



PARECER Nº 59 / 2024 - CMPM-PA

Processo de Compra nº 19 / 2024

Pregão nº 06 / 2024

Edital 02

I. RELATÓRIO

Trata o presente expediente de processo administrativo que tem por finalidade a contratação de serviço de *licença de direito de uso do software Adobe Creative Cloud for Teams All Apps*, em sua versão mais atual, incluindo suporte técnico, garantia e atualizações, para o prazo de 12 (doze) meses, para atender a diversos setores da Câmara Municipal de Pará de Minas, mediante licitação pública, na modalidade pregão, em sua forma eletrônica.

A Divisão de Compras e Gestão de Contratos remete o processo em epígrafe a esta Procuradoria para análise jurídica da minuta do **Edital 02**, tendo em vista modificações procedidas no instrumento convocatório decorrente de pedidos de esclarecimentos.

II. FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a Divisão de Compras e Gestão de Contratos e a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade dos atos administrativos praticados no processo de compra, conforme estabelece o artigo 53, incisos I e II, da Lei nº 14.133/2021:

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

(...) [Destacamos]



Como se pode observar do dispositivo acima, o controle prévio de legalidade se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura contratação, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade. Em relação a esses, eventuais apontamentos decorrem da ligação com questões jurídicas, na forma do disposto no Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

Enunciado BPC nº 7

A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado tenham sido regularmente determinadas pelos setores competentes do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público. O mesmo se pressupõe em relação ao exercício da competência discricionária pelo órgão assessorado, cujas decisões devem ser motivadas nos autos.

De outro lado, cabe esclarecer que não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos, nem de atos já praticados. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

Finalmente, deve-se salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 2503/2024, entendeu que a desconsideração pelo gestor das recomendações feitas no parecer jurídico deve ser motivada:

RESPONSABILIDADE. CULPA. ERRO GROSSEIRO. LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. PARECER JURÍDICO. DESCONSIDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO. Para fins de responsabilização perante o TCU, a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, as recomendações constantes do parecer da consultoria jurídica acerca do processo licitatório configura erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb). (Acórdão 2503/2024 - TCU - Segunda Câmara, Pedido de Reexame, Relator Ministro Aroldo Cedraz)



Ressalte-se, ainda, que a análise em comento toma por base os documentos e informações constantes dos autos concernentes ao presente processo de compra *até o momento*, haja vista a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos e das informações prestadas pelos servidores públicos envolvidos.

Após a emissão do parecer prévio e conclusivo, os autos somente devem retornar à Procuradoria em caso de dúvida jurídica específica, sendo dispensável a apreciação do procedimento concluído.

Anotamos, por oportuno, que é recente e escassa a jurisprudência dos Tribunais acerca da nova legislação (Lei nº 14.133/2021), de maneira que ainda podem ser utilizados conceitos, institutos e decisões relativas à Lei nº 8.666/93, que foram incorporados à Lei nº 14.133/2021.

Passamos a análise.

III. ANÁLISE JURÍDICA

Após a publicação do **Edital 01**, duas empresas apresentaram pedidos de esclarecimentos a respeito da exclusividade da licitação à micro e pequenas empresas, questionando que apenas empresas autorizadas pela ADOBE, com a especialização em governo, podem revender produtos da marca, sendo que, dentre as revendedoras autorizadas, nenhuma está enquadrada como ME ou EPP (**fls. 120/123**), o que impossibilitaria a contratação da licença de software com a exclusividade pretendida.

Em resposta, às **fls. 119**, a Agente de Contratação promoveu diligências e confirmou as informações, acatando a sugestão de não exclusividade da licitação. Dessa forma, suspendeu-se a sessão pública marcada e procedeu-se a alteração do edital para ampliar a participação de empresas na licitação, com base no que preceitua o art. 49, inciso III, da Lei Complementar Federal nº 123/2006.

Após análise e aprovação prévia feita por esta Procuradoria, conforme e-mails às **fls. 127/129**, o **Edital 02** foi juntado aos autos às **fls. 130/164** e reúne as cláusulas e condições essenciais exigidas nos instrumentos da espécie.

No entanto, cumpre-nos registrar os pontos alterados no Edital, quais sejam, a **Cláusula 2.2 (fls. 131)**, ampliando a participação a qualquer pessoa jurídica do ramo pertinente e compatível com o objeto licitado, apta ao fornecimento do objeto e que atenda aos requisitos do edital, com a justificativa da não exclusividade à micro e pequenas empresas na **subcláusula 2.3.2 (fls. 131-verso)**, já no Termo de Referência (Anexo I do Edital), acrescentou-se como requisito da contratação o **item 4.7 (fls. 143-verso)**, determinando que

168V
F



somente empresas certificadas pela ADOBE podem revender para o governo, em conformidade com as políticas de licenciamento da fabricante do software.

Inicialmente, ressaltamos que o tratamento diferenciado dispensado às empresas de pequeno porte resulta de expressa disposição constitucional, vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

(...)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

É certo que a **exclusividade** de participação em processos licitatórios às micro e pequenas empresas é a **regra** nos casos de itens de contratação com valor estimado de até R\$ 80.000,00, como é o presente caso, conforme determina expressamente o art. 47 e 48, inciso I, da Lei Complementar Federal nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte:

*Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e **municipal**, deverá 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.*

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. [Destacamos]

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

*I - deverá realizar processo licitatório destinado **exclusivamente** à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)**;*



(...) [Destacamos]

Em âmbito municipal, foi editada a Lei nº 5.142/2011, que regulamenta, no município de Pará de Minas, o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata a Lei Complementar Federal nº 123/2006, assim estabelecendo em seu art. 28:

Art. 28. *Nas contratações públicas de bens, serviços e obras do Município, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte **nos termos do disposto na Lei Complementar nº 123/2006, com suas alterações posteriores.***

Parágrafo Único - Subordinam-se ao disposto nesta Lei, além dos órgãos da administração pública municipal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Município.

Contudo, existem **exceções** que autorizam a não aplicação da exclusividade e que podem ser avocadas pela Administração, *desde que apresente as devidas justificativas*, conforme dispõe o art. 49 da mesma norma:

Art. 49. *Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:*

~~I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;~~

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

~~IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.~~

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

169V
7



O art. 49 acima proíbe a aplicação do disposto nos artigos 47 e 48 da mesma lei quando o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo objeto a ser contratado.

Basta a previsibilidade do prejuízo, não se exigindo certeza sobre a sua real dimensão, até porque esta somente seria passível de apuração ao final da execução do contrato, ou seja, quando o dano já estivesse consumado e pudesse ser avaliado em toda a sua extensão o que, evidentemente, não teria sentido nenhum em termos de proteção ao erário e ao interesse público. De qualquer maneira, é fundamental que a Administração demonstre, objetivamente quais os riscos que configuram esse potencial lesão à satisfatória execução do objeto do contrato.¹

Cumprе ressaltar que a motivação para ampliação da concorrência com fundamento no inciso III acima descrito não limita a participação somente de empresas de médio e grande porte no certame, por ausência de previsão legal nesse sentido. O que a lei permite, excepcionalmente, é a retirada da **exclusividade** de participação a micro e pequenas empresas, mas, de qualquer maneira, deve ser garantido os direitos dessas previstos nos arts. 42 a 46 da LC nº 123/2006 (o que o art. 49 excetua é a aplicação dos artigos 47 e 48 da LC 123/2006).

Observa-se ser essa a intenção do legislador quando revogou o inciso I do art. 49 da LC nº 123/2006, qual seja, ainda que o edital seja silente quanto aos critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, estes ainda são aplicáveis, por expressa disposição legal.

Por outro lado, qualquer licitante deve, ainda, observar o preenchimento de todas as condições previstas para a contratação, seja em relação à habilitação, à proposta ou aos requisitos necessários para execução do objeto. Nesse sentido, reputa-se necessária a inserção do **item 4.7** no Termo de Referência, conforme já mencionado acima.

Caso se conceda a exclusividade, sem os parâmetros adequados que garantam a existência de fornecedores capazes de atender a demanda, o resultado seria uma licitação deserta ou ineficaz. A Câmara Municipal seria levada a repetir o procedimento, o que aumentaria os custos da contratação, gerando prejuízos.

Dito isto, entendemos cabível a ampliação procedida, considerando o risco presente na concessão da exclusividade e ausência de parâmetros que afastem esses riscos, considerando ainda que tal decisão preserva a competitividade do certame, garante a isonomia e possibilita a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

¹ <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/149/146>



IV - CONCLUSÃO

Diante do exposto, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de conveniência e oportunidade, opina-se pela possibilidade jurídica do prosseguimento do processo licitatório, uma vez que está condizente com o ordenamento jurídico, notadamente com a Lei nº 14.133/2021, com a Lei Complementar nº 123/2023 e com a Lei Municipal nº 5.142/2011.

É o parecer que se submete à consideração superior.

Pará de Minas, 23 de agosto de 2024.


Evandro Rafael Silva
Procurador Geral



EM BRANCO