

Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PARECER JURÍDICO

Processo Administrativo n. 283/2021

Interessado: Diretor Administrativo

Assunto: Pregão Presencial

1. RELATÓRIO

Trata o presente processo de procedimento licitatório, instaurado na modalidade Pregão Presencial, tendo como objeto à contratação de empresa para fornecimento de materiais de gêneros alimentícios, sob demanda, durante o exercício 2021, com objetivo de manter o nível de estoque do almoxarifado da Câmara de Anchieta (cf. Termo de Referência de fls. 53).

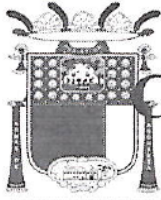
O processo, autuado em 02 de março de 2021, nos chegou com 65 páginas e os seguintes documentos: (a) Requisição de Despesas 019/2021, de autoria do Sr. Diretor Geral [fls. 02]; (b) Autorização de abertura do procedimento emitida pelo Exmo. Sr. Presidente da CMA [fls. 04]; (c) Termo de Referência [fls. 06-10]; (d) Pesquisa de Preços de Mercado [fls. 12-16]; (e) Quadro Comparativo de Preços de Mercado [fls. 17]; (f) Nota de Pré-Empenho [fls. 19-20]; (g) Despacho da Direção-Geral indicando a modalidade licitatória Pregão, tipo menor valor por item [fls. 23]; (h) Autorização do Exmo. Sr. Presidente da CMA [fls. 024]; (i) Cópia da Portaria nº 26/2021, que dispõe sobre a nomeação da Equipe de Apoio ao Pregoeiro, e da Portaria nº 2/2020, que trata da nomeação do Pregoeiro Oficial [fls. 27-28]; (j) Minuta do Edital de Pregão Presencial [fls. 29-64].

Os autos vieram para Parecer Jurídico, conforme despacho de fls. 65.

É o breve relatório.

2. ANÁLISE

Analisando os autos, especialmente o Preâmbulo da minuta de Edital de fls. 30, constatamos que o certame correrá sob as normas da Lei nº 8.666/93 e Lei 10.520/2002 — desta forma, fica atendido



Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

(...)

Art. 193. Revogam-se:

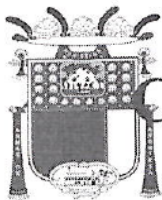
(...)

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Os autos vêm desacompanhados da peça de planejamento da aquisição, apesar das reiteradas advertências da Procuradoria da Câmara de Anchieta. Recordamos que o art. 6º, IX, da Lei nº 8.666/93, obriga a Administração à elaborar de Estudos Técnicos Preliminares - ETP (peça de planejamento), os quais servirão de base para a redação do Projeto Básico/Termo de Referência. Ainda que subsistissem dúvidas quanto ao dever de planejamento de todo processo licitatório, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo acabou por liquidá-las no Parecer em Consulta nº 19/2020, onde se pode ler o seguinte trecho:

"Deve ser considerada obrigatória a realização de ETP em todas as contratações, seja pela via direta ou por meio de licitação ou adesão a Ata de Registro de Preços, independentemente de ser para a aquisição de bens ou contratação de serviços, ou de ser o objeto de natureza simples ou complexa, a exceção das dispensas fundadas nos incisos I, II, III, IV e XI do artigo 24, da Lei 8.666/93, nas quais seria facultada a sua elaboração, e dos casos de prorrogações contratuais relativas a objetos de prestação de natureza continuada, nos quais seria dispensado o ETP.

Sobre o conteúdo mínimo indispensável para a elaboração do ETP, abordado na letra e, novamente recorremos à IN 40/2020 que disciplina, no seu artigo 7º, as informações que deverão ser produzidas e registradas no Sistema ETP Digital, e que consistiriam em: (...)"



Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Da mesma forma, o Termo de Referência não trás qualquer anotação sobre a metodologia para estimativa das quantidades a serem adquiridas, a justificativa da forma de aquisição e a declaração de se tratarem ou não os bens como comuns, nos termos da Lei nº 10.520/2002, art. 1º.

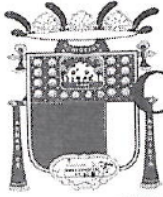
Em vista disso, **RECOMENDAMOS** que o setor responsável faça vir aos autos a ETP, ou a peça de planejamento, que ateste, entre outros, a estimativa das quantidades a serem adquiridas, acompanhada das memórias de cálculo e dos documentos, e também justificativas para a forma de aquisição (compra parcelada). Caso não haja documento formal de planejamento, as justificativas quanto aos tópicos anteriormente citados devem vir ao Termo de Referência.

A peça de planejamento deve ser capaz de solucionar uma questão aposta nos documentos de fls. 13 e 14 (pesquisa de preços de mercado). Note-se que os fornecedores, apesar da advertência do formulário padrão de que as propostas deveriam validade de 60 (sessenta) dias, inscreveram prazo menor (doc. fls. 13) ou advertência da alteração diária dos preços (cf. fls. 14). Desta forma, seria necessário verificar a realidade e atualidade dos preços cotados, confrontar o cenário econômico atual e a taxa de inflação e, por fim, atestar a viabilidade de manter uma eventual proposta vencedora ao final da licitação durante todo o prazo contratual (a questão da vigência será analisada a seguir).

Ainda tratando da pesquisa de preços, cumpre anotar uma questão referente à sua formalidade.

O procedimento licitatório, conforme dispõe o parágrafo único do art. 4º da Lei nº 8.666/93, se caracteriza como ato administrativo formal, ou seja, a regra é a formalidade e, portanto, a vinculação de todos os atos e fases ao disposto na lei e no direito. A aplicação moderna deste comando conduz à incidência de um "*formalismo moderado*" sobre as licitações. Vejamos, a respeito, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal:

"As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa." [RESP nº 512.179-PR, rel. Min. Franciulli Netto]



Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

"Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu à formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo das propostas, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa." [RO em MS n. 23.714-1, DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence]

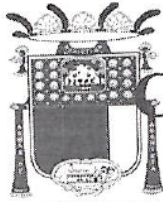
Vejamos também como orienta o Tribunal de Contas da União:

2. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. [ACÓRDÃO 357/2015 - PLENÁRIO]

Note-se que a adoção de formalidades pela Administração Pública deve ser suficiente para propiciar clareza, segurança e respeito aos direitos dos licitantes e dos demais administrados em geral — trata-se, portanto, de cuidado com a transparência do procedimento, necessário ao controle interno e externo.

Tendo isso em conta, **RECOMENDAMOS** que sejam desconsiderados os documentos de fls. 14 e 15, posto que neles há rasura ou preenchimento a lápis, respectivamente, comprometendo a clareza e a segurança dos documentos públicos.

Quanto ao Quadro Comparativo (fls. 17), **RECOMENDAMOS** que o setor responsável tome o cuidado de emitir um juízo crítico sobre a pesquisa de preços de mercado, especialmente em vista da variação entre os valores apresentados. Neste sentido, o Tribunal de Contas da União (Acórdão 1.108/2007, Plenário) já teve oportunidade de orientar no sentido de que *"não é admissível que a pesquisa de preços de mercado feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados, máxime quando observados indícios de preços destoantes dos praticados no mercado"*. Isso acontece, porque o orçamento elaborado com base em consultas que apresentam grandes



Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

variações pode não representar os preços efetivamente praticados no mercado e ocasionar, alternativamente, prejuízo ao Erário (superfaturamento) ou afastar competidores de forma indevida (subfaturamento).

Recordamos, por fim, que a pesquisa de preços deve contemplar, ao menos, três cotações válidas.

Consta dos autos a Nota de Pré-Empenho, a qual assegura a existência de dotação orçamentárias para a realização da despesa.

Apesar de a intensão da Administração processar a licitação sob as regras do Pregão Presencial (Lei nº 10.520/2002), não há nos autos a justificativa do enquadramento como sendo bem comum. Ainda que trate de aquisição de “gêneros alimentícios”, a declaração neste sentido é obrigação do setor técnico responsável pela elaboração do Termo de Referência.

Meramente a título de conhecimento, veja-se como orienta a Advocacia Geral da União:

Orientação Normativa nº 54/2014

“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.”

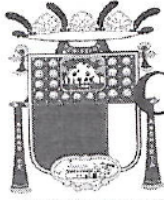
Caso se trate o objeto de bem comum, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, a modalidade de licitação escolhida pela Administração está correta. Prosseguimos a análise considerando as normas aplicáveis ao Pregão.

Constam dos autos (fls. 27 e 28) as cópias dos atos de designação do Pregoeiro e de sua equipe de apoio, estando atendido o disposto na Lei nº 10.520/02, art. 3º, IV, §§1º e 2º.

O Presidente da Câmara de Anchieta, ordenador de despesas, emitiu autorização para o início (fls. 04) e prosseguimento (fls. 24) do procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93, art. 38, *caput*.

A minuta do Edital consta das fls. 29 e segs.

Nos termos da Lei nº 8.666/93, art. 40, I, a descrição do objeto deve ser “*sucinta e clara*”, traduzindo a real necessidade do Poder Público, com todas as características



Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

indispensáveis, sendo vetada a exigência de elementos irrelevantes ou desnecessários, os quais poderiam restringir a competição. Em vista disso, **RECOMENDAMOS** que o setor responsável justifique as exigências de apresentação, pelos licitantes, de “*certificado de autorização ao uso do selo de pureza ABIC com validade de 06 meses, juntamente com a documentação de habilitação (...)*”. Note-se que, assim redigida, o autor do Termo de Referência cria uma regra de qualificação técnica que poderia gerar redução indevida do número de interessados.

Não consta da minuta do Edital a minuta do Termo de Contrato Administrativo, o qual seria exigido por força do art. 62, § 4º, da Lei nº 8.666/93, já que o objeto da Licitação prevê entrega “sob demanda”, ou seja, não se trata de entrega imediata e integral dos bens licitados:

Art. 62. (...)

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

(...)

§ 4º É dispensável o “termo de contrato” e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

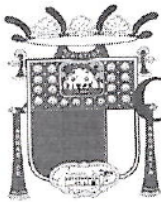
RECOMENDAMOS, portanto, que o edital seja publicado acompanhado por minuta de Termo de Contrato. Entretanto, uma vez ausente nos autos, fica prejudicada a sua análise pela Procuradoria.

RECOMENDAMOS também que a vigência de eventual contrato de fornecimento de bens venha de forma mais clara no Termo de Referência e no Edital, o qual limitou-se a indicar o período “durante o exercício de 2021” (item 1.4 do doc. de fls. 30).

3. CONCLUSÕES

Em vista do que fora analisado, podemos reunir as seguintes conclusões parciais:

- (1) Não vieram aos autos a peça de planejamento da licitação, nem mesmo consta do Termo de Referência elementos que poderiam assegurar a correção da estimativa das quantidades a serem adquiridas, acompanhada das memórias de cálculo e dos



Câmara Municipal de Anchieta

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

documentos, e as justificativas para a forma de aquisição (compra parcelada, sob demanda);


- (2) A pesquisa de preços não atende plenamente o princípio do formalismo moderado;
- (3) O preenchimento do Quadro Comparativo de Preços não aconteceu sob a análise crítica do setor responsável por sua elaboração, existindo grande variação de valores em alguns dos itens;
- (4) Não está claro, portanto, se a pesquisa de preço contempla três orçamentos válidos;
- (5) Não há nos autos a justificativa do enquadramento do objeto como bem comum;
- (6) O setor responsável pela elaboração do Termo de Referência deve justificar as exigências de apresentação de certos certificados pelos licitantes — caso a exigência seja desnecessária ela poderá significar restrição indevida à concorrência;
- (7) É necessário que o Pregoeiro tome o cuidado de incluir no anexo do Edital a minuta do Termo de Contrato — o qual, por ausente nos autos, não foi objeto de análise do setor jurídico;
- (8) Não há clareza na fixação da vigência da contratação.

PORTANTO, os requisitos legais para o prosseguimento do feito encontram-se parcialmente preenchidos, sendo necessários concorrerem ao processo os atos pendentes. **SOMENTE** se se vierem aos autos os elementos indicados e cumpridas as recomendações, opinamos pelo prosseguimento do certame.

Caso o Pregoeiro e sua equipe, a equipe técnica, a Direção e/ou o Presidente da Câmara desejem desconsiderar as opiniões aqui veiculadas, **recomendamos** que emitam ato motivado.

Esta e a nossa manifestação, que se submete à elevada apreciação das autoridades competentes.

Anchieta/ES, 22 de Abril de 2021.


LUCIANO MAGNO ALBERTASSE BRAVO

Procurador