



Parecer Jurídico nº 293/2022

Pregão Presencial nº 08/2022

Processo Licitação nº 16/2022

Autoridade Solicitante: Setor de Compras, Licitações e Contratos

Assunto: Pregão presencial para aquisição parcelada de gêneros alimentícios perecíveis não perecíveis.

Ementa: Edital de Pregão Presencial para fornecimento de Gêneros Alimentícios. Aprovação da minuta do edital e seus anexos, sendo realizadas recomendações de acolhimento discricionário.

I - RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório, na modalidade Pregão Presencial, cujo objeto é “Aquisição parcelada de gêneros alimentícios perecíveis e não perecíveis, pelo período de 04 (quatro) meses”.

O procedimento veio acompanhado dos seguintes documentos:

1. Solicitação nº 53 (Documento Licitação nº 1);
2. Cotação de preços (Documento Licitação nº 2);
 - 2.1. Lista Média;
 - 2.2. Quadro Médio 88 – Fornecedores;
 - 2.3. Estancia Supermercados Ltda.;
 - 2.4. Mercadinho Bianchi Ltda;
 - 2.5. Padaria São Roque Ltda;
 - 2.6. Pães e Doces Margarida Martinelli Eireli;
 - 2.7. Supermercado São Roque Ltda;
3. Autorização da Presidência (Documento Licitação nº 3);
4. Ofício Contabilidade (Documento Licitação nº 4);
5. Justificativa da contratação (Documento Licitação nº 5);
 - 5.1. Justificativa da contratação;
 - 5.2. Ata da 1ª Sessão Pública – Gêneros alimentícios;

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'

- 5.3. Ata 1 – ME e EPP;
- 5.4. Ata 2 – Ampliada.
6. Nota de Reserva Orçamentária (Documento Licitação nº 6);
7. Portaria da Mesa nº 92 (Documento Licitação nº 7);
8. Certificado de Pregoeiro (Documento Licitação nº 8);
9. Minuta do Edital (Documento Licitação nº 9);
10. Justificativa de quantidade (Documento Licitação nº 10);
 - 10.1. Ato da Mesa – 2021;
 - 10.2. Ato da Mesa – 2020;
 - 10.3. Ato da Mesa – 2022;
 - 10.4. Justificativa da estimativa de quantidade;
 - 10.5. Curva ABC 2021 – Produtos;
 - 10.6. Curva ABC 2022 – Produtos;
 - 10.7. Curva ABC 2021 – Produtos;
 - 10.8. Curva ABC 2019 – Produtos;
 - 10.9. Curva ABC 2019 – Produtos;
 - 10.10. Curva ABC 2022 – Produtos.
11. Portaria Mesa nº 36/2001 (Documento Licitação nº 11);
12. Ofício Parecer Jurídico (Documento Licitação nº 12);

Conforme se pode verificar da Justificativa (anexo ao Documento nº 5), anteriormente foi realizada Licitação para a aquisição do mesmo objeto pelo prazo de 12 (meses) meses por meio do Pregão Presencial nº 7/2022, que, contudo, foi deserta, tanto em sua publicação para certame restrito a microempresas e empresas de pequeno porte, quanto em sua republicação para participação ampliada.

Finalmente, o procedimento foi tramitado ao Procurador Jurídico na data de 01/09/2022.

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 nº 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 nº 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)

O Setor técnico justificou a aglutinação em lotes no Documento Licitação nº 5 da seguinte forma:

“A divisão em lotes busca atender a um conjunto de necessidades da Câmara, uma vez que o fornecimento dissociado por itens prejudica o objeto, pois na falta de um item (por exemplo “pão francês” impossibilita a montagem de lanches a serem servidos nas Sessões. Registra-se que nessa divisão, buscou-se agregar itens pertinentes aos ramos de atividade para buscar a economicidade e ampliar a competitividade, já que favorece a participação de diversos fornecedores em cada ramo de atividade, possibilitando a oferta de uma melhor proposta para a Administração.”

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 nº 8.666/93) e também a norma específica (Lei federal nº 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 nº 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,

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'

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 no documento “Justificativa da Licitação” (Documento nº 5), sendo mérito administrativo, que descabe a este parecerista opinar.

No que toca ao disposto no inciso IV do art. 3º da Lei federal nº 10.520/02, o pregoeiro e equipe de apoio foram designados na Portaria da Mesa nº 92/2022.

Por fim, o art. 3º, inciso III, da Lei federal nº 10.520/02 exige que conste dos autos o orçamento estimado.

O orçamento estimado consta em anexo do Documento Licitação nº 2 (resultado da cotação e quadro demonstrativo de preços e média – cotação nº 00082/22), sendo que a pesquisa foi realizada junto a potenciais fornecedores, por meio de visitas *in loco*, conforme documentos anexos aos quadros de cotações.

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 “Justificativa da Licitação (Documento Licitação nº 5) justificou a não realização de pesquisas junto a outras fontes:

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'

“O setor de Licitações Compras e contratos providenciou nova pesquisa de preços junto a fornecedores já cadastrados no sistema e que atendem ao comércio local, conforme quadro de cotação nº 88, em anexo, uma vez que não há padronização dos itens que atendem a necessidade da Câmara para referência com outras administrações, e buscas referências em painéis de preços tornam a pesquisa demasiadamente morosa e com baixa efetividade, não trazendo os itens pesquisados”.

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.

Relativamente à pesquisa junto aos fornecedores, cabe aqui realizar recomendação. É recomendável que sempre que possível seja realizada a pesquisa junto aos fornecedores por meio escrito, mediante solicitação formal, pois esta medida permite verificação da economicidade da pesquisa em caso de eventual auditoria.

Sobre este respeito normatiza a Instrução Normativa SEGES nº 73, de 5 de agosto de 2020, da esfera da União, que, ainda que não seja de aplicação obrigatória por este ente, é referência de boa prática, tendo em vista o nível de excelência obtido pela administração federal.

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I - Pannel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/paneldeprecos, desde que as cotações refiram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

II - aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório.

§1º Deverão ser priorizados os parâmetros estabelecidos nos incisos I e II.

§ 2º Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, nos termos do inciso IV, deverá ser observado:

I - prazo de resposta conferido ao fornecedor compatível com a complexidade do objeto a ser licitado;

II - obtenção de propostas formais, contendo, no mínimo:

a) descrição do objeto, valor unitário e total;

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'

b) número do Cadastro de Pessoa Física - CPF ou do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ do proponente;

c) endereço e telefone de contato; e

d) data de emissão.

III - registro, nos autos da contratação correspondente, da relação de fornecedores que foram consultados e não enviaram propostas como resposta à solicitação de que trata o inciso IV do caput.

Assim, recomendo que as pesquisas junto aos fornecedores sejam encaminhadas mediante solicitação formal, por *e-mail* ou outro meio idôneo, com registro de recebimento, se possível. Caso não sejam respondidos os *e-mails*, devem ser juntados nos autos os pedidos frustrados.

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\$ 31.356,91 (trinta e um mil, trezentos e cinquenta e seis reais e noventa e um centavos), conforme item 3.1. do Edital, sendo todos os lotes, por óbvio, de valor inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Assim, a licitação deveria, a princípio, ser restrita à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, na forma do art. 48, inciso I, da Lei complementar federal nº 123/06.

Todavia, a Administração decidiu pela ampliação da concorrência, mediante Justificativa da Licitação (Documento nº 5), relatando a ocorrência de anteriores procedimentos licitatórios que foram desertos, juntando os documentos comprobatórios correspondentes (Ata de Sessão Pública – Pregão Presencial nº 1/2020 e Ata da Sessão Pública – Pregão Presencial nº 7/2022, ressaltando, ainda que em 2021 não houve licitação, pois o valor de aquisição não alcançou o montante exigido, porque as sessões ocorriam de forma remota, sendo a demanda menor). Motivou, ainda, que a realização de licitação restrita seria equivalente a realizar o procedimento como um fim em si

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'

mesmo e não com a finalidade de obter a proposta mais vantajosa, provocando repetição de procedimentos e dispêndio desnecessário de recursos públicos.

Em outras palavras, a Administração justificou a ampliação da licitação na falta de vantajosidade no tratamento simplificado e diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, em especial, porque nas licitações anteriores não compareceram interessados, sendo a realização de licitação exclusiva dispêndio desnecessário de recursos públicos, considerando o histórico de licitações para este tipo de aquisição da Câmara. A Administração justifica, assim, a um só tempo a ampliação tanto no inciso II, quanto no inciso III do art. 49 da Lei complementar federal nº 123/06.

Neste ponto, cabe lembrar que descabe a este parecerista aferir o mérito da decisão, em especial aquela que diz respeito à vantajosidade para a Administração (art. 49, III, da LC 123/06) por se tratar de mérito administrativo.

Cabe, por fim, fazer constar que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em resposta à consulta nos autos TC-025129.989.20-8, TC-025128.989.20-9 e TC-025130.989.20-5, decidiu que para a validade das licitações restritas a microempresas e empresas de pequeno porte é necessária a participação mínima efetiva de 3 (três) fornecedores¹. Se as licitações deste órgão já tem o histórico de não comparecimento de interessados, mais difícil ainda é a participação de, no mínimo, três interessados. Assim, sob este aspecto também parece razoável a escolha da Administração de ampliar a participação visando a economicidade.

Em relação ao aspecto da circunscrição da sanção de impedimento e suspensão do direito de licitar e/ou contratar com o Poder Público, a restrição das sanções do art. 87, inciso III, da Lei federal nº 8.666/93 e art. 7º da Lei federal nº 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-

¹ **“Pergunta nº 12:** Nas licitações realizadas exclusivamente para microempresa e empresa de pequeno porte, é necessária a participação mínima de três empresas?

Resposta: Sim. Trata-se de requisito para o válido manejo desse peculiar certame licitatório, conforme expressamente previsto no inciso II do artigo 49 da LC nº 123/06” (TCE/SP, TC-025129.989.20-8, TC-025128.989.20-9 e TC-025130.989.20-5, Sessão: 21/07/21, p. 30).



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 nº 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 nº 8.666/1993, devendo estas serem entendidas como limite máximo e não mínimo. Com 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 nº 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).

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).



Considerando que o valor-limite para utilização da modalidade licitatória convite, para serviços que não sejam de engenharia e atualizado pelo Decreto federal nº 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\$ 31.356,91) 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:

- 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 nº 8.666/93, os itens *b* e *c* correspondem ao que estabelece o inciso III do art. 28 da Lei federal nº 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

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

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 nº 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 nº 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 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 exigí-la, considerando, ainda, que o art. 32, §1º, da Lei federal nº 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 nº 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 nº 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 nº 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 nº 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

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'

Administração, ressalvando 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; 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, foi acertadamente incluídas as expressões “ou similar” na descrição das marcas.

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 nº 8.666/93.

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'

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 nº 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, 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

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'

31/12/2022); b) a realização de ata de registro de preços; c) a aquisição parcelada por período superior aos créditos orçamentários se aplicado o art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93 extensivamente ao caso.

A primeira opção apresenta grande inconveniente de ser pouco eficiente e dificultar a definição dos quantitativos, considerando que o contrato não tem um período de vigência pré-definida, considerando que o período de vigência dependeria da data em que assinado o contrato.

A segunda opção seria a realização de licitação para registro de preços.

O Manual de Licitações e Contratos do TCE/SP (2019), todavia, delimita que são requisitos essenciais para a utilização do sistema de registro de preços a eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda, sendo que a Corte censura a adoção do sistema de registro de preços “para produtos e serviços afetos a atividades públicas que se desenvolvem diariamente e em quantidades suscetíveis de prévia estimativa”³.

Neste sentido, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já reprovou aquisições pelo regime de sistema de registro de preços, considerando a previsibilidade e possibilidade de realização de estimativas:

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE UNIFORMES ESCOLARES. EVENTUALIDADE DO FORNECIMENTO E IMPREVISIBILIDADE DA DEMANDA NÃO CARACTERIZADOS. AGLUTINAÇÃO. VISITA TÉCNICA. CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

[...]

As assertivas lançadas pela recorrente, apontando a imprevisibilidade de eventos como a atual Pandemia do Covid19, não se enquadram em quaisquer das hipóteses previstas no artigo 3º do Decreto 7892/2013, que regula o Sistema de Registro de Preços³; ao passo que a definição do número de alunos poderia ser objeto de razoável estimativa, calculada de acordo com histórico de matrículas efetivadas em anos letivos pretéritos, de modo que eventuais oscilações e reposições pontuais de uniformes restariam abarcadas pela celebração de aditamentos ao contrato, nos termos previstos no art. 65, §1º da Lei nº 8.666/93” (TCE/SP, TC-009697.989.21-8, trecho do voto do relator, Sessão: 15/02/2022, p. 5).

³ “A eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda são requisitos essenciais para sua utilização, de modo que esta Corte tem censurado a adoção do sistema de registro de preços para produtos e serviços afetos a atividades públicas que se desenvolvem diariamente e em quantidades suscetíveis de prévia estimativa. Ou seja, objetos passíveis de quantificação e entrega em período certo e/ou previsível” (TCE/SP, **Licitações e Contratos**: Principais aspectos da fase preparatória e gestão contratual. São Paulo: 2019, p. 24).

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

“A quantidade de alunos matriculados nas escolas do Município é conhecida pela Administração e os materiais escolares serão certamente demandados de uma só vez. Os materiais pretendidos mostram-se como passíveis de quantificação e entrega em período certo ou previsível, não restando demonstrada a ocorrência dos pressupostos legais do sistema de registro de preços, a saber, eventualidade do fornecimento e a imprevisibilidade da demanda.

E, para eventuais oscilações nesses quantitativos, a lei reserva, dentro de limites, a possibilidade de supressões ou acréscimos nos fornecimentos, na forma do §1º do artigo 65 da Lei 8.666/93. [...]

Portanto, a adoção irregular do sistema de registro de preços configura vício de origem que determina a necessidade de anulação do certame e do edital respectivo, na forma do artigo 49 da Lei 8.666/93, com vistas a permitir o retorno à fase preparatória e a reestruturação da estratégia de compra no sistema convencional” (TCE/SP, TCs 009724.989.20-7; 009726.989.20-5; e 009734.989.20-5, Sessão: 29/04/2020).

“Controvérsia de relevo e que, portanto, merece ser enfrentada de início refere-se à sistemática do Sistema de Registro de Preços – SRP –, manejada para o objeto em exame.

Sobre o tema, recorro que **o seu cabimento decorre, na essência, da comprovação da natureza eventual e a da imprevisibilidade da contratação – hipóteses que o afastariam em compras ou serviços contínuos**

Não obstante a existência de julgados em sentido contrário, neste caso específico existem aquelas variáveis (eventualidade e a imprevisibilidade), como atestado durante a instrução por todos aqueles que se manifestaram no feito (ATJ, Chefia, MPC e SDG)” (TCE/SP, TC-023770.989.21-8 e TC-023873.989.21-4, trecho do voto do relator, Sessão: 02/02/2022, p. 4, grifos nossos).

“EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE BRINQUEDOS DE PARQUE E PEDAGÓGICOS. REGISTRO DE PREÇOS. DEMANDA CERTA.

NÃO CABIMENTO. VÍCIO DE ORIGEM. ANULAÇÃO. EXCESSO DE ESPECIFICAÇÕES. PROCEDÊNCIA INTEGRAL DAS REPRESENTAÇÕES. 1. Importante mecanismo para aquisição futura de itens de demanda imprevisível, **o Registro de Preços não se amolda às hipóteses de compras passíveis de quantificação e entrega em período certo**. 2. Especificações pormenorizadas e irrelevantes à consecução da finalidade almejada com a contratação descumprem o artigo 3º, inciso II, da Lei nº 10.520/02” (TCE/SP, TC-009799.989.22-3 e TC-009853.989.22-6, Tribunal Pleno, Sessão: 11/05/22, rel. Edgard Camargo Rodrigues, grifos nossos).

“**O sistema do registro de preços se aplica à contratação de bens e serviços esporádicos, de difícil previsão ou de ocorrência incerta.** Nessas condições, acrescento, o procedimento se torna economicamente mais vantajoso para a Administração em função da aplicação racional do recurso público, evitando-se de um lado o indesejado desperdício e, de outro, a imobilização desnecessária do capital” (TCE/SP, TC-022767.989.21-3, Tribunal Pleno, trecho do voto do relator, Sessão: 01/12/2021, 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 | www.camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Seguindo esta linha jurisprudencial e considerando que o número de servidores, estagiários e vereadores é conhecido e fixo ou pouco variável, é possível a estimativa de consumo, podendo ser entendido como inaplicável o registro de preços, devendo a contratação ser realizada por meio de licitação para a assinatura de contrato (sem registro de preço), devendo as oscilações de demanda serem objeto de aditamento, observados os limites do art. 65, §1º, da Lei federal nº 8.666/93.

Além disso, 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.

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 essenciais⁴.

No caso presente, a Administração, na Justificativa (Documento nº 5), deixou claro que a aquisição pretendida visa solucionar demanda contínua da Administração:

“O setor de Licitações Compras e Contratos por meio de Solicitação da Coordenadoria Administrativa, conforme anexo, em que deflagrou a necessidade de **novο procedimento licitatório para atender a necessidade continuada da Câmara Municipal de São Roque na aquisição parcelada de gêneros alimentícios**, em que desdobra em alimentos perecíveis e não perecíveis e são servidos aos servidores e vereadores nos intervalos das Sessões em forma de lanches e bebidas, e aos servidores para o desjejum nos cafés da manhã e colocados a disposição do público em geral, em cafezinhos” (grifos nossos).

A respeito da duração do contrato, a Administração optou por adquirir gêneros alimentícios por meio de aquisição parcelada que se estende ao exercício financeiro subsequente (4 meses). 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

⁴ “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'

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 nº 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).

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 nº 8.666/93 (TCE/SP, TC-000182/003/14, Sessão: 04/04/2017).

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'

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 celebrado⁵.

Particularmente, este parecerista entende, na esteira do Parecer Jurídico nº 275/2022 (resposta ao Ofício nº 65/2022), que, na vigência da Lei federal nº 8.666/93, o procedimento mais adequado seria a realização da contratação por meio do sistema de registro de preços, considerando que a lei é expressa em dizer que “as compras, sempre que possível, deverão ser processadas através de sistema de registro de preços” (Lei federal nº 8.666/93, art. 15, inciso II).

Entretanto, considerando que a Corte paulista possui entendimento restritivo quanto à utilização do sistema de registro e o fato de a própria Administração prefere a contratação por meio de contrato, sem a realização de registro de preço, não apresento embargos à forma como pretende a Administração licitar o objeto.

⁵ “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.



Assim, 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 nº 8.666/93.

Caso a Administração constate se tratar de demanda eventual e imprevisível, o que não parece ser o caso, deve realizar o procedimento para a aquisição de registro de preços.

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.

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 nº 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
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 nº 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 nº 8.666/93 e 10.520/02.

O prazo de validade do contrato pelo prazo de 4 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 nº 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 nº 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 nº 8.666/93, ficando, todavia, consignadas algumas **recomendações de acolhimento facultativo**⁶ por tratar de assuntos com potencial de repercussão em aspectos não jurídicos:

⁶ Adoto aqui ao Enunciado nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União: "A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento".

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'

a) Recomendo bastante cautela com os quantitativos licitados, considerando que as supressões unilaterais estão limitadas a 25% do valor do objeto, nos termos do art. 65, §1º, da Lei federal nº 8.666/93. Caso seja constatada eventual superestimativa, deve ser revista a minuta de edital para readequação dos quantitativos.

b) Recomendo que, sempre que possível, a pesquisa realizada junto aos fornecedores seja feita por meio escrito, mediante solicitação formal, por *e-mail* ou outro meio idôneo, na esteira do que prevê o art. 5º, *caput*, inciso IV, e §2º, inciso III, da Instrução Normativa SEGES nº 73, de 5 de agosto de 2020, devendo ser documentadas nos autos as solicitações que não obtiveram respostas.

c) Recomendo a revisão do prazo de entrega de apenas 2 (dois) dias úteis dos itens 01 a 12 e 21 (item 14.1 da minuta de edital e cláusula 2.3 da minuta de contrato) para aumentá-lo, desde que esta alteração não acarrete prejuízo para o objeto do contrato. Tal alteração poderia, em tese, aumentar a competitividade do certame.

Caso, a demanda esteja revestida dos requisitos de imprevisibilidade e eventualidade, o procedimento deve ser adequado ao sistema de registro de preços.

É o parecer.

São Roque, 05 de setembro de 2022

Jônatas Henriques Barreira
Procurador Jurídico