



Parecer Jurídico nº 78/2023

Pregão Presencial nº 4/2023

Processo Licitação nº 10/2023

Autoridade Solicitante: Setor de Compras, Licitações e Contratos

Assunto: Minuta de edital de Pregão para aquisição parcelada e contínua de cestas básicas

Ementa: ANÁLISE DE MINUTA DE EDITAL E ANEXOS. FORNECIMENTO PARCELADO E CONTÍNUO DE CESTAS BÁSICAS.

1. Quanto à possibilidade de prorrogação de contrato nos casos que envolvam fornecimento contínuo por interpretação extensiva do art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, há divergência jurisprudencial, havendo precedentes do TCE/SP e do TCE/PR pela possibilidade e precedentes do TCU pela impossibilidade.

2. Parecer pela aprovação condicionada pela adoção das providências discriminadas na conclusão.

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório visando a aquisição de cestas básicas com o intuito de providenciar cestas básicas aos servidores desta Casa de Leis, conforme benefício previsto na Resolução nº 08/2007.

A minuta prevê a aquisição de 17 (dezesete) cestas básicas, incluindo, cargos em comissão não providos.

O procedimento está assim instruído:

1. Solicitação;

1.1. Solicitação: Fls.01

1.2. Cadastro dos novos servidores; Fls.02/05

1.3. Ofício Câmara 23/23: Solicitação de Novas Cestas: Fls.6

1.4. Solicitação do Departamento de Compras ;Fls.07/08;

2. Justificativa do Preço;

2.1. Contrato Marília (SP); Fls.09/18

2.2. Contrato – Monte Mor; Fls.Fls.19/35

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'

3. Quadro de cotações dos produtos alimentícios que compõe a cesta;
 - 3.1. Orçamento Comercial e Produtos LTDA (fls.36/41);
 - 3.2. Orçamento Estância Supermercados; (fls.42/43)
 - 3.3. Orçamento Supermercado São Roque (fls.44/45)
 - 3.4. Orçamento Antunes & Ruivo Comercio de Produtos Nacionais e Industrializados Por Conta de Terceiros LTDA-EPP (Fls.46/51)

4. Quadro de cotações dos produtos de higiene que compõe a cesta;
 - 4.1. Orçamento Supermercado Estância (fls.52/53);
 - 4.2. Orçamento São Roque Supermercado; (fls.54)
 - 4.3. Planilha do Supermercado Estância (fls.55)
 - 4.4. Planilha do Supermercado São Roque(fls.56/57)
 - 4.5. Quadro de Cotações (fls.58/59)
 - 4.6. Solicitação Servilha Cesta de Alimentos (fls.60/61) ;
 - 4.7. Solicitação Cesta Nobre (Fls.62/63);
 - 4.8. Solicitação João Afonso(Fls.64/65);
 - 4.9. Justificativa do Preço (Fls.66/67)
 - 4.10. Contrato atualmente em vigor para o fornecimento de número de Cestas básicas (Fls.68/78)
 - 4.11. Justificativa de Exclusividade de Licitação para ME e EPP (Fls.79/82)

5. Autorização Presidente da Câmara Municipal para abertura da licitação (Fls.83);

6. Ofício Contabilidade (Fls.84);
7. Reserva Orçamentária (Fls.85);
8. Portaria da Mesa Diretora nº 52/2023(Fls.86/66);
9. Minuta de Edital PP (Fls.89/139);
10. Ofício ao Jurídico (Fls.140);

Nesse passo, registre-se que a tramitação deste expediente para este procurador ocorreu no dia 03/04/2023 sendo este o Relatório pelo que passo a opinar.



II. ANÁLISE JURÍDICA

I – DA 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, 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).

Igualmente, a justificativa da necessidade da contratação pode ser verificada da própria solicitação e demais documentos juntados, como a cópia de Resoluções (Anexas ao Documento Licitação nº 1), a Justificativa de alteração da quantidade de cestas básicas e a informação relativa aos quantitativos de beneficiários efetivamente lotados na Câmara (anexos ao Documento Licitação nº 13).

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 pela Portaria da Mesa nº 42/2023.

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

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 orçamento estimado consta das fls.36/67 (resultado da cotação e quadro demonstrativo de preços), sendo que a pesquisa foi realizada junto a potenciais fornecedores a partir de resposta a solicitação formal de cotação (por *e-mail*) e parcialmente por meio de visitas *in loco*, conforme documentos anexos aos quadros de cotações.

Pondere-se que 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).

Ademais, o Departamento de Compras juntou cópia de diversos contratos de outras Administrações Municipais que cuidam do mesmo objeto.

O setor técnico, no documento “Justificativa de preço” justificou que o preço colhido em outras fontes constitui-se como preço médio de mercado, litteris:

“A fim de instruir o procedimento, foi feito levantamento de preço junto a outros órgãos públicos, não encontrando preço referencial já que há divergências de itens, que compõem cada cesta que atende a necessidade da Administração.

Para ampliar a pesquisa preço, buscou-se preço referencial de outras administrações, sendo que não foi possível levantar todos itens. Mesmo assim, levantou-se os itens possíveis de outros órgãos e mesclando com o Site de preço online do supermercado Pão de Açúcar, conforme planilhas em anexo”

-Prefeitura Municipal de Monte Mor, pregão presencial nº 24/2022 - ata de registro de preços nº 101/2022;

-Prefeitura Municipal de Marília, pregão presencial nº 677/2022 - ata de registro de preços nº 219/2022;

Buscou-se ampla pesquisa de preço de mercado com solicitações a

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'

fornecedores, conforme e-mails anexos, tendo retorno somente de dois fornecedores com a cotação válida para instruir o procedimento.

Tendo em vista a celeridade do procedimento, e visando a continuidade dos serviços públicos, pois o benefício de entrega de cestas básicas aos servidores desta Casa de Leis é de caráter continuado, de acordo com a Resolução 08-L de 06/03/2007, e na impossibilidade de outras fontes que dão suporte a pesquisa, este setor dá seguimento ao preço médio de acordo com o quadro de cotações 54/2023.

Relatou-se, ainda, a dificuldade em obter a pesquisa de preços por meio de cotações formais:

“Buscou-se ampla pesquisa de preço de mercado com solicitações a fornecedores, conforme e-mails anexos, tendo retorno somente de um fornecedor com a cotação válida para instruir o procedimento.

Tendo em vista a celeridade do procedimento, e visando a continuidade dos serviços públicos, pois o benefício de entrega de cestas básicas aos servidores desta Casa de Leis é de caráter continuado, de acordo com a Resolução 08-L de 06/03/2007, e na impossibilidade de outras fontes que dão suporte a pesquisa, este setor dá seguimento ao preço médio de acordo com o quadro de cotações 54/2023.

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, podendo todavia, realizar recomendações de acolhimento discricionário, conforme enunciado da Advocacia-Geral da União¹.

A preferência pelas pesquisas realizadas por outras fontes que não os potenciais fornecedores surgiu da experiência prática das grandes Administrações, em especial, da esfera da União, culminando em recomendações dos Tribunais de Contas.

Sublinhe-se que a experiência mostra que não é satisfatório que a Administração dependa da boa vontade de fornecedores para realizar suas pesquisas de mercado. Neste sentido, a Lei federal nº 14.133/21 claramente afirma a importância de outras fontes de pesquisa no §1º do art. 23.

Neste ponto, cabe aqui informar que NÃO se tem notícia de que se trata de Despesa Obrigatória de caráter continuado.

Todavia, se observa que o caso aqui analisado cuida de típico aumento de despesa pela criação de NOVO débito a ser custeado pelo Poder Público na qualidade de DEVEDOR da obrigação a ser firmada com a empresa que fornecerá as novas cestas básicas.

¹ “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” (BPC nº 7).

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

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

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

Quer dizer: Agora se AUMENTA a quantidade de cestas a serem fornecidas, criando-se quantitativamente novo gasto que tem o Poder Público como SUJEITO PASSIVO, já que a Câmara Municipal contrata a empresa fornecedora de Cestas Básicas, dela adquire esses produtos e apenas num 3º(terceiro) momento os repassa aos servidores.

Desse modo, nessa relação jurídico-contratual a Câmara Municipal atua por direito próprio e passa então a ter direito de EXIGIR o fornecimento de cestas básicas cuja aquisição se dá em nome do próprio Legislativo.

Feitas tais achegas, vê-se que agora é majorado o valor TOTAL gasto pelo Parlamento com o fornecimento de cestas básicas de sorte que tal situação, para parcela da doutrina sobre o tema, se enquadra no conceito de Despesa Nova² abarcado pela LRF.

Sublinhe-se, ainda, que a rigor a despesa aqui criada pode ultrapassar o presente exercício financeiro já que o futuro contrato administrativo tem previsão de prorrogação para além do exercício de 2023, conforme se lê das fls.104 (cláusula contratual 13.1).

Por isso é que, de modo planejado, prévio, racional e visando EVITAR que por falta de planejamento o presente expediente tenha de ser novamente analisado, recomenda-se desde já que na hipótese da despesa aqui criada passar a se estender para o vindouro exercício financeiro o Departamento de Contabilidade, a tempo próprio, certifique SE a eventual extensão desse gasto pelos exercícios subsequentes virá a atender aos comandos dos dispositivos da LRF que cuidam das despesas obrigatórias de caráter continuado.

Por fim, tem-se que a recomendação aqui planejada evita que a todo tempo tenha de se elaborar pareceres jurídicos para situações que poderiam ter sido, anteriormente, previstas e resolvidas de modo que as recomendações agora fomentadas não se constituem como mera filigrana ou excesso de preciosismo mas antes tratam de impedir que problemas futuros sejam criados.

Feitas essas achegas, passa-se aos próximos pontos do parecer.

III. ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE E

TIPO DE LICITAÇÃO

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, explicita o conceito de bens e serviços comuns valendo observar que assim dispõe a Orientação Normativa/AGU 54, *verbis*:

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

² Caso haja dúvida sobre o enquadramento dessa despesa como despesa nova, favor consultar: ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável”.

Acrescento que o setor técnico informou na justificativa de contratação não cabendo, aqui, fazer qualquer apontamento quanto a esse particular.

IV. DA PESQUISA DE PREÇOS

O 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 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.

Nesta fase inicial, observo que a definição do objeto e a justificativa da necessidade da contratação estão escritas nos documentos que iniciam o processo de contratação (fls.02/10).

Gize-se que a Lei federal n. 10.520/02, no art. 3º, inciso III, não exige que o orçamento estimado seja detalhado e elenque os custos unitários.

O Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já decidiu que a juntada de orçamento detalhado não se aplica ao pregão:

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. LICITAÇÃO. CONTRATO. PESQUISA DE PREÇOS. ORÇAMENTO DETALHADO. NÃO PROVIMENTO. AFASTADA A FALHA RELATIVA À PLANILHA DETALHADA DE CUSTOS.

1 – A ausência de uma pesquisa de preços idônea e robusta não permite aferir a compatibilidade dos valores com aqueles correntes no respectivo segmento de mercado.

2 – Possível, todavia, afastar a falha relativa à ausência de uma planilha detalhada da composição dos custos unitários, por não ser exigível pela Lei do Pregão” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-000218/004/14, Sessão: 14/10/2020, Rel. Alexandre Manir Figueiredo Sarquis).

No entanto, embora haja o entendimento exarado no Acórdão acima transcrito, em pesquisa ampla de jurisprudência, este não parece ser o entendimento dominante da Corte. Confira outros precedentes que também examinaram pregões e consolidam entendimento contrário:

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'

“Nos termos do artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, cabe à Administração disponibilizar orçamento estimativo acompanhado da composição unitária dos custos dos serviços, em resguardo à aferição da compatibilidade dos preços em mercado” (TCE-SP, Tribunal Pleno, Recurso Ordinário, TC-000909/007/09, Sessão: 22/09/2021, Rel. Edgard Camargo Rodrigues).

Ponto que descabe a este parecerista aferir a assertividade (veracidade material e do conteúdo) desses documentos e de das razões neles apostas, seja porque juntados aos autos por servidores dotados de fé pública ou porque as pesquisas de preços firmadas por empresas particulares, por se tratarem de documentos particulares, presumem-se válidas por quem as emitiu ATÉ que sobrevenha em sentido contrário, nos termos do art.219 do Código Civil, *litteram*:

Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

Sublinhe-se, nesse ponto, que as declarações particulares relativas aos preços das mercadorias que lastreiam a pesquisa de preços e, igualmente, os critérios mencionados a títulos de “preços de mercado” constituem-se em verdadeiras Declarações Dispositivas.

Nesse momento, trazem-se, ainda, os conceitos de Declarações *Dispositivas* e **Enunciativas/Narrativas**.

As primeiras ligam-se a determinada manifestação de vontade, apontando a orientação adotada por determinada conduta apta a disciplinar o modo pelo qual se guiará dado comportamento humano.

Já as segundas ligam-se a ciência, conhecimento ou mesmo sobre a narrativa sobre determinado fato, tendo função de comunicar algo sobre aquilo que compõe o conteúdo daquele fato.

Frise-se que as declarações enunciativas dependem de prova sendo que as presunções legais sobre a origem do ato atingem, essencialmente, as declarações dispositivas.

Essa distinção consta, inclusive, da doutrina Lusitana de José Lebre de Freitas³, italiana de Emilio Betti⁴ e brasileira de Flávio Tartuce.⁵

³ FREITAS, José Lebre de. A falsidade no direito probatório. 2. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 37- 38.

⁴ BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. 1. ed. Coimbra: ed. Coimbra, 1969, tomo I, página 289.



Logo, as declarações firmadas pelas empresas particulares constituem-se como elemento de formação do proposta comercial e assim constituem parcela da regra matriz de incidência administrativa já que os preços ali expostos constituirão elementos da relação contratual administrativa a ser constituída.

Tal ponderação é relevante porque apenas SE surgir prova material em sentido contrário é que tais declarações (e propostas comerciais) poderão ser desconstituídas seja em relação a sua existência material (ou enquanto documento) seja em relação aquilo que nelas está apostado (e que constitui seu conteúdo).

Logo, e a mingua de prova em sentido diverso, não se extrai desses documentos (propostas comerciais) qualquer indicativo de falsidade ou de direcionamento das propostas, valendo lembrar que adequa-se FORMALMENTE a legislação a Declaração do Servidor aposta no documento 12.10 de que os preços pesquisados amoldam-se aos preços de mercado.

Pondere-se ainda que aspectos técnicos ligados a organização técnica do CONTEÚDO da licitação se afastam da análise jurídica e não são objeto de parecer conforme Enunciado nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União.

V. DA **DEFINIÇÃO** DO OBJETIVO

O art. 3º da Lei federal n. 10.520/02 e o 40, inciso I, da Lei federal n. 8.666/93 dispõe que a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição

A definição do objeto é um dos pontos-chave do edital, haja vista que é a partir desta definição que os interessados formularão suas propostas devendo portanto ser completa e perfeita, sob pena de nulidade⁶.

No caso, a descrição do objeto da licitação vem presente nos Anexos I e II(Termo de Referência e Anexos), notadamente, a aquisição de Cestas Básicas devidamente descritas no Termo de Referência.

Logo, CADA um desses itens a ser adquirido (Computadores, Softwares e periféricos) pode ser individualizado e analisado tanto pelos interessados no certame quanto pelos eventuais órgãos de controle a partir da leitura e inteligência dos documentos que compõe os Anexos do Edital.

⁵SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência* – 2.ed. – Rio de Janeiro: Gen Jurídico, 2020, p 290.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 2016, p. 839.



É dizer: Para o leitor leigo (no qual esse parecerista se inclui) a leitura desses documentos permite entender - de modo razoável - o conteúdo daquilo que será licitado.

Assim, o exame da descrição do objeto da licitação formalizada nos documentos e Anexos do processo licitatório permite depreender CADA um dos itens constantes dos Anexos do Edital e, igualmente, a funcionalidade de cada um desses bens (materiais ou imateriais).

Lembre-se que o CONTEÚDO do contrato constitui parcela da relação obrigacional porque compõe elemento da regra jurídica INDIVIDUAL e CONCRETA a ser firmada entre a Administração Pública e o Particular.

Sendo assim, está adequada, do ponto de vista estritamente jurídico, a descrição do objeto presente no Termo de Referência exatamente porque quando se enxerga CADA um dos itens pode-se, em linha de princípio e ressalvada PROVA em sentido contrário, visualizar o QUE, e assim AQUILO que será comprado.

VI. ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL E DO TERMO DE REFERÊNCIA

Para análise precisa e objetiva da minuta de edital e do Termo de Referência, tem-se que serão analisados os pontos exigíveis pelo ordenamento jurídico.

V. 1. DA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS

Dentre as condições de participação na licitação, deve-se expor que não se enxerga qualquer óbice jurídico às cláusulas que cuidam do modo de apresentação das propostas e do credenciamento dos licitantes seja porque em harmonia com a Lei 8666 seja porque não veiculam qualquer restrição desarrazoada ou irrealizável capaz de limitar o número de potenciais interessados em disputarem o objeto da licitação.

Com efeito, tais cláusulas cuidam de etapa meramente procedimental que não fixam deveres ou privilégios a nenhum dos possíveis interessados, amoldando-se inclusive às práticas administrativas que anteriormente já eram realizadas.

V. 2 DA PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO

Na sequência, analisam-se as cláusulas relativas a participação na Licitação (Cláusula 5 e seguintes).

Dentre essas cláusulas duas merecem atenção especial: a) a participação não 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 55.347,92 (cinquenta e cinco mil, trezentos e quarenta e sete reais e noventa e dois 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 é restrita à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, na forma do art. 48, inciso I, 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 não vantajosidade da licitação restrita à ME/EPP para a Administração (art. 49, III, da LC 123/06) por se tratar de mérito administrativo.

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 5.3.3, está em acordo com a Súmula 51 do TCE/SP, que, de acordo com a Egrégia Corte de Contas continua aplicável⁷.

VI. 3. DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

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.

Passa-se, agora, à análise de cada um dos requisitos de habilitação.

Os documentos de habilitação jurídica estão elencados na Cláusula 9.1.1, sendo que seus itens 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.

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

⁷ 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.

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

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

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 licitação⁸.

Não se nota, nesse ponto, qualquer ressalva a ser feita a essas cláusulas seja porque se harmonizam com a jurisprudência do tema ou porque, igualmente, não criam qualquer restrição indevida a entrada de um número maior de participantes na oportunidade de negócio criada pelo presente procedimento.

Em verdade não se cria um limite ou nicho disponível a poucos interessados por meio dessas cláusulas porque aqui o que se busca, com tais certidões, é avaliar a “saúde operacional” da sociedade empresaria para o único e exclusivo de viabilizar o cumprimento do objeto do contrato administrativo.

Por fim, os critérios fixados pelo Edital para fim de aferição da qualificação técnica dos licitantes se amoldam as recomendações fixadas no Parecer Jurídico 347/2022 com as quais ponho-me de inteiro acordo.

Igualmente, as “Outras recomendações” constantes da minuta também seguem as recomendações fixadas no Parecer 347/2022 também se amoldam a finalidade de viabilizar a escolha das melhores propostas para a Administração Pública e também para o agente privado que disputar o certame, o mesmo se dizendo em relação às cláusulas sobre as disposições gerais sobre a Habilitação na Licitação.

Gize-se, igualmente, que o procedimento de julgamento das propostas atende, ainda, aos comandos da Lei 8666 seja porque antecipa, aos eventuais interessados os critérios a serem utilizados para aferição das propostas, ou porque ligam-se a escolha administrativa da realização da licitação por menor preço global, sendo que tal opção é condizente com o objeto licitado, notadamente, cestas básicas que se caracterizam pela reunião de diversos produtos em um único pacote entregue ao servidor.

⁸ 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.

“É certo, também, que a majoritária deliberação deste Tribunal é no sentido de que a exigência de regularidade fiscal deve estar adstrita aos tributos decorrentes do ramo de atividade das interessadas licitantes, em compatibilidade ao objeto licitado, nos termos do artigo 29, inciso II, da Lei nº 8.666/93 [...]” (TCE/SP. **Licitações e Contratos**: Principais aspectos da fase preparatória. São Paulo, 2016, p. 39).

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

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

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

Saliente-se que os critérios de julgamento das propostas expõe de modo claro, racional, razoável e equilibrado o MODO pelo qual a Câmara Municipal irá valorar as propostas ofertadas explicitando, de forma categórica, objetiva, impessoal e pontual o discrímen utilizado pela Administração para escolher o vencedor, consoante se enxerga das cláusulas 9 e 10 da minuta.

Pondere-se, ainda, que as cláusulas relativas aos recursos administrativos, ao procedimento de contratação, a entrega dos produtos à Câmara Municipal e ainda a vigência do contrato (Cláusulas 11, 12, 13, 14 e 15) obedecem aos ditames da Lei 8666 já que cuidam de procedimentalizar os aspectos formais e o conjunto de atos e fatos inerentes a essa contratação e assim, também, a todo o “passo a passo” a ser seguido por cada um dos atores dessa futura relação jurídico-contratual não se visualizando aqui nenhum óbice ou entrave burocrático despido de razoabilidade e proporcionalidade.

Acrescente-se que essas mesmas observações também se aplicam as cláusulas inerentes aos prazos e condições de entrega das cestas e ainda às condições de pagamento pelos produtos adquiridos (Cláusulas 14, 15), seja porque cercam-se de cuidados para que não haja fornecimento de produtos de baixa qualidade ou porque os pagamentos estão condicionados a entrega de produtos passíveis de consumo pelo servidor.

Aliás, essas cláusulas densificam normas do Código Civil que impedem o enriquecimento sem causa de qualquer das partes contratantes e que, igualmente, determinam que nenhuma das partes pode exigir o pagamento SEM antes cumprir sua parte do contrato prestigiando-se aqui o equilíbrio da relação contratual.

Faça-se constar, ainda, que as cláusulas relacionadas a eventual sanção por inadimplemento contratual (Cláusula 16 e seus subitens) configuram-se como verdadeiros corolários das franquias Constitucionais do Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa e ainda da Segurança jurídica que os licitantes tem condições antecipadas e reflexivas de saber, de antemão, as possíveis consequências de seus atos caso, evidentemente, descumpram as normas legais e contratuais inerentes ao objeto licitado.

O mesmo se diga, ainda, no tocante à cláusula contratual que veda a subcontratação e que prestigia a facilitação na fiscalização do objeto contratual e a plena, razoável, equilibrada e concreta satisfação do conteúdo do contrato.

Essas mesmas observações se aplicam às Cláusulas 1 e 2 do Termo de Referência que, resumidamente, repetem disposições do Edital e que as cláusulas 2 a 7 expõe condutas que devem ser adotadas pelos licitantes para viabilizar a entrega das cestas.

Não se lê do conteúdo dessas cláusulas que nelas haja qualquer obrigação excessiva ou capaz de aumentar os custos do fornecimento da cesta.

Já á Cláusula 8 e Anexo II da minuta do Termo de Referência tem-se a explicitação dos itens que compõe a cesta básica, explicitando suas características e sem fixar quaisquer especificações não razoáveis ou desprovidas de nexu causal no tocante aos objetos que se quer contratar.

Assim, enxerga-se que tal Cláusula e o descritivo dos produtos que nela se faz não é desarrazoado porque expõe, de modo objetivo o conteúdo material de cada item que compõe a

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'

cesta SEM que, para isso, se faça a especificação de detalhes ou minúcias capazes de retirar do certame as mais diversas sociedades empresárias que fornecem esses produtos.

Vale dizer então: As especificações de CADA item fazem os potenciais interessados SABEREM exatamente os produtos que terão de inserir na cesta SEM, contudo, nelas incluírem detalhes técnicos que apontem para a preferência para qualquer marca de produtos que devem constar da cesta.

Logo, não há qualquer ressalva a ser feita na Cláusula 8 da minuta do Contrato SEM, contudo, haver impedimento a reanálise desse ponto CASO surjam impugnações devidamente fundamentadas a essa Cláusula.

Por fim, rememoro que não há, no procedimento, qualquer indício de que o tratamento diferenciado e simplificado não é vantajoso para a Administração Pública neste caso ou que representa prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado (LC 123/06, art. 49, I).

Não há também indícios de que não há no mínimo 3 fornecedores competitivos enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte capazes - local ou regionalmente - de cumprir as exigências estabelecidas no edital (LC 123/06, art. 49, II), sendo que, aliás, foi possível localizar três cotações na pesquisa de preços.

Deste modo, a restrição às microempresas e empresas de pequeno porte não só é legítima, como é, no caso, um dever.

Portanto, e a mingua de qualquer impugnação devidamente fundamentada por parte de eventual interessado ou de qualquer cidadão é que não se vê óbice ao conteúdo dessas cláusulas editalícias e do Termo de Referência.

VII. ANÁLISE DA MINUTA DO CONTRATO

O objeto e seus elementos característicos (art. 55, I) vem descritos na Cláusula 1.1, sendo os objetos contratos descritos, em suas particularidades e minúcias na Cláusula 8 dos Anexos do Edital (fls.120/125 e 127/128).

O regime de execução e a forma de fornecimento (art. 55, II) não está previsto porque se trata de contrato para pronta entrega.

As obrigações da contratada e seu cumprimento nos termos editalícios constam da Cláusula 3ª da minuta do contrato(fl.128).

O preço dos objetos a serem adquiridos (art. 55, III) ainda que de modo estimado está previsto na Cláusula 8 do Termo de Referência (fls.120/126) e na Cláusula 4 do Contrato (Fls.129).

A Cláusula 5ª aponta as condições de pagamento, em estrita observância às cláusulas editalícias (Fls.129).

A Cláusula 6 aponta as dotações orçamentárias pelas quais ocorrerá as despesas relacionadas a este contrato (art. 55, V), quais sejam; 3.3.90.39.00 – Outros Serviços de Terceiros - Pessoa Jurídica.

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'

Em relação à garantia, prevista no inciso VI como cláusula essencial, há discricionariedade da Administração para dispô-la nos contratos caso a caso.

De acordo com a doutrina de Justen Filho, “a lei remete à discricionariedade da Administração a exigência de garantia”, devendo ser exigida apenas nas hipóteses em que se faz necessária⁹. Assim, a garantia se insere no mérito administrativo, havendo margem de liberdade para o administrador verificar a sua necessidade caso a caso, devendo levar em consideração que a exigência de garantia representa encargo econômico-financeiro e pode ter consequências sobre o preço a ser contratado.

No caso, a falta de exigência de garantias não macula o contrato, pois a sua exigência ou não está dentro da margem de discricionariedade que possui o Administrador.

As penalidades (art. 55, VII) estão previstas na cláusula 9ª, inclusive com fixação de valores de multas (Fls.130/131).

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 10ª(décima) (Fls.131).

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.

Por fim, deve-se dizer que a Cláusula 8ª da minuta de contrato, respectivamente nas Cláusulas 13.1 e 8.1 preveem o prazo de vigência de 8 (oito) meses de contrato com possibilidade de prorrogação até o limite de 60 (sessenta) meses com fundamento no art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93.

Essa constatação é fundamental porque 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).

Exemplificativamente, em casos concretos, a Corte de Contas paulista já admitiu prorrogações contratuais em casos de fornecimento de cestas básicas¹⁰ e combustíveis.

⁹ JUSTEN FILHO, 2016, p. 1.099.

¹⁰ Cf. TCE-SP, Segunda Câmara, TC-015307/989/17 (ref. TC-005882/989/17), Sessão: 27/11/2018.

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

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 celebrado, bem como a possibilidade de sua prorrogação¹¹.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná também acompanhou este entendimento:

“Consulta. Interpretação extensiva do art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93. Possibilidade de prorrogação de contratos de fornecimento de bens de uso continuado. Conhecimento e resposta

[...]

Ocorre que os mesmos motivos que possibilitam a prorrogação de contratos de prestação de serviços contínuos podem ser utilizados em relação aos de fornecimento contínuo, quais sejam, a necessidade ininterrupta do fornecimento e o comprometimento do funcionamento estatal adequado caso ocorra a sua descontinuidade. Em verdade, não parece existir razão suficiente (salvo a literalidade da lei) para negar a possibilidade de prorrogação em razão da natureza do contrato que se pretende aditar. A necessidade contínua da prestação do serviço ou do fornecimento do bem se impõe indistintamente.

[...]

A necessidade contínua do serviço ou do fornecimento é suficiente para autorizar a prorrogação. A essencialidade não se encontra prevista em lei, admitindo-se apenas que o serviço ou o fornecimento seja, para usar a expressão da lei, executado de forma contínua” (TCE-PR, Consulta, Processo nº: 706690/18, Acórdão nº 440/20 - Tribunal Pleno).

A questão, todavia, sob a vigência da Lei federal nº 8.666/93, é polêmica.

¹¹ “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.



O Tribunal de Contas da União já considerou excepcionalmente possível a prorrogação de contrato de fornecimento contínuo com base em interpretação ampliada do art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93 (Cf. Acórdão nº 766/2010–Plenário¹²). Entretanto, em condições normais, o Tribunal de Contas da União não admite a prorrogação de contratos de fornecimento contínuo com fundamento no art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93¹³.

A Lei federal nº 14.133/21 espanca qualquer dúvida, pois equivale serviços e fornecimentos contínuos para fins de duração de contrato e prorrogações. Todavia, sob a vigência da Lei federal nº 8.666/93, a questão não é pacificada, pois há entendimentos divergentes nos Tribunais de Contas.

Conclui-se, então, que a Administração pode seguir a trilha da jurisprudência mais progressista e que admite a prorrogação com base em interpretação extensiva do art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, mantendo as disposições editalícias e contratuais que permitem a prorrogação, ou seguir o caminho mais conservador e retirar a previsão da possibilidade de prorrogação com base no art. 57, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, realizando nova licitação no próximo ano com fundamento na Lei federal nº 14.133/21, oportunidade que será tranquila e indubitável a legitimidade de se prever a possibilidade de prorrogação.

VIII. CONCLUSÃO

Ante o exposto, manifesto-me pela **APROVAÇÃO da minuta de edital e seus anexos**, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei federal nº 8.666/93.

Recomendo, por fim, que a Administração verifique se deseja manter a possibilidade de prorrogação do contrato, considerando que há divergência jurisprudencial sobre sua possibilidade, conforme item III, a, deste Parecer.

É o parecer.

São Roque, 06 de Abril de 2023.

GABRIEL NASCIMENTO LINS DE OLIVEIRA

Procurador Legislativo da Câmara Municipal de São Roque

OAB/SP 333.261

Matrícula 392

¹² “9.3. admitir, em caráter excepcional, com base em interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que as contratações para aquisição de fatores de coagulação sejam consideradas como serviços de natureza contínua” (TCU, Acórdão nº 766/2010–Plenário).

¹³ “Evite realizar prorrogações indevidas em contratos e observe rigorosamente o disposto no art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, considerando que a excepcionalidade de que trata o aludido dispositivo está adstrita à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, não se aplicando aos contratos de aquisição de bens de consumo” (TCU, Acórdão 1512/2004 Primeira Câmara).