



PARECER

Procedimento SEI n.º:	19.09.02004.0007174/2020-61
Interessado(a):	CECOM
Espécie:	Consulta Jurídica

EMENTA: CONSULTA JURÍDICA. PREGÃO ELETRÔNICO. SERVIÇO DE CLIPAGEM (*CLIPPING*). DIREITOS AUTORAIS. LEI N.º. 9.610/98. EXCEÇÃO DE IMPRENSA. NÃO CONFIGURADA. EXIGÊNCIA DE AVALIAÇÃO DO CONTEÚDO. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5º, XXVII, CF/88. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO OU CONTRATO DE LICENCIAMENTO. 1. Nos termos do art. 5º, XXVII, CF/88, aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. 2. Embora haja divergência na jurisprudência acerca do tema, o serviço de *clipping* não se enquadra na exceção de imprensa quando a pretensão deixa de ter caráter meramente informativo, passando a conter, por exemplo, avaliação do conteúdo jornalístico. 3. A exigência, apenas na fase contratual, de autorização expressa ou contrato de licenciamento não viola os princípios da licitação. 4. Dessa forma, opina-se pela manutenção da cláusula 3.13.2.4 do termo de referência e cláusula 9.20 da minuta contratual. 5. O Tribunal de Contas da União admite a exigência de amostras, provas de conceito, testes de verificação e similares, desde que apenas para o licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e as exigências contenham parâmetros objetivos e razoáveis. 6. A análise *in concreto* acerca da objetividade e razoabilidade das regras para o teste de verificação compete à área técnica que criou tais regras.

PARECER N.º. 705/2022

I - RELATÓRIO

Trata-se de **Consulta Jurídica** formulada nos autos do **pregão eletrônico** que visa contratar o **serviço de clipagem de conteúdo jornalístico** de interesse do Ministério Público do Estado da Bahia.

Após aprovação da minuta do instrumento convocatório, a potencial licitante **Nullius in verba LTDA** impugnou o edital, tendo o Pregoeiro, lastreado pela manifestação da área técnica, decidido pelo **provimento** da impugnação, determinando a alteração do instrumento convocatório sem a necessidade de republicação e devolução do prazo, por entender que as alterações não influenciavam na formulação das propostas.

Após republicação do edital, o potencial licitante **Sérgio Machado Reis EPP** apresentou nova impugnação ao edital, sob a alegação, em síntese, de: 1) ilegalidade da cláusula 3.13.2.4 do instrumento convocatório; 2) ilegalidade das cláusulas 2.10.1.1, 2.10.1.2 e 2.10.1.3, que tratam da amostra.

Após o Pregoeiro encaminhar os autos à CECOM, esta formulou **Consulta Jurídica** para que: 1) fosse analisada a viabilidade da manutenção da exigência da cláusula 3.13.2.4. Ressaltam que a exigência foi incluída após a primeira impugnação ao edital; 2) fosse analisada a adequação de ser exigido teste de verificação (prova de conceito), constante no item 2.10.1.1, em caráter eliminatório para o licitante provisoriamente vencedor.

É o breve relatório.

II - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente opinativo se enquadra na classificação de "parecer facultativo", em decorrência da ausência de obrigatoriedade legal na sua confecção.

É oportuno mencionar que os pronunciamentos de órgãos consultivos deverão ser emitidos no prazo máximo de 30 (trinta) dias, prorrogável, mediante justificativa, por mais 15 (quinze) dias, contados da data do recebimento dos autos, salvo norma especial em sentido diverso, prazo reduzido para 15 (quinze) dias, prorrogável uma vez por igual período, nos processos que envolvam licitações e contratos celebrados pelo Poder Público, nos termos do art. 46, da Lei Estadual n.º. 12.209/2011.

Cumpre ressaltar, ainda, que o órgão de assessoramento jurídico não pratica ato de gestão, nem aprecia elementos pertinentes à discricionariedade do gestor, não adentrando à conveniência e à oportunidade dos atos, assim como não interfere em aspectos técnicos do objeto sob

responsabilidade de outros agentes e setores da Administração.

Postas tais considerações preliminares, passa-se à análise do mérito.

III.1 Da (i)legalidade da exigência constante da cláusula 3.13.2.4 do edital:

Originalmente, não havia tal cláusula no edital. Com a impugnação ao edital interposta pela potencial licitante **CI Comunicação & Informação EIRELI**, a CECOM incluiu a seguinte cláusula no termo de referência:

3.13.2.4 Apresentar, em até 10 (dez) dias após a emissão do empenho, autorização expressa ou contrato de licenciamento dos veículos que assim exigirem, conforme lei de direitos autorais, entre aqueles listados no Apenso II deste Termo de Referência

A referida cláusula foi também consignada na minuta contratual:

9.20 Apresentar, em até 10 (dez) dias após a emissão do empenho, autorização expressa ou contrato de licenciamento dos veículos que assim exigirem, conforme lei de direitos autorais, entre aqueles listados no Apenso I deste instrumento;

De antemão, é possível verificar que a exigência **não foi inserida na fase licitatória**, mas após emissão do empenho, ou seja, o momento temporal da exigência é **após assinatura do contrato**. Tal informação é pertinente, pois o Tribunal de Contas da União possui entendimento pacífico no sentido de que os licitantes não podem ser obrigados a incorrer em custos desnecessários anteriormente à celebração do contrato:

Súm. 272, TCU: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Os direitos autorais possuem a natureza jurídica de direitos fundamentais, consoante art. 5º, incisos XXVII,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou **reprodução** de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

O problema cinge-se à discussão acerca da (des)necessidade de autorização expressa ou celebração de contrato de licenciamento com o veículo de comunicação para reprodução das matérias jornalísticas em serviço de *clipping*, que consiste, basicamente, no processo de seleção de notícias em jornais, *sites* e revistas de outros veículos de comunicação, resultando em um compêndio de recortes sobre assuntos de interesse de quem contrata o serviço.

De acordo com o Manual de Direitos Autorais do Tribunal de Contas da União:

No âmbito do direito autoral, muito se discute acerca da necessidade de obtenção de autorização do titular do conteúdo para a reprodução de matéria e notícia. Sendo o direito autoral um direito exclusivo, toda e qualquer utilização de uma obra protegida depende de autorização prévia e expressa do titular do direito, conforme dispõe o art. 29 da LDA. Além dessa regra geral, aplicável a todas as categorias de obra, a legislação dedica um artigo para o caso específico da imprensa, abaixo transcrito:

Art. 36. O direito de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, diária ou periódica, com exceção dos assinados ou que apresentem sinal de reserva, pertence ao editor, salvo convenção em contrário.

Parágrafo único. A autorização para utilização econômica de artigos assinados, para publicação em diários e periódicos, não produz efeito além do prazo da periodicidade acrescido de vinte dias, a contar de sua publicação, findo o qual recobra o autor o seu direito.

Deve-se observar que jornais, revistas e outros periódicos de imprensa são obras protegidas, habitualmente caracterizadas pela doutrina jurídica como obras coletivas, nos termos do art. 5º, inciso VIII, alínea “h”, da LDA:

VIII - obra: (...) h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;

Por outro lado, questiona-se se tal uso não está incluído dentre as limitações e exceções ao direito de autor, haja vista a previsão contida no art. 46, alínea “a”, da LDA.

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

Não há jurisprudência consolidada quanto ao tema, entretanto merece destaque a decisão proferida pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região, em processo movido pela empresa Folha da Manhã em face do Senado Federal (SF), publicada em fevereiro de 2019, que decidiu no sentido de que o clipping realizado pelo SF, com a utilização de matérias da Folha, implicava ofensa à LDA:

APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AUTORAL. VIOLAÇÃO. ARTS. 5º, XXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 7º, 36 E 46, INCISO I, ALÍNEA “A”, DA LEI 9.610/1998. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. I - Os direitos autorais da parte autora foram efetivamente violados pela ré, nos termos dos arts. 5º, inciso XXVII, da Constituição do Brasil, e 7º, 36 e 46, inciso I, alínea “a”, da LDA. II - **Da análise dos autos, é incontroverso que o Senado Federal promoveu a compilação do conteúdo jornalístico produzido pela autora, em clipping impresso e digital, conforme admitido em sede de contestação e recursos de apelação.** III - **Depreende-se, ainda, que todo o conteúdo jornalístico veiculado pela parte autora nestes autos não se limitou a material de cunho meramente informativo, vez que a partir do momento em que se revela, na informação, o esforço intelectual de que a transmite, ou seja, a partir do momento em que a matéria é tratada, comentada e analisada, esta deixa de ser apenas informativa.** IV - Assim, não prevalecem as teses sustentadas pela ré, tampouco a intitulada exceção de imprensa, no sentido de que toda matéria jornalística que veicula alguma informação seria passível de reprodução independentemente de autorização, caso em que tornar-se-ia regra a exceção estabelecida pelo art. 46, inciso I, alínea “a”, da Lei 9.610/1998. [...] IX - Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (Processo 2013.61.00.010829-3 – TRF 03)

Sendo assim, tem-se que a tese de que a reprodução parcial ou total de jornal, incluindo conteúdos que lhe são peculiares, encontra abrigo nas limitações previstas nos arts. 46 a 48 da LDA não vem sendo acolhida pela jurisprudência, sob pena de tornar regra a exceção estabelecida pelo art. 46, inciso I, alínea "a", da LDA.

Assim também o Tribunal Regional Federal da 3ª região:

DIREITO CIVIL. PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INCISO XXVII E LEI 9.610/98. INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE IMPRENSA. CONTEÚDO DE JORNAL IMPRESSO E DIGITAL DIVULGADO POR OUTRA EMPRESA DE COMUNICAÇÃO. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INDENIZATÓRIO. AUSÊNCIA DE DANOS E DE NEXO DE CAUSALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DE APELAÇÃO NÃO PROVIDOS. 1. Os direitos do autor relativos ao uso e reprodução de suas obras encontram guarida na Constituição Federal, consubstanciando verdadeiro direito fundamental, consagrado pelo artigo 5º, inciso XXVII da Carta Magna. A Lei nº 9.610/98 veio regulamentar o tema. 2. O autor acostou aos autos Contratos de Prestação de Serviços e de Cessão de Direitos Autorais, firmados com alguns dos articulistas cujas obras intelectuais são publicadas pelo jornal. 3. Da análise dos dispositivos legais sobre a matéria, em cotejo com as cláusulas contratuais, conclui-se que todo o conteúdo publicado pelo jornal, seja na versão impressa seja na versão digital, constitui obra intelectual protegida, nos termos da legislação de regência. 4. Por conseguinte, não há possibilidade de reprodução dos conteúdos veiculados pelo jornal, ora apelado, sem a pertinente autorização de sua parte, sob pena de violação aos direitos autorais de que é titular. 5. A reprodução do conteúdo jornalístico, produzido pela parte autora, por meio do site e do serviço de clipping da ré não ficou restrito a material de caráter meramente informativo; foram reproduzidas matérias elaboradas por articulistas a serviço do jornal, que faziam análise e comentários a respeito de determinados temas. Conduta que não se subsume à chamada "exceção de imprensa" (artigo 46 da Lei 9.610/98). Precedentes desta Corte Regional. 6. À míngua de demonstração da presença dos pressupostos da responsabilidade civil - dano e nexo de causalidade - não há que se falar em indenização. 7. Recursos de apelação não providos. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2043157 - 0017822-59.2013.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 09/04/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:23/04/2019)

APELAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO AUTORAIS. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 5º, XXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 7º, 36 E 46, INCISO I, ALÍNEA A, DA LEI Nº 9.610/98. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PARCIALMENTE PROVIDAS. I - Os direitos autorais da parte autora foram efetivamente violados pela ré, nos termos dos artigos 5º, inciso XXVII, da Constituição do Brasil e artigos 7º, 36 e 46, inciso I, alínea "a" da Lei nº 9.610/98. **II - Da análise dos autos, é incontroverso que o Senado Federal promoveu a compilação do conteúdo jornalístico produzido pela autora, em clipping impresso e digital, conforme admitido em sede de contestação e de recursos de apelação. III - Depreende-se, ainda, que todo o conteúdo jornalístico veiculado pela parte autora nestes autos não se limitou a material de cunho meramente informativo, vez que a partir do momento em que se revela, na informação, o esforço intelectual de que a transmite, ou seja, a partir do momento em que a matéria é tratada, comentada e analisada, esta deixa de ser apenas informativa.** IV - Assim, não prevalecem as teses sustentadas pela ré, tampouco a intitulada exceção de imprensa, no sentido de que toda matéria jornalística que veicula alguma informação seria passível de reprodução independentemente de autorização, caso em que tornar-se-ia regra a exceção estabelecida pelo artigo 46, inciso I, alínea "a", da Lei nº 9.610/98. V - Quanto aos danos materiais, adota-se como parâmetro a metodologia utilizada pelo MM. Juízo a quo, considerando-se o valor de R\$ 5,98 (cinco reais e noventa e oito centavos) indicado pela tabela Folhapress, o período de 12 meses entre a adoção do sistema de acesso restrito aos internautas e o ajuizamento desta ação, e o número total de 889 servidores, totalizando R\$ 63.794,64 (sessenta e três mil, setecentos e noventa e quatro reais e sessenta e quatro centavos). VI - No tocante aos danos morais, não há elementos nos autos a indicar que a conduta lesiva imputada a ré possa ter, de alguma forma, afetado a reputação da parte autora, nem sua credibilidade perante seus clientes. VII - Juros de mora e correção monetária dos valores em atraso. Até o advento da Medida Provisória nº 2.180-30/2001, incidem juros de 12% (doze por cento) ao ano; entre a edição dessa medida provisória e a Lei nº 11.960/2009, os juros moratórios incidem à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano; a partir dessa lei, eles serão fixados conforme o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. As jurisprudências do STJ e deste TRF vêm adotando posicionamento de que o referido art. 1º-F é de natureza processual, de modo que incide sobre as ações em andamento, em respeito ao princípio do Tempus regit actum, (EDRESP 200902420930, LAURITA VAZ, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:23/05/2012 ..DTPB:.), (AC 00157368720154039999, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/05/2016 ..FONTE_REPUBLICACAO:.). VIII - Nas AdIs nº 4.357 e 4.425, o STF havia declarado a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/09 e, por arrastamento, do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Em sede de Repercussão Geral (RE 870947 RG, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 16.4.2015, DJe de 27.4.2015), o Ministro Luiz Fux esclareceu que essa inconstitucionalidade se refere, tão somente, ao momento do art. 100, §12, da CF/88. Como não se iniciou a fase de inclusão da dívida em precatório, a declaração de inconstitucionalidade não é aplicável. Decisão do Ministro Luiz Fux que concedeu efeito suspensivo aos embargos de declaração no contexto do RE nº 870.947/SE não afeta jurisprudência desta Segunda Turma. O índice de correção monetária aplicado nesta fase processual é aquele previsto originariamente no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, qual seja, a TR. IX - Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (TRF 3ª Região, SEGUNDA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 2152034 - 0010829-97.2013.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUMARÃES, julgado em 12/02/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:21/02/2019)

Em sentido contrário, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já entendeu que:

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer e indenizatória. **Demanda em face de empresa de "clipping" de notícias, sob alegação de reprodução não autorizada em concorrência desleal.** Sentença de improcedência, cassada a antecipação dos efeitos da tutela. Medida liminar. Inicial distribuída na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Pretensão de restabelecimento da antecipação da tutela, visando evitar reprodução de material jornalístico por clipping. Questão que se confunde com o mérito e com este será analisada. Indeferido pedido de recebimento do recurso de apelação com concessão de tutela recursal. Agravo interno interposto não provido. Preliminares em contrarrazões. Rejeição. Legitimidade configurada. Periódicos e matérias jornalísticas citadas que envolvem as partes. Manutenção do valor da causa que corresponde o proveito econômico. **Mérito. Direito autoral. Uso de trecho de matérias jornalísticas em "clipping" (processo de seleção de notícias em resumo). Observação dos limites impostos em legislação sobre o tema. Aplicabilidade da regra do art. 46, incisos I e VIII da Lei nº 9.610/98 amparada pelo art. 10 da Convenção de Berna. Ausência de conduta ilícita.** Motivação do decisório adotado como julgamento em segundo grau. Inteligência do art. 252 do RTJ. Honorários recursais. Aplicação da regra do artigo 85, §11, CPC/2015. Verba honorária majorada para 20% (vinte por cento) sobre valor atualizado da causa. Resultado. Preliminares rejeitadas. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1122720-55.2014.8.26.0100; Relator (a): Edson Luiz de Queiroz; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/09/2020; Data de Registro: 11/09/2020)

Direito autoral. Indenização por danos morais. **Divulgação de clipping.** Processo de seleção de notícias, ou artigos informativos publicados em imprensa diária ou periódica. **Aplicabilidade da exceção de imprensa (art. 46, I, da Lei nº 9.510/98).** Clipping que não devassa o conteúdo autoral do meio de comunicação, nem tampouco o produto intrínseco. **Compilação pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo que não tem nenhum intuito de exploração econômica, mas estritamente informativo. Divulgação em circuito fechado da própria ALESP.** Liame negocial paralelo. Lesão econômico-financeira ou imaterial inexistente e sequer mensurada. Improcedência. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1038478-76.2015.8.26.0053; Relator (a): Rômulo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/08/2020; Data de Registro: 12/08/2020)

Aparentemente, haveria uma distinção entre a veiculação de informação pura daquela informação tratada, comentada, analisada, avaliada. A informação pura se enquadraria na exceção de imprensa, prevista no art. 46, da Lei nº. 9.610/98, mas não o serviço de *clipping* - ao menos não nos moldes estabelecidos na presente licitação - pois envolve avaliação de conteúdo jornalístico.

Em nosso sentir, o art. 5º, XXVII, CF/88, ao mencionar, inclusive, a "**reprodução**", não pode ser suplantado pelo art. 46, da Lei nº. 9.610/98, já que é a legislação infraconstitucional que deve ser analisada à luz da Constituição Federal e não o contrário. Dessa forma, nos parece que o art. 46, I, "a", da Lei nº. 9.610/98, por ser uma exceção, deve ser interpretado de forma restritiva, para que seja permitido, apenas, reproduções que não sejam realizadas com frequência e em grande volume ou com o intuito de exploração econômica de produção alheia.

É importante destacar, ainda, que o art. 104, da Lei nº. 9.610/98, dispõe que todo aquele que utilizar obra com a finalidade de obter vantagem para si ou para outrem, pode ser solidariamente responsável, logo, até mesmo sob a análise de risco, é preferível que a Administração mantenha a exigência de

autorização ou contrato de licenciamento com o veículo de comunicação, mesmo porque, consoante afirmado alhures, não há burla ao procedimento licitatório, na medida em que a exigência só será demonstrada na fase contratual.

Ante o exposto, esta Assessoria Técnico-Jurídica, em resposta à consulta, opina pela manutenção da cláusula 3.13.2.4 do termo de referência e, conseqüentemente, da cláusula 9.20 da minuta contratual.

II.II Da (i)legalidade da exigência constante da cláusula 2.10.1.1 e seguintes do edital:

A cláusula mencionada pela consulente está assim redigida:

- 2.10.1.1 O licitante classificado em primeiro lugar será convocado para disponibilizar, em até 5 (cinco) dias úteis a contar da data da convocação, o sistema de clipping, de modo a comprovar a capacidade de prestação do serviço e o atendimento das funcionalidades básicas, conforme planilha de verificação de conformidade constante no Apenso VII deste Termo de Referência.
- 2.10.1.2 Será considerado apto no teste de verificação o licitante que atender a 100% (cem por cento) das funcionalidades listadas na planilha.
- 2.10.1.3 Para a avaliação do adequado funcionamento do sistema e do serviço de clipping, a empresa vencedora deverá criar um perfil de monitoramento de teste, com até 20 (vinte) assuntos ou palavras-chave para pesquisa, definidos pela Assessoria de Imprensa do MPBA, a partir da lista constante no item 2 do Apenso II deste Termo de Referência. A não disponibilização do perfil, dentro do prazo estabelecido no item 2.10.1.1, implica na desclassificação da licitante.
- 2.10.1.4 A disponibilização do sistema para teste será realizada em equipamento próprio nas dependências da empresa, por meio de acesso remoto realizado a partir das dependências do MPBA.
- 2.10.1.5 Após a disponibilização, o MPBA terá prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis para avaliar o sistema apresentado.
- 2.10.1.6 Serão disponibilizados no site do MPBA, pelo pregoeiro, relatórios que serão extraídos por meio do perfil de teste e as cópias dos e-mails notificadoros enviados pela empresa vencedora para possibilitar às demais licitantes o acompanhamento da verificação de amostra quanto aos itens previstos no Apenso VII.
- 2.10.1.7 Caso os itens listados na planilha de verificação não sejam 100% atendidos, a empresa será desclassificada do certame, procedendo-se ao disposto no parágrafo 5º, artigo 25 do Decreto n. 5.450/2005.
- 2.10.1.8 A verificação de conformidade da prestação do serviço de clipping jornalístico online será realizada de acordo com os parâmetros constantes da planilha constante no Apenso VII deste TR.

O Tribunal de Contas da União admite a exigência de amostras, desde que observados alguns requisitos: 1) exigência apenas para o licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar; 2) a exigência contenha parâmetros objetivos. Nesse sentido, é possível citar os Acórdãos nº. 2.368/2013 - Plenário; 1.291/2011 - Plenário; 2.780/2011 - 2ª Câmara; 4.278/2009 - 1ª Câmara; 1.332/2007 - Plenário; 3.130/2007 - 1ª Câmara e; 3.395/2007 - 1ª Câmara. O mesmo entendimento vale para protótipos, provas de conceito, teste de verificação, etc.

Logo, de modo abstrato, a exigência, por si só, não é ilegal, o que seria suficiente para responder o questionamento da consulente.

No entanto, ao analisar a impugnação dos autos, é possível verificar que o impugnante não se insurge contra a exigência da amostra, mas em relação à forma como está sendo exigida. Alega o impugnante que as exigências possuem caráter subjetivo, o que deixaria a decisão final a cargo da subjetividade do avaliador. Alega, ainda, que a exigência de demonstração de 100% se mostra desarrazoada.

Em relação a tal aspecto, somente a área técnica possui a expertise para definir se as regras são restritivas ou não, se são subjetivas ou não, se são desarrazoadas ou não, pois é a área técnica que conhece o objeto da licitação. Vale dizer, a Assessoria Técnico-Jurídica não tem (nem deveria ter) conhecimento se o atendimento a 100% das exigências é algo plenamente realizável pelas empresas em geral ou se a exigência afigura-se restritiva; não tem (nem deveria ter) conhecimento se o prazo de 05 (cinco) dias úteis é razoável para cumprimento das exigências; etc. Logo, cabe à área técnica analisar os argumentos do impugnante e realizar juízo crítico a respeito de eventual subjetividade e falta de razoabilidade nas exigências.

Por fim, esta Assessoria Técnico-Jurídica sugere que a cláusula 2.10.1.7, por ter mencionado o Decreto Federal nº. 5.450/2005, atualmente revogado e não aplicável ao Ministério Público do Estado da Bahia, seja alterada, para fazer constar a menção ao art. 30, § 4º, do Decreto Estadual nº. 19.896/2020:

§ 4º - Não sendo aceitável a proposta vencedora, ou se o licitante não atender às exigências para habilitação, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.

No entendimento desta Assessoria Técnico-Jurídica, tal alteração não afeta a formulação das propostas, pois as redações são semelhantes, tendo havido, apenas, um erro material por parte da área técnica, ao considerar norma revogada e inaplicável ao Ministério Público do Estado da Bahia.

III - CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta Assessoria Técnico-Jurídica opina:

- 1) pela manutenção da cláusula 3.13.2.4 do termo de referência e, conseqüentemente, da cláusula 9.20 da minuta contratual;**
- 2) no sentido da legalidade da exigência de amostras/provas de conceito/testes de verificação, desde que: 2.1) a exigência seja feita, apenas, para o licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar; 2.2) a exigência contenha parâmetros objetivos e razoáveis, que devem ser avaliados pela área técnica responsável pela criação das regras;**
- 3) pela alteração da redação da cláusula 2.10.1.7, que mencionada o Decreto Federal nº. 5.450/2005, atualmente revogado e inaplicável ao Ministério Público, fazendo constar menção ao art. 30, § 4º, do Decreto Estadual nº. 19.896/2020, cuja redação é semelhante, não afetando a formulação das propostas.**

É o parecer, s.m.j. Encaminhe-se à consulente para ciência e manifestação. Em seguida, encaminhe-se ao Pregoeiro para deliberação.

Salvador, 30 de setembro de 2022.

Belª. Maria Paula Simões Silva

Assessora de Gabinete/SGA

Matrícula nº. 355.047

Bel. Eduardo Loula Novais de Paula

Analista Técnico-Jurídico/SGA

Matrícula nº. 353.707



Documento assinado eletronicamente por **Maria Paula Simoes Silva** em 30/09/2022, às 17:16, conforme Ato Normativo nº 047, de 15 de Dezembro de 2020 - Ministério Público do Estado da Bahia.



Documento assinado eletronicamente por **Eduardo Loula Novais De Paula** em 03/10/2022, às 10:07, conforme Ato Normativo nº 047, de 15 de Dezembro de 2020 - Ministério Público do Estado da Bahia.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.sistemas.mpba.mp.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0471428** e o código CRC **04F2107B**.