao recurso, mantendo inalteradas as determinações questionadas. **Acórdão 2368/2013-Plenário**, TC 035.358/2012-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 4.9.2013." (Informativo TCU nº 167, período 03 e 04 de setembro de 2013.) (Destques)

Neste prisma, vê-se que a avaliação de amostras visa a análise e verificação do atendimento pleno das especificações técnicas e características gerais e mandatórias do objeto da licitação.

O item 10 dispõe sobre eventuais recursos a serem apresentados, enquanto 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.

Nos itens 12.1.1 e 12.4 (fls.247-verso/248), sugerimos seja adotada a redação dos art. 11 e 12 do Decreto 46.311/13.

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 trata da garantia, remetendo às condições da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato, anexo V.

Recomendamos que a redação da Cláusula Oitava, do Anexo V, seja transcrita para o item 16 do Edital, já que é esse que vincula das partes envolvidas, nos termos do art. 41 da Lei 8.666/93.

I - A garantia dos produtos deverá ser de, no mínimo, 12 (doze) meses, contados a partir da data de atesto do seu recebimento, conforme atesto Definitivo indicado no inciso VI da Cláusula Segunda.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

II - Constatada a necessidade de reparo ou troca do produto, ela deverá ocorrer em até 30 (trinta) dias após a notificação do defeito à CONTRATADA feita pelo CONTRATANTE.

III - A CONTRATADA deverá manter canal de comunicação – telefone ou e-mail – durante o prazo de garantia com o CONTRATANTE.

O item 17 versa 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.

Os Anexos I a VII, dispõem, sobre o (I) Termo de Referência, (II) Modelo de Proposta Comercial; (III) Modelo de Declarações (IV) Minuta da Ata de Registro de Preços; (V) Minuta do Contrato; (VI) Minuta de Termo de Adesão para eventuais órgãos não participantes; (VII) Minuta da Autorização de Fornecimento.

No Anexo I do Edital encontra-se acostado o Termo de Referência da Licitação, no qual pode se observar a descrição do objeto a ser registrado, a justificativa de aquisição, a caracterização do objeto, com descrição detalhada e seus requisitos, a prova de conceito (apresentação amostra – lote 03), as condições de recebimento, a garantia, avaliação de custo, metodologia de julgamento, aceitabilidade da proposta, esclarecimentos quanto a dotação orçamentária e das sanções em caso de descumprimento.

No item 11.4 do Anexo I, foi feita referência ao item 13 do Edital. Questionamos se o item a ser referenciado seria o “item 18” do Edital.

No item 11.5 do Anexo I, onde consta “Cláusula Décima Terceira”, deveria constar “Cláusula Décima Segunda”

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, 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).



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

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.

Verifica-se no Anexo V, a juntada da 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 contratual.

Verifica-se na cláusula supramencionada, que o prazo será de 12(doze) meses, a contar da assinatura. Recomendamos seja a cláusula alterada, para que conste a vigência a contar da publicação, conforme orientação exarada pela Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais – AGE, através da Nota Jurídica 2.608 de 21 de dezembro de 2010.

A Cláusula Quinta trata do pagamento.

A Cláusula Sexta trata do reajustamento, que não poderá ocorrer durante a vigência contratual.

A Cláusula Sétima trata das obrigações das partes.

A Cláusula Oitava trata da garantia dos produtos.

A Cláusula Nona trata das alterações.

A Cláusula Décima trata do valor estimado.

A Cláusula Décima Primeira trata dos recursos orçamentários.

A Cláusula Décima Segunda trata das sanções.





PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

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

Recomendamos seja completado o campo em branco da citada cláusula.

A **Cláusula Décima Quarta** trata da fusão, cessão, cisão ou incorporação.

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

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

A **Cláusula Décima Sétima** trata da publicação, que será procedida pelo CSC, nos termos do Decreto Estadual nº 46.552/2014.

Por fim, a **Cláusula Décima Oitava** trata do foro de Belo Horizonte, para dirimir quaisquer dúvidas ou litígios decorrentes do Contrato.

No **Anexo VI** tem-se a Minuta do Termo de Adesão para eventuais órgãos não participantes.

Recomendamos a retificação do número do Registro de Preços, pois onde constou "254/2015", deveria constar "130/2015".

Nota-se como **Anexo VII** do edital a Minuta da Autorização de Fornecimento.

Quanto ao Anexo acima, questionamos a sua necessidade diante da existência de minuta contratual, inclusive com previsão de entrega em 10(dez) dias úteis, a partir da data da assinatura do contrato, conforme Cláusula Segunda, inciso II do Anexo V.

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 o fornecimento de licenças de software Adobe, Corel, Autodesk e SPSS, com prestação de serviços de suporte técnico, garantia, manutenção e atualização de versões ou produtos, mediante contrato, para a SEPLAG – Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais, vez



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

que respeitados os limites legais impostos pela legislação vigente, desde que observadas às ressalvas realizadas no corpo deste parecer, quais sejam:

- 1) Considerando a súmula 247 do TCU e os julgados Acórdão 4205/2014-Primeira Câmara, TC 018.605/2012-5, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 29.7.2014, Acórdão 1913/2013-Plenário, TC 004.526/2013-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013, Acórdão n.º 280/2010-Plenário, TC-016.975/2009-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 24.02.2010 e **inc. IV do art. 15 c/c §1º do art. 23 da Lei 8.666, de 1993**, deve a área justificar a definição dos lotes, em especial quanto à aglutinação de itens, em tese, divisíveis.
- 2) Recomendamos que a área demandante justifique como foram apurados os quantitativos dos itens a serem licitados (**art. 15, §7º, inc. II da Lei 8666, de 1993**), em especial considerando as diferenças de contratualização e de custo entre a aquisição de novas licenças e a realização de *'upgrades'* nas licenças já existentes.
- 3) Recomendamos sejam juntados os termos de adesão dos órgãos participantes.
- 4) Recomendamos que a redação da Cláusula Oitava, do Anexo V, seja transcrita para o item 16 do Edital.
- 5) No item 11.4 do Anexo I, foi feita referência ao item 13 do Edital. Questionamos se o item correto a ser referenciado seria o "item 18" do Edital.
- 6) No item 11.5 do Anexo I, onde consta "cláusula Décima Terceira", deveria constar "cláusula décima segunda"
- 7) Questionamos se não será necessária a juntada do Anexo que trata da Avaliação de Fornecedores, de acordo com a Resolução SEPLAG 13/2014.
- 8) Recomendamos que a Cláusula Quarta da minuta contratual, seja retificada para que conste o prazo de vigência a contar da publicação, conforme orientação exarada pela Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais – AGE, através da Nota Jurídica 2.608 de 21 de dezembro de 2010.



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

9) A cláusula décima quarta pode incutir dúvida quanto ao necessário consentimento prévio que não se refere propriamente às alterações, mas ao aditivo. Ademais, o §3º da cláusula décima quinta já possui a previsão que disciplina o instituto. Sugerimos a exclusão desta cláusula com a devida remuneração.

10) No Anexo VI - Minuta do Termo de Adesão para eventuais órgãos não participantes - recomendamos a retificação do número do Registro de Preços, pois onde constou "254/2015", deveria constar "130/2015".

11) Questionamos a necessidade do Anexo VII - Minuta da Autorização de Fornecimento, diante da existência de minuta contratual

12) Necessário indicar no edital o quantitativo adicional destinado às eventuais adesões (art. 9º, X, do Decreto 46.311/2013);

13) Inserir subitem 8.4.2.2:

O licitante deve disponibilizar, quando solicitado pelo pregoeiro, todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram executadas as atividades, nota fiscal.

14) Os subitens 6.4.1 a 6.4.3 deverão ser excluídos considerando que não se exige a apresentação dos documentos referidos para fins de comprovação da condição de ME e EPP.

15) Solicitamos que os documentos cancelados e sem quaisquer efeitos, como termos de referência não aproveitados sejam demarcados com carimbo de cancelado.

16) O termo de referência que irá efetivamente compor o anexo técnico do edital deverá ser devidamente assinado pelo servidor responsável e aprovado pela autoridade competente

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



PARECER JURÍDICO N.º 1063/2015

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 técnicas não devem ser aleatórias ou padronizadas, mas deverão seguir as expectativas razoáveis de orientação da aquisição do objeto pelo mercado, especial atenção para os prazos de entrega, bem como as exigências de habilitação que deverão estar adequadas às demais condições do mercado e da normatização sobre o tema, 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, 09 de setembro de 2015.


FABIANO MACHADO REIS MORETZSOHN MORAES

Assessor Jurídico

Masp nº 1.248.782-3 – OAB/MG 104.839

De acordo,


THIAGO ELIAS MAUAD DE ABREU

Procurador do Estado

Masp. 1.127.731-6 – OAB/MG nº 90.216