



Parecer Jurídico nº 219/2022

Pregão Presencial nº 07/2022

Processo Licitação nº 11/2022

Autoridade Solicitante: Setor de Compras, Licitações e Contratos

Assunto: Aquisição Parcelada de Gêneros Alimentícios.

Ementa: Edital de Pregão Presencial para fornecimento de Gêneros Alimentícios. Aprovação do Edital com necessidade de correções. Necessidade de inserção das expressões “ou similar”, “ou equivalente” ou “ou de melhor qualidade” junto a indicação das marcas previstas no Termo de Referência. Necessidade de inclusão de cláusula que esclareça que licitação é exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte em observância ao art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Necessidade de correção da cláusula 2.1 da minuta de contrato.

I - RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório, na modalidade Pregão Presencial, cujo objeto é “Aquisição parcelada de gêneros alimentícios”.

O procedimento veio acompanhado dos seguintes documentos:

1. Solicitação nº 53 (Documento Licitação nº 1);
2. Cotação de preços (Documento Licitação nº 2);
3. Autorização (Documento Licitação nº 3);
4. Ofício Contabilidade (Documento Licitação nº 4);
5. Nota de Reserva Orçamentária (Documento Licitação nº 5);
6. Portaria da Mesa nº 72/2022 (Documento Licitação nº 6);
7. Certificado de Pregoeiro (Documento Licitação nº 7);
8. Minuta do Edital (Documento Licitação nº 8);
9. Ofício (Documento Licitação nº 9);
10. Parecer Jurídico nº 203/2022 (Documento Licitação nº 10);
11. Justificativa em face do Parecer Jurídico nº 203/2022 (Documento Licitação nº 11);
12. Justificativas (Documento Licitação nº 12);

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

- 12.1. Relação de Produtos ABC;
- 12.2. Justificativa da contratação;
- 12.3. Cópia da Ata de Sessão Pública – Câmara Municipal de Barueri;
- 12.4. Termo de Adjudicação – Câmara Municipal de Barueri;
- 12.5. Termo de Homologação – Câmara Municipal de Barueri;
- 12.6. Pregão Presencial 003/2022 – Câmara Municipal de Barueri;
- 12.7. Justificativa de Lote e Preço;

13. Ofício ao Jurídico.

O procedimento foi tramitado ao Procurador Jurídico na data de 28/06/2022.

É o relatório.

Passo a opinar.

II – DA ANÁLISE JURÍDICA

II.1. ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE, TIPO DE LICITAÇÃO E CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO

O pregão é a modalidade licitatória adotada para a aquisição de bens e serviços comuns. De acordo com o art. 1º, parágrafo único, da Lei federal n. 10.520/02, consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

De acordo com a Orientação Normativa/AGU 54: “Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável”.

O tipo de licitação escolhido é o menor preço, que é o único tipo admitido pelo Pregão, conforme art. 4º, inciso X, da Lei federal n. 10.520/02. O critério de adjudicação, conforme se verá, é o menor preço por lote, dividindo-se o objeto contratual em três lotes, conforme o Termo de Referência (Anexo I)

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Depois de solicitada providência por meio do Parecer Jurídico nº 203/2022, a Administração apresentou Justificativa de Lote e Preço (p. 199, anexo do Documento Licitação nº 12), motivando que os itens aglutinados possuem características afins e pertencem a um mesmo segmento de mercado. Apontou-se, ainda, razão de ordem econômica, sendo ela a pouca atratividade de separação de itens isolados de pouco valor agregado, o que prejudicaria o conjunto a ser licitado.

A justificativa se encontra compatível com a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que entende que é possível a aglutinação em lotes desde que haja afinidade entre os produtos que os compõem:

“No que tange à crítica ao critério de julgamento adotado, notadamente em relação aos produtos agrupados nos Lotes 1, 2, 4, 7, 9, 14 e 16, pondero que a jurisprudência majoritária da Casa tende a afirmar a possibilidade de reunião de produtos em lotes, desde que possuam características afins” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-010413.989.22-9, Sessão: 11/05/2022, trecho do voto do rel. Sidney Estanislau Beraldo).

“Nos termos dos artigos 15, IV e 23, §1º da Lei 8.666/93, é restritiva a aglutinação em mesmo lote de produtos de natureza distinta, sem afinidade e/ou pertencentes a segmentos distintos de mercado;” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-026073.989.20-4, Sessão: 17/02/2022, rel. Dimas Ramalho).

“Destarte, avaliando, de um lado, a necessidade de se expandir o universo de licitantes interessados, e, de outro, a vantagem econômica potencialmente obtida com a aquisição conjunta dos produtos, considero que os lotes ora licitados são compostos por itens com razoável afinidade entre si, não prejudicando a competitividade do torneio” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-023880.989.21-5, Sessão: 02/02/2022, rel. Silvia Monteiro).

Assim, a justificativa se encontra em conformidade com o que prevê a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, descabendo a este parecerista aferir a veracidade dos aspectos técnicos e econômicos da justificativa, tendo em vista tratar-se de assunto que foge à análise jurídica da contratação.

II. 2. PRESENÇA DOS DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS EXIGÍVEIS ATÉ A PRESENTE ETAPA DA LICITAÇÃO

Pois bem, em sede de exame prévio do edital, via de regra, consiste em verificar nos autos, no estado em que se encontra o procedimento licitatório, e nesse sentido, observar a norma geral de licitação (Lei federal n. 8.666/93) e também a norma

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

específica (Lei federal n. 10.520/02), que traz as diretrizes quanto a fase interna do procedimento licitatório e verificar se o procedimento atende a legislação.

O art. 3º da Lei federal n. 10.520/02 dispõe sobre a fase interna do pregão:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Nesta fase inicial, observo que a definição do objeto se encontra descrito no Termo de Referência (Anexo I da Minuta da Edital). A justificativa da necessidade da contratação pode ser verificada em diversos documentos, mas em especial na “Relação de Produtos ABC” e na Justificativa da página 131 (Anexo 12.2 mencionado no relatório). As exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas e as sanções por inadimplemento estão descritas na minuta de edital e as cláusulas do contrato, inclusive a fixação dos prazos para fornecimento, estão previstas na minuta de contrato (Anexo III).

No que toca ao disposto no inciso IV do art. 3º da Lei federal n. 10.520/02, o pregoeiro e equipe de apoio foram designados na Portaria da Mesa nº 72/2022.

Por fim, o art. 3º, inciso III, da Lei federal n. 10.520/02 exige que conste dos autos o orçamento estimado.

O orçamento estimado consta em anexo do Documento Licitação nº 2 (quadro de páginas 37-39), sendo que a pesquisa foi realizada junto a potenciais fornecedores, por meio de visitas *in loco*.

A pesquisa de preços deve buscar parâmetros em outras fontes além das cotações obtidas junto a potenciais fornecedores. Neste sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e também do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:



“A pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações públicas similares, sistemas referenciais de preços disponíveis, pesquisas na internet em sítios especializados e contratos anteriores do próprio órgão” (TCU, Acórdão 3224/2020-Plenário, Sessão: 02/12/2020).

“É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos etc” (TCE-SP, Plenário, TC-016697.989.21-8 (ref. TC-001357.989.21-9, TC027625.989.20-7 e TC-001707.989.21-6), Recursos Ordinários, Sessão: 17/11/2021).

No caso, a cotação de preços foi realizada por meio de pesquisa junto a potenciais fornecedores. O setor técnico, no documento “Justificativas em face do Parecer Jurídico 203/2022” (página 121-124) justificou a não realização com base em outras fontes, considerando as características peculiares da contratação, que está diretamente relacionada ao mercado local.

Por tratar-se de justificativa técnica, descabe a este parecerista aferir a verossimilhança da motivação em seu aspecto técnico e econômico por fugir à análise jurídica da contratação.

II.3. ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL

II. 3. 1. Da participação na licitação

Dentre as condições de participação na licitação, duas merecem atenção especial: a) a participação restrita às microempresas e empresas de pequeno porte; b) circunscrição da sanção de impedimento e suspensão do direito de licitar e/ou contratar com o Poder Público.

O valor estimado para contratação é de R\$ 58.835,15 (cinquenta e oito mil, oitocentos e trinta e cinco reais e quinze centavos), conforme item 1.3 do Edital, sendo todos os itens, por óbvio, de valor inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais). Assim, a licitação deve ser restrita à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, na forma do art. 48, inciso I, da Lei complementar federal n. 123/06, a menos que a



Administração Pública amplie a participação com fundamento no inciso II ou III do art. 49 da Lei Complementar federal nº 123/06.

O edital não é suficientemente claro na restrição da participação apenas às microempresas e empresas de pequeno porte. Fica, assim, recomendada a inclusão da seguinte cláusula no edital, adaptada da Cláusula 4.1.2 da Minuta de Edital para “Compras” da Advocacia-Geral da União (atualizado fev. 2022)¹:

5.1. Para os lotes 1, 2 e 3, a participação é exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Em relação ao segundo aspecto, a restrição das sanções do art. 87, inciso III, da Lei federal n. 8.666/93 e art. 7º da Lei federal n. 10.520/02 à esfera da Administração do Município de São Roque, prevista na Cláusula 5.2.3, está em acordo com a Súmula 51 do TCE/SP, que, de acordo com a Egrégia Corte de Contas continua aplicável (cf. TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-011634.989.21-4, Exame Prévio de Edital, Sessão: 23/06/21, Rel. Renato Martins Costa, e TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-015870.989.21-7, Exame Prévio de Edital, Sessão: 29/09/21, Rel. Renato Martins Costa).

II. 3. 2. Requisitos de habilitação exigidos

Conforme dispõe a Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI, as exigências de qualificação técnica e econômica devem ser apenas aquelas “indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Os requisitos de habilitação são (art. 27 da Lei federal n. 8.666/93): habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, assim como o cumprimento do art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

As exigências de habilitação vem descritas nos arts. 28 a 31 da Lei federal n. 8.666/1993, devendo estas serem entendidas como limite máximo e não mínimo. Com

¹ Disponível em: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/consultoria-administrativa/minutas-padrao>>. Acesso em: 29 jun. 2022.



este entendimento, o instrumento convocatório pode exigir o cumprimento parcial das exigências elencadas na lei, desde que exista compatibilidade com o objeto da licitação².

Neste sentido, também é o art. 32, §1º, da Lei federal n. 8.666/93, que prevê a possibilidade de dispensa, no todo ou em parte, dos documentos de habilitação nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão. Interpretando este dispositivo, o Tribunal de Contas da União já se posicionou pela sua aplicabilidade nos casos de pregão em que o valor estimado é inferior ao da licitação na modalidade convite:

“33. Segundo **o art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993, também aplicável ao pregão**, por interpretação extensiva e ante o seu caráter simplificado, a documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte. Desse modo, considerando o permissivo legal supramencionado; a competência discricionária da Administração de instituir as regras do certame dentro das balizas da lei; e a ideia do princípio da isonomia de "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem", não vislumbro ilegalidade na cláusula em comento” (TCU, Acórdão 52/2014-Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, Sessão 22/01/2014, grifos nossos).

Considerando que o valor-limite para utilização da modalidade licitatória convite, para serviços que não sejam de engenharia e atualizado pelo Decreto federal n. 9.412/18, é de R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) e o valor estimado da contratação é muito inferior (R\$ 58.835,15) a este limite, é válida, neste caso, a dispensa de documentos habilitatórios pelo edital, considerando que de acordo com a jurisprudência do TCU os documentos referentes à regularidade junto a Seguridade Social e junto ao FGTS são obrigatórios em qualquer caso.

II. 3. 2. 1. Habilitação jurídica

Após alterações, a Cláusula 9.1.1 da Minuta do Edital, que dispõe sobre a habilitação jurídica, ficou assim redigida:

“9.1.1 Os documentos exigidos para habilitação jurídica são:

²OLIVEIRA, Rafael. **Licitações e Contratos Administrativos**. 2021, p. 200. No mesmo sentido: “O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos documentos. O edital não pode exigir mais do que ali previsto, **mas poderá demandar menos**” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 644, grifos nossos).

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

- a) Para Empresa Individual: Registro empresarial na Junta Comercial, no caso de empresário individual (ou cédula de identidade em se tratando de pessoa física não empresária);
- b) Para Sociedade Empresária: Ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor e alterações subsequentes, devidamente registrados;
- c) Para Sociedade por Ações (Sociedade empresárias do tipo S/A): Ato constitutivo e alterações subsequentes, acompanhados de documentos de eleição de seus administradores em exercício;
- d) Para Sociedade Simples: Ato constitutivo e alterações subsequentes, devidamente registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, acompanhada de prova da diretoria em exercício”;

Os itens da Cláusula 9.1.1 nada mais do que repetem o que já dispõe a legislação. O item *a* equivale ao inciso II do art. 28 da Lei federal n. 8.666/93, os itens *b* e *c* correspondem ao que estabelece o inciso III do art. 28 da Lei federal n. 8.666/93 e, por fim, o item *d* repete o inciso IV do mesmo dispositivo legal.

II. 3.2.2. Habilitação Fiscal e Trabalhista

A habilitação fiscal e trabalhista está prevista na Cláusula 9.2 do Edital, sendo exigidos: 9.2.1 prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ); 9.2.2 prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; 9.2.3 prova relativa à regularidade junto ao FGTS; 9.2.4 Certidão Conjunta Negativa de Débitos ou Positiva com efeito de Negativa, relativa a Tributos Federais (inclusive às contribuições sociais) e à Dívida Ativa da União, dentro do prazo de validade; 9.2.5 Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) ou Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeito de Negativa.

Conforme dispõe o art. 29, inciso II, da Lei federal n. 8.666/93, as prova de inscrição devem ser apenas as relativas ao ramo de atividade e compatível com o objeto contratual. Neste ponto, a cláusula 9.2.2 simplesmente repete a norma estabelecida no art. 29, inciso II, da Lei federal n. 8.666/93, devendo o licitante apenas apresentar a prova de inscrição no cadastro pertinente ao seu ramo de atividade e objeto compatível com o objeto contratual.

De acordo com o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a regularidade fiscal também somente pode ser exigida em relação aos tributos

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

compatíveis com o ramo de atividade e objeto da licitação (Cf. TCE-SP, Segunda Câmara, TC-031612/026/10, Sessão: 24/03/2015; TCE-SP, Segunda Câmara, TC-023732/026/14, Sessão: 10/02/2015; TCE-SP, Tribunal Pleno, Acórdão, TC-004091/989/13-7, Sessão 02/04/2014, entre outros).

Assim, além dos comprovantes de regularidade fiscal junto a Fazenda Federal, a Administração poderia, ainda, exigir a comprovação de regularidade fiscal junto a Fazenda Estadual, haja a vista a incidência de ICMS sobre a circulação de mercadorias. Contudo, a Administração resolveu não exigi-la, considerando, ainda, que o art. 32, §1º, da Lei federal n. 8.666/93 autoriza a dispensa de documentos de habilitação nas licitações cujo valor é inferior ao limite para a modalidade convite, conforme já mencionado.

A habilitação trabalhista está sendo requerida por meio de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) ou Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeito de Negativa (Cláusula 9.2.5).

A Declaração de observância ao disposto no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal consta do anexo V e está prevista na Cláusula 9.5.1.

As Cláusulas 9.2.6, 9.2.6.1, 9.2.6.2 e 9.2.6.3, apresentam disposições específicas relativas à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte à semelhança do que estabelece o art. 43, *caput* e §§1º e 2º, da Lei Complementar federal n. 123/06.

Não se verifica, portanto, qualquer ilegalidade nos documentos exigidos para fins de habilitação fiscal e trabalhista.

II. 3. 2. 3. Documentação relativa à qualificação técnica

Não foi exigida no edital qualquer documentação relativa à qualificação técnica, o que é possível, tendo em vista que o art. 30 da Lei federal n. 8.666/93 dispõe que a qualificação técnica “limitar-se-á” a aquelas formas previstas no mencionado dispositivo legal, estabelecendo um limite de exigências e não um rol obrigatório do que deve ser exigido.



Ademais, o art. 32, §1º, da Lei federal n. 8.666/93 permite a dispensa nas licitações com valor teto para as licitações na modalidade convite, conforme já discorrido no tópico III.3.2.

Assim, não há qualquer irregularidade na ausência de exigência de qualificação técnica.

II. 3. 2. 4. Habilitação econômico-financeira

No tocante à habilitação econômico-financeiro, o edital se limitou a exigir certidão negativa de falência, concordata, recuperação judicial ou insolvência civil (cláusula 9.3.1), admitindo a participação de empresa em recuperação judicial desde que apresente comprovante da homologação/deferimento pelo juízo competente do plano de recuperação judicial/extrajudicial (cláusula 9.3.2).

A cláusula 9.3.2 prevê a possibilidade de participação de empresa em recuperação judicial desde que apresente comprovante da homologação/deferimento do plano de recuperação. As cláusulas 9.4.2 e 9.4.3 exigem declarações de que o plano de recuperação está sendo cumprido.

Estas previsões estão de acordo com a jurisprudência pacífica do TCE-SP, do TCU e do STJ (cf. Súmula nº 50-TCE-SP, Acórdão TCU 1201/2020-Plenário e AREsp 309.867/ES do STJ).

Desta forma, ao permitir a possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial e exigir declaração de que o plano de recuperação judicial está sendo cumprido, documento que comprova viabilidade econômica, a minuta de edital se encontra de acordo com a jurisprudência mencionada.

O edital não prevê a qualificação econômico-financeira com base nos demais critérios estabelecidos pelo art. 31. A exigência de habilitação econômico-financeira nestes moldes, sem exigir os demais requisitos do art. 31, foi admitida em precedentes do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-024138.989.21-5, Sessão 09/02/2022) e do Superior Tribunal de Justiça (REsp 402.711/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJU de 19/8/2002).



Deste modo, a Administração Pública deve estabelecer no edital, dentro das balizas do art. 31 da Lei federal n. 8.666/93, os critérios mais adequados a fim de verificar a qualificação econômico-financeira, levando em conta o vulto da contratação e, ainda, o risco da execução contratual. No caso, a Administração se contentou com a exigência de comprovação de ausência de falência, concordata, recuperação judicial ou insolvência civil ou comprovante da homologação/deferimento do plano de recuperação. Por se tratar de aspecto relativo à conveniência e oportunidade do Administrador, deixo de realizar juízo de valor sobre a opção realizada pelo gestor.

II. 3. 3. Presença das cláusulas necessárias do edital

O objeto da licitação (art. 40, inciso I) está descrito de forma clara e sucinta no Anexo I do Termo de Referência. O Termo de Referência ao realizar a descrição dos objetos indica marca como referência.

A jurisprudência dos Tribunais de Contas tem permitido a indicação de marcas como parâmetro de qualidade:

“A indicação de marca deve se limitar aos casos em que justificativas técnicas, devidamente fundamentadas e formalizadas, demonstrem que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades da Administração, ressaltando que a indicação de marca é permitida como parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto a ser licitado, desde que seguida por expressões do tipo ‘ou equivalente’, ‘ou similar’ ou ‘ou de melhor qualidade’ (TCU, Acórdão 1427/2007-Plenário, Sessão: 25/07/2007, rel. Benjamin Zymler).

“A vedação à indicação de marca (artigos 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (artigos 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993) admite a realização de licitação de objeto sem similaridade, nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada” (TCU, Acórdão 2829/2015-Plenário, Sessão: 04/11/2015, rel. Bruno Dantas).

“Permite-se menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se deve necessariamente acrescentar expressões do tipo "ou equivalente", "ou similar", "ou de melhor qualidade", podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada” (TCU;

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Acórdão 808/2019-Plenário, Sessão: 10/04/2019, rel. Walton Alencar Rodrigues; Acórdão 113/2016-Plenário, Sessão: 27/01/2016, rel. Bruno Dantas).

Neste sentido, é necessária a inclusão da expressão “ou similar”, “ou equivalente” ou de “ou de melhor qualidade” junto as marcas indicadas no Termo de Referência.

Os prazos e condições para a assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação (art. 40, inciso II) estão previstos na Cláusula 14.

As sanções para o caso de inadimplemento (art. 40, inciso III) estão previstas na Cláusula 16.

O local onde poderá ser examinado e adquirido o termo de referência (art. 40, inciso IV) está previsto na Cláusula 17.5, que indica que os atos pertinentes a esta licitação, passíveis de divulgação, serão publicados no site: www.camarasaoroque.sp.gov.br.

Não há projeto executivo, no caso, motivo pelo qual não se aplica o art. 40, inciso V, da Lei federal n. 8.666/93.

As condições para participação na licitação (art. 40, inciso VI e arts. 27 a 31) já foram analisadas no tópico referente à habilitação. A forma de apresentação das propostas se encontra na cláusula 7 da minuta de edital.

O critério para julgamento (art. 40, inciso VII) é o menor preço por lote, conforme Cláusula 10.3.

O caso em análise não é de licitação internacional, portanto não incide a exigência do art. 40, inciso IX, da Lei federal n. 8.666/93.

O critério de aceitabilidade de preço (art. 40, inciso X) está previsto na Cláusula 3.2 e é o valor estimado pela Administração para contratação para cada lote.

A minuta de contrato não prevê possibilidade de reajuste, motivo pelo qual a minuta de edital também não dispõe critério de reajuste (art. 40, inciso XI).

As condições de pagamento (art. 40, inciso XIV) estão previstas na Cláusula 15.

No tocante às instruções e normas para os recursos previstos (art. 40, XV), o edital dispõe sobre esta matéria na Cláusula 11 da minuta de edital. Na Cláusula 11.1.5,

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

se prevê que o recurso poderá ser enviado por *e-mail* (compras@camarasaoroque.sp.gov.br) ou protocolado no Setor de Protocolo da Câmara Municipal. Tal previsão se coaduna com o entendimento do Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que defende a ampliação de acesso à Administração (cf. TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-7653.989.21-0, Exame Prévio de Edital, Sessão: 19/05/2021).

Por fim, as condições de recebimento do objeto da licitação (art. 40, XVI), podem ser extraídas das próprias obrigações estabelecidas na minuta de contrato, anexo e parte integrante do edital.

III. ANÁLISE DA MINUTA DO CONTRATO

III.1. Da análise do modelo de contratação

A Administração possuía três possibilidades sobre a aquisição parcelada de gêneros alimentícios: a) a aquisição apenas para o atual exercício financeiro (até 31/12/2022); b) a realização de ata de registro de preços; c) a aquisição parcelada pelo período de 12 (doze) meses.

A primeira opção apresenta grande inconveniente de ser pouco eficiente, provoca a realização de vários procedimentos licitatórios em um curto período de tempo, pois a Administração teria de proceder a novo procedimento licitatório no final do exercício, visando a aquisição para o próximo exercício. Ademais, há ainda o agravante de ocorrer recesso parlamentar no período.

A ata de registro de preços é procedimento que possui algumas limitações. Uma delas está na impossibilidade de realinhamento de preços nas atas de registros de preços, conforme jurisprudência tradicional dos Tribunais de Contas do Estado de São Paulo (cf. TCE-SP, Tribunal Pleno, TC 12459.989.18-2, Sessão: 04/07/2018). Tal impossibilidade pode prejudicar contratações que envolvam aquisições com volatilidade de preços e suscetíveis a circunstâncias supervenientes externas.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

A 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, inclusive, já se posicionou no sentido da ata de registro de preços ser expediente inadequado aos contratos de fornecimento contínuo de insumos essenciais³.

A Administração optou por adquirir gêneros alimentícios por meio de aquisição parcelada que se estende ao exercício financeiro subsequente. Tal opção é polêmica sob o aspecto do art. 57, *caput*, que prevê que a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos créditos orçamentários, salvo as exceções elencadas em seus incisos. Procurou-se, todavia, equiparar aquisições contínuas de insumos necessários aos serviços de prestação continuada. Esta solução já foi em alguns momentos admitida.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em precedente célebre e clássico, entendeu pela possibilidade de interpretação extensiva do art. 57, inciso II, da Lei federal n. 8.666/93 de modo a ampliar a sua abrangência e abarcar contratos de fornecimento contínuo, permitindo inclusive a prorrogação contratual. Confira trecho do precedente:

“...após a análise de cada caso em particular, poderão ser reconhecidas situações em que há um contexto de fornecimento contínuo, nas quais poderá haver uma interpretação extensiva do art.57, II, da Lei de Licitações, para o fim de ser admitida a prorrogação de prazo prevista naquele dispositivo legal, desde que essas situações sejam devidamente motivadas pela Administração...” (TCE/SP, TC-000178/026/06, *apud* TCE/SP, Tribunal Pleno, TC-000119/003/04, Sessão: 18/03/09).

Recentemente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo parece ter adotado entendimento pela possibilidade de aquisição parcelada de combustíveis. A Egrégia Corte Paulista já inclusive recomendou este modelo de contratação:

“Do transcrito, verifica-se que, no lugar do registro de preços, que possui as restrições antes assinaladas, pode a Administração optar por lançar licitação que objetive contratação de fornecimento parcelado, valendo-se de estimativas quantitativas e, caso futuramente necessário, do acionamento, devidamente justificado, das hipóteses de alteração previstas no artigo 65, inciso I, alínea “b”, da Lei de Licitações” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC 12459.989.18-2, Sessão: 04/07/2018).

³ “Sobre o uso de ata de registro de preços para o objeto destes autos, trata-se de clara desconformidade, pois, em que pese o inc. II do art. 15 da Lei 8.666/93, não se tratava de simples compra, mas, do fornecimento contínuo de insumo essencial a vários serviços públicos, de sorte a ser inaplicável o § 4º desse mesmo art. 15 da Lei de Regência.

Aplica-se, pois, por via transversa, a Súmula 314 deste Tribunal, por ser correto o seu emprego por analogia a fornecimento continuado de insumo essencial a serviços públicos” (TCE-SP, Segunda Câmara, TC-013508.989.18-3, Sessão 05/05/2020, rel. Conselheiro-Substituto Márcio Martins de Camargo).

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Mais próximo do objeto de aquisição de gêneros alimentícios, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já julgou regulares aquisições parceladas de cestas básicas com duração de 12 (doze) meses sem sequer discutir a matéria referente à duração dos contratos (Cf. TCE/SP, Segunda Câmara, TC-005882/989/17, Sessão: 29/05/2018; TCE/SP, Primeira Câmara, TC-015937.989.18-4, Sessão: 17/09/2019).

Em precedente relacionado à “fornecimento parcelado de gêneros alimentícios diversos destinados ao preparo de merenda escolar”, a Segunda Câmara também entendeu pela regularidade de celebração de contrato e realização de prorrogações, ignorando o apontamento da fiscalização que afirmava ter havido violação ao art. 57, inciso II, da Lei federal n. 8.666/93 (TCE/SP, TC-000182/003/14, Sessão: 04/04/2017).

Considerando estes precedentes, verifica-se que há uma aceitação na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo pela celebração de contratos de fornecimentos contínuos com duração semelhante ao dos contratos de execução de serviços contínuos. Em verdade, o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que flexibiliza a regra da duração dos contratos de fornecimento contínuo é bastante visionário, considerando que a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei federal nº 14.133/21) prevê expressamente os contratos de fornecimento contínuo e a possibilidade de vigência além do exercício financeiro em que foi celebrado⁴.

⁴ “Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XV - serviços e fornecimentos contínuos: serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas;

[...]

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

[...]

III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;

[...]

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes: [...]

[...]

Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.



Este parecerista entende que as soluções mais conservadoras e seguras, do ponto de vista da Lei federal n. 8.666/93, seriam a vigência apenas até o dia 31/12/2022 ou a realização de registro de preços, sendo, portanto, soluções mais recomendadas. Todavia, considerando os precedentes do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo mencionados e levando em conta a continuidade e previsibilidade das aquisições de gêneros alimentícios, concluo ser juridicamente possível o modelo de contratação adotado pela Administração por aplicação extensiva do art. 57, inciso II, da Lei federal n. 8.666/93.

III.2. Análise da presença das cláusulas essenciais

O objeto e seus elementos característicos (art. 55, I) vem descritos na Cláusula 1.1, sendo o objeto do contrato o fornecimento parcelado de gêneros alimentícios.

A forma de fornecimento (art. 55, II) está prevista na Cláusula 2.1, sendo o contrato executado sob a forma de fornecimento parcelado, de acordo com as necessidades da contratante, devendo ser corrigido erro material de digitação, pois na mencionada cláusula constou a expressão “contratada”.

O preço (art. 55, III) está previsto na Cláusula quarta, definindo valor unitário para cada item e valor total para cada lote. As condições de pagamento (art. 55, III) estão previstas na cláusula quinta.

Em relação ao prazo de início de etapas de execução, de conclusão, entrega, de observação e recebimento definitivo (art. 55, IV), trata-se de contrato de fornecimento contínuo em que a contratada pagará mensalmente em até 5 (cinco) dias úteis após a entrega dos produtos (no caso dos lotes 1 e 3) ou quinzenalmente após apresentação da nota fiscal, no caso do lote 2, conforme cronograma de Cláusula 2.3.

A Cláusula sexta aponta a dotação orçamentária pela qual ocorrerá as despesas relacionadas a este contrato (art. 55, V), qual seja: 3.3.90.30.00 – MATERIAL DE CONSUMO.

Em relação à garantia, prevista no inciso VI como cláusula essencial, esta não é aplicável ao caso concreto, uma vez que a Lei federal n. 10.520/02, no art. 5º, inciso I, veda a exigência de garantia de proposta.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Os direitos e responsabilidades da contratada (art. 55, VII) estão previstas na Cláusula terceira do edital. As penalidades pelo inadimplemento estão previstas na Cláusula nona.

Os casos de rescisão (art. 55, VIII) e, ainda, o reconhecimento dos direitos da contratante em caso de rescisão administrativa unilateral (art. 55, IX) estão previstos na Cláusula décima.

A cláusula essencial prevista no inciso X do art. 55 da Lei federal n. 8.666/93 diz respeito às condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, o que não guarda pertinência com o contrato e que, portanto, não deve ser exigida.

A legislação aplicável à espécie (art. 55, XII) vem prevista na Cláusula décima quarta, sendo a Lei federal n. 8.666/93 e 10.520/02.

O prazo de validade do contrato pelo prazo de 12 meses é fixado pela Cláusula oitava do contrato. Tema debatido no tópico anterior.

Por fim, a Cláusula décima quinta fixa o foro de competência para a Comarca de São Roque, o que está de acordo com o art. 55, §2º, da Lei federal n. 8.666/93.

Importante mencionar, ainda, que a Cláusula décima terceira dispõe sobre o servidor responsável pelo acompanhamento da execução contratual, sendo o servidor responsável pelo Setor de Almoxarifado. Desta forma, a minuta de contrato cumpre a prescrição do art. 67 da Lei federal n. 8.666/93.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, manifesto-me pela aprovação da minuta de edital e seus anexos, na forma do art. 38, parágrafo único, da Lei federal n. 8.666/93, condicionada às seguintes correções:

a) O acréscimo da expressão “ou similar”, “ou equivalente” ou “ou de melhor qualidade” junto a indicação das marcas previstas no Termo de Referência (Anexo I);

b) Inclusão de cláusula que esclareça que licitação é exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte em observância ao art. 48 da Lei

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | www.camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, ficando recomendada a seguinte redação:

5.1.1. Para os lotes 1, 2 e 3, a participação é exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

c) Correção da cláusula 2.1 da minuta de contrato, dispondo “de acordo com as necessidades da **contratante**”;

É o parecer.

São Roque, 29 de junho de 2022

Jônatas Henriques Barreira

Procurador Jurídico