



**Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer**

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 03700.075546/2019

ORIGEM: SEMTEL

DESTINATÁRIO: ARSER (Comissão Permanente de Licitação)

Maceió, 23 de outubro de 2019

ASSUNTO: Resposta impugnação ao pregão 147/2019

A presente impugnação foi submetida através da pregoeira do certame, Sra. Sandra Raquel dos Santos Serafim, a equipe técnica da SEMTEL, responsável pela elaboração do termo de referência, que respondeu o que segue:

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO DO EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 147/2019

“Trata-se de impugnação interposta tempestivamente pelo Senhor FRANCISCO RAFAEL FERREIRA, CNPJ: 276.755.428-27, brasileiro, casado, advogado, sediado em Araras/SP na rua Lourenço dias, 170 contra o Edital que objetiva contratação de empresa especializada na prestação de serviço de show pirotécnico/piromusicado, com fornecimento de fogos de artifícios à observância de disposição do Parágrafo Primeiro do art.41 da Lei Federal nº8.666/93.

O pedido de impugnação, apresentado pela empresa, acima identificada foi fundamentada no art.37 da Constituição Federal combinado com os dispostos na Lei 7.347/85, 8.492/92, 8.666/93.

DO CERCEAMENTO DA COMPETITIVIDADE

1) O edital aglutina objetos de forma indevida.

A contratação indica o seguinte:

“Serviço de locação de operação marítima contemplando 4 (quatro) balsas (aço naval) com mínimo de 65m², 1 (um) rebocador contendo canhão de jato d’água e com tripulação que possua capacidade necessária para reboque das balsas utilizadas, 2 (dois) barcos de apoio com no mínimo 2 (dois) tripulantes para ajudar nas manobras e realizar segurança das balsas apoiadas, 2 (duas) lanchas com marinheiro para dar apoio a tripulação da operação marítima.”



Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer

RESPOSTA – constata-se que o impugnante pleiteia o fracionamento do objeto da licitação por entender que o §1º do artigo 23 da Lei Federal nº 8.666/93, encontra-se vilipendiado, frustra o caráter competitivo da licitação, vejamos:

*”§ 1º 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”*

Resta claro a não observância do licitante quanto à integridade da interpretação dos dispositivos que compõem o referido artigo. Destaca-se neste caso os §§2º e 5º do mesmo artigo.

”§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
(...)

A inexatidão da modalidade estipulada na Lei pode configura o fracionamento ilegal de despesa, que se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar contratação direta. Tal prática é vedada expressamente no art. 23, §5º da Lei 8.666/93:

Art. 23

(...)

§ 5º É vedada a utilização da modalidade ;convite;;tomada de preços conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de;tomada de preços concorrência;; respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.”

Assim, depreende-se da leitura conjunta desses dois parágrafos que a vedação



Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer

ao fracionamento ilegal aplica-se tanto às obras e aos serviços quanto às compras. Esse também é o entendimento da Corte de Contas:

“Realize planejamento de compras a fim de que possam ser feitas aquisições de produtos de mesma natureza de uma só vez, pela modalidade de licitação compatível com a estimativa da totalidade do valor a ser adquirido, abstendo-se de utilizar, nesses casos, o art. 24, inciso II, da Lei no 8.666/1993 para justificar a dispensa de licitação, por se caracterizar fracionamento de despesa.”

Sem embargo das judiciosas razões explicitadas, as mesmas não poderão ser acolhidas, tendo em vista a comissão ter respeitado todas as exigências legais do TR.

Ainda sobre esse problema, vale lembrar que o fracionamento de compras, com a utilização indevida de modalidade inferior de licitação, tende a prejudicar a escolha da melhor proposta para a Administração, que poderia ser ofertada por empresas de maior porte e com capacidade de dar descontos maiores nos preços praticados;

A existência nos autos, de indícios de ocorrência de fracionamento do objeto, é considerada grave, sobretudo em razão de que outras modalidades não exigem a publicidade do edital como as outras (art. 21 da Lei de Licitações), o que diminui a concorrência do certame e, em tese, facilita o ajuste entre licitantes;

Especificamente quanto à realização de compras diluídas ao longo do exercício em substituição à efetivação de uma aquisição única, relacionada a um mesmo objeto, é importante destacar que a entidade, adotando tais procedimentos, deixa de obter ganhos de economia de escala, pois, por meio de contratações de maior vulto, são negociados descontos mais elevados nos preços praticados.

Como mencionado acima, o fracionamento de despesas é vedado em nosso ordenamento jurídico no art. 23, §5º da Lei 8.666/93.

A melhor doutrina ressalta, entretanto, que esse parágrafo deve ser interpretado conjuntamente com o §2º do mesmo dispositivo legal.

Assim, depreende-se da leitura conjunta desses dois parágrafos que a vedação



Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer

ao fracionamento ilegal aplica-se tanto às obras e aos serviços quanto às compras.

A proposta incluiu a aglutinação dos componentes, entendendo-se que é possível cumprir o objeto na sua totalidade, pois, a apresentação de quatro empresas com o condão desse cumprimento, denotando a possibilidade de desempenho e execução do certame.

Trata-se de diretriz que visa evitar restrições indevidas a competitividade em prejuízo, tanto do interesse particular em ter amplo acesso do certame, quanto da própria Administração em ter a proposta mais vantajosa. Assim, a Administração não vislumbrou a necessidade da referida exigência, visto que a descrição do serviço contida no Termo de Referência está clara e precisa, afastando qualquer necessidade de detalhamento maior. Justifica-se essas afirmativas pelo fornecimento de cotação das três empresas, são elas:

PARAÍBA FOGOS, CNPJ. 24396713/0001-84, JURANDIR LOPES DA SILVA FILHO, CNPJ 14.741479/0001-21 E A LACERDA COMÉRCIO DE FOGOS EIRELI, CNPJ Nº 16.732.124/0001-00.

Assim, mais uma vez não se vislumbra irregularidade no presente Termo de Referência em face do presente quesito. O citado termo atende aos critérios legais do processo de contratação.

2) Tratam-se de vários objetos, sendo perfeitamente possível sua separação.

Se já não fosse abusiva a aglutinação, o contido no item 9.1.11 escancara o cerceamento à competição, senão vejamos:

“9.1.11. Não transferir a terceiros, por qualquer forma, nem mesmo parcialmente, as obrigações assumidas, nem subcontratar qualquer das prestações a que está obrigada, exceto nas condições autorizadas no termo de referência ou na minuta de contrato”.

O objeto licitado é totalmente restritivo, obrigando que a empresa tenha a disposição o serviço de balsas e também o show em si.

Por essa razão, resta comprovada a ilegalidade na adoção de julgamento em conjunto. Deverá o edital ser reparado, para que os serviços sejam divididos em lotes independentes, ademais o serviço de locação pretendido não é tão simples, o que determinaria a escolha de outra modalidade licitatória.

Pelo exposto, requer a imediata paralisação do certame para que seja apurada a



Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer

aglutinação indevida de objetos (locação de balsa / show pirotécnico).

Restrição clausula 5.1.

A mencionada cláusula fere a regra geral, uma vez que o não é necessário à comprovação de vínculo no momento da apresentação da proposta comercial.

Até mesmo porque a empresa tem sua qualificação exigida, sendo que a vinculação pode se dar através de um contrato futuro de prestação de serviços, portanto, restritiva a condição exigida no momento da habilitação.

E ainda, um gravame se dá na aglutinação dos objetos, que visa atribuir a responsabilidade técnica das balsas para a empresa de pirotecnia.

A forma da descrição da responsabilidade não é clara e deverá ser adequada a redação editalícia.

RESPOSTA – constata-se que o impugnante pleiteia o fracionamento do objeto da licitação por entender que o §1º do artigo 23 da Lei Federal nº8.666/93, encontra-se vilipendiado, frustra o caráter competitivo da licitação, vejamos:

”§ 1º 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

Resta claro a não observância do licitante quanto à integridade da interpretação dos dispositivos que compõem o referido artigo. Destaca-se neste caso os §§2º e 5º do mesmo artigo.

”§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

A inexatidão da modalidade estipulada na Lei pode configura o fracionamento ilegal de despesa, que se caracteriza quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar contratação direta. Tal prática é vedada expressamente no art. 23, §5º da Lei 8.666/93:

Art. 23

(...)

§ 5º É vedada a utilização da modalidade ;convite;;tomada de preços conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no



Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer

mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços concorrência;, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.”

Assim, depreende-se da leitura conjunta desses dois parágrafos que a vedação ao fracionamento ilegal aplica-se tanto às obras e aos serviços quanto às compras. Esse também é o entendimento da Corte de Contas:

“Realize planejamento de compras a fim de que possam ser feitas aquisições de produtos de mesma natureza de uma só vez, pela modalidade de licitação compatível com a estimativa da totalidade do valor a ser adquirido, abstendo-se de utilizar, nesses casos, o art. 24, inciso II, da Lei no 8.666/1993 para justificar a dispensa de licitação, por se caracterizar fracionamento de despesa.”

Sem embargo das judiciosas razões explicitadas, as mesmas não poderão ser acolhidas, tendo em vista a comissão ter respeitado todas as exigências legais do TR.

Ainda sobre esse problema, vale lembrar que o fracionamento de compras, com a utilização indevida de modalidade inferior de licitação, tende a prejudicar a escolha da melhor proposta para a Administração, que poderia ser ofertada por empresas de maior porte e com capacidade de dar descontos maiores nos preços praticados;

A existência nos autos, de indícios de ocorrência de fracionamento do objeto, é considerada grave, sobretudo em razão de que outras modalidades não exigem a publicidade do edital como as outras (art. 21 da Lei de Licitações), o que diminui a concorrência do certame e, em tese, facilita o ajuste entre licitantes;

Especificamente quanto à realização de compras diluídas ao longo do exercício em substituição à efetivação de uma aquisição única, relacionada a um mesmo objeto, é importante destacar que a entidade, adotando tais procedimentos, deixa de obter ganhos de economia de escala, pois, por meio de contratações de maior vulto, são negociados descontos mais elevados nos preços praticados.



Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer

Como mencionado acima, o fracionamento de despesas é vedado em nosso ordenamento jurídico no art. 23, §5º da Lei 8.666/93.

A melhor doutrina ressalta, entretanto, que esse parágrafo deve ser interpretado conjuntamente com o §2º do mesmo dispositivo legal.

Assim, depreende-se da leitura conjunta desses dois parágrafos que a vedação ao fracionamento ilegal aplica-se tanto às obras e aos serviços quanto às compras.

A proposta incluiu a aglutinação dos componentes, entendendo-se que é possível cumprir o objeto na sua totalidade, pois, a apresentação de quatro empresas com o condão desse cumprimento, denotando a possibilidade de desempenho e execução do certame.

Assim, a Administração não vislumbrou a necessidade da referida exigência, visto que a descrição do serviço contida no Termo de Referência está clara e precisa, afastando qualquer necessidade de detalhamento maior. Justifica-se essas afirmativas pelo cadastramento das três empresas, são elas:

PARAÍBA FOGOS, CNPJ. 24396713/0001-84, JURANDIR LOPES DA SILVA FILHO, CNPJ 14.741479/0001-21 E A LACERDA COMÉRCIO DE FOGOS EIRELI, CNPJ Nº 16.732.124/0001-00.

Assim, mais uma vez não se vislumbra irregularidade no presente Termo de Referência em face do presente quesito. O citado termo atende aos critérios legais do processo de contratação.

3) Restrição clausula 5.6.

A comprovação de expertise fere os limites máximos de maior relevância, afinal exige comprovação idêntica ao pretendido, ou seja, indicam como obrigatória: “5.6. Apresentar Atestado ou Certidão fornecida por pessoa jurídica de direito público ou privado, com identificação do signatário e assinatura do responsável legal que comprove que a licitante tenha executado serviços de shows pirotécnicos/piromusicado embarcados, com show em balsas para tal atividade, sob as penalidades legais, no caso de declaração falsa ou perfídia.”



**Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer**

Não admite certificação similar, inclusive repete justamente o objeto licitado, sendo que a expertise poderia ser feita com show pirotécnico sem ser piromusicado, em balsa ou navio, ou qualquer outro mecanismo de embarcação, que fora limitado.

Restrição à indicação de expertise em 100% do objeto licitado.

A experiência prévia deverá admitir eventos similares, garantindo a ampla participação.

RESPOSTA – um dos princípios basilares que rege à Administração Pública, o Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado, que pode ser encontrado na Lei nº 9.784/99, versa sobre o processo administrativo, e está expressamente previsto no art. 2º, caput. No inciso II do parágrafo único do referido artigo a norma prevê o caráter irrenunciável dos poderes ou competências da Administração Pública. A indisponibilidade do interesse público se dá porque a Administração Pública não pode dispor dos interesses da coletividade, principalmente porque ela não é titular do interesse público, o titular deste é o Estado, como representante da coletividade. Analisemos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O supracitado artigo confere a importância do interesse público e ampara seus direitos fundamentais, ressaltando neles a segurança pública, imprescindível à realização do evento, objeto do contrato.

O objeto do contrato pode ser alterado e isso implicaria no resultado final do serviço, causando enorme prejuízo à Administração Pública, ferindo o Princípio da Eficiência. A inclusão deste princípio segundo Moraes se dá, pois “a Constituição já apontava a existência do princípio da eficiência em relação à administração pública” (MORAES, 2007, p 776), mesmo que implicitamente, este princípio já existia por trás da lei.

Importante informar que a Emenda Constitucional não apenas incluiu um novo princípio a ser atendido pela administração pública, mas engloba todos os demais princípios em um só, dando uma sincronia ainda mais completa aos princípios do art. 37 da Constituição de



Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer

1988. Pois eficiência não pode significar a falta de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, mas sim a junção de todos os princípios com o que há de mais moderno e necessário nos tempos atuais à eficiência. É visível que a lei de licitações vem para amparar esta necessidade da administração pública, contornando os riscos antes visíveis, e iniciando uma nova fase para os órgãos públicos. Este contexto denota outro princípio para a garantia da execução do trabalho a ser realizado, o princípio da Eficiência, fazendo-se necessário a amostra prévia do serviço a ser contratado.

O TCU já pacificou o entendimento de que a amostra ou prova de conceito deverá ser apresentada somente pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar depois de encerrada a etapa competitiva de lances verbais -no caso em apreço, eletronicamente- podendo ocorrer em ato contínuo à sessão, em consonância com os princípios da economia e eficiência, mormente pelo fato de que o objeto da presente licitação é show pirotécnico/piromusicado.

Destarte, torna-se imperioso que o licitante declarado vencedor provisório, posteriormente a fase de classificação das propostas, deverá ser submetido à avaliação de prova de conceito ou amostra, pela procedência do material a ser adquirido, pois, a empresa promoverá o espetáculo; sendo este o entendimento do TCU, *literis*:

A exigência de apresentação de amostras é compatível com as licitações realizadas mediante pregão, inclusive na forma eletrônica, e deve ser requerida na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. ACÓRDÃO Nº 2368/2013 – Plenário – TCU, Relator Benjamin Zymler, data da sessão 04/09/2013.

4) MAIS AGLUTINAÇÕES DE OBJETO.

Sonorização em toda a orla.

O edital apresenta mais aglutinações indevidas, senão vejamos:

7) Equipamentos de Sonorização – É de inteira responsabilidade da empresa vencedora o fornecimento e instalação de todo equipamento de som que deve estar sincronizado com o show pirotécnico. A Emissão sonora deve sair de todos os pontos instalados na orla, e o som deve ser limpo e audível para todos os espectadores do show.



**Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer**

Exige que a empresa faça todo o sistema de sonorização, contudo não permite subcontratação.

Trilha Musical.

O edital apresenta mais aglutinações indevidas, senão vejamos:

12.1. A Contratada deverá apresentar 02 (duas) opções de trilha musical para escolha e avaliação da Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer, com duração de 12 (doze) minutos (tempo de duração do show pirotécnico/piromusicado), devendo essa ser totalmente produzida em estúdio e tendo seus direitos autorais liberados para uso da Prefeitura de Maceió, sendo obrigatória a apresentação de documentos que comprovem a sua autenticidade e liberação. A trilha deve ser apresentada em mídia (pen drive) em separado contendo apenas um único arquivo, e não será devolvido ao licitante.

A não apresentação da mídia ou a não comprovação de sua autenticidade e liberação desabilitará a licitante.

Exige elaboração de trilha sonora e não permite subcontratação.

Outro fator sem explicação é o contido na cláusula 6,2, visto que exige que as balsas deverão estar disponíveis em Maceió para averiguação até 30 dias antes do evento (31 de Dezembro de 2019), devendo ser apresentados todos os documentos necessários para análise da segurança no uso de todos os materiais para a plena execução dos serviços hora contratados. Observa-se que a aglutinação de objetos é abusiva e determina o cerceamento de participação, afinal a empresa de pirotécnica tem que ser detentora de balsas, equipamentos de sonorização, lanchas e conjunto musical para atender todos os termos do edital.

RESPOSTAS – como já explicitado acima, a publicação do Termo de Referência incluiu em seu teor a proposta ratificada com sonorização e que a possibilidade do cumprimento total do objeto está comprovada pelo cadastramento de três empresas que comprovam pela proposta fornecida na fase de cotação do referido processo.

Desta feita, resta contextualizar:



Estado de Alagoas
Prefeitura Municipal de Maceió
Secretaria Municipal de Turismo, Esporte e Lazer

Salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, “o acatamento aos princípios mencionados empecou ou ao menos forceja por empecer – conluio inadmissíveis entre agente governamentais e terceiros, no que se defende a atividade administrativa contra negócios desfavoráveis, levantando-se ainda, óbice a favoritismo ou perseguições, inconvenientes com o princípio da igualdade”.

Há ainda o princípio da competitividade, que preceitua Gasparini: “é vedado à Administração Pública admitir, prever, incluir ou tolerar, nos instrumentos convocatórios, cláusulas ou condições que comprometam, cerceiem ou obstem o aspecto competitivo do procedimento licitatório”.

Nessa esteira, em entendimento do TCU fica explicitamente claro que subcontratação possibilita a participação de **um terceiro estranho** a relação contratual: é o que se vê:

“Segundo o TCU, “Subcontratação consiste na entrega de parte de fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço *a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado*”.

Diante do exposto, não há, pelo menos nos moldes atuais, possibilidade de se subcontratar sem efetuar uma licitação pública com todos os procedimentos existentes na Lei [8666/93](#), ou por meio de procedimento próprio pois a abrangência relacionada ao tema com que é apresentada na Lei [8666/93](#) só torna mais frágil e passível de burla e conluio ao atual procedimento licitatório.

Ante o exposto, julgo improcedente os argumentos apresentados pela empresa impugnante, comprovado qualquer ato de ilegalidade, restrição de competitividade ou ainda, impedimento à busca da proposta mais vantajosa, mantendo todos os termos do Termo de Referência do Pregão Eletrônico nº 147/2019.”

Mirian Couto Calheiros
Assessora Técnica
SEMTEL