Pregão Eletrônico nº - 04/2021

Processo Adm nº 02080004/2021

Consulente - Comissão Permanente de Licitação.

Assunto – Análise de Minuta do Edital e Minuta de Contrato de Certame Licitatório na Modalidade Pregão Eletrônico.

PARECER – NOTA TÉCNICA– PROCURADORIA MUNICIPAL

PROCESSO LICITATÓRIO. MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL E CONTRATO (Lei Federal nº 10.520 de 17/07/2002 (Modalidade de Licitação Pregão Eletrônico), e artigo 38 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações Públicas).

I – CONSULTA

O Pregoeiro, Sr. Rui Lima Barboza, doravante denominado Consulente, nomeado através da Portaria de nº 024/2021, requer (fls. 91) a elaboração de Parecer Jurídico acerca das Minutas do Edital do **Pregão Eletrônico e** do Contrato, referentes ao **Procedimento Licitatório nº 04/2021**, levando-se em consideração a Lei Federal nº 10.520 de 17/07/2002 e subsidiariamente a Lei 8.666/93, bem como Decreto nº 5.540/2005.

A presente licitação, na modalidade **PREGÃO ELETRÔNICO**, tem como objetivo a contratação de empresa especializada para o fornecimento de Gêneros Alimentícios para o programa nacional de alimentação escolar – PNAE, destinados a secretaria municipal de educação e desportos do Município de Água Branca – AL, com especificações constantes no termo de referência.

Conforme pode ser verificado nos autos físicos, o processo veio acompanhado das seguintes peças:

- Requerimento da Secretaria Municipal de Educação e Desportos (fls. 04/14);
- Relatório de Cotações de preços (fls.15/72);
-

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA - AL
Fl. 136

- Termo de Referência (fls. 72/85);
- Solicitação do Chefe do Executivo de disponibilidade orçamentária (fls. 86);
- Despacho do Secretário de Finanças dispondo sobre a classificação das dotações orçamentárias para fazer face as despesas com a contratação de empresa (fls. 87);
- Declaração de adequação orçamentária e financeira realizada pelo Chefe do Executivo Municipal (fls. 88);
- Autorização do Chefe do Poder Executivo para abertura do processo licitatório (fls.89);
- Solicitação de parecer jurídico acerca da Minuta do Edital e futuro Contrato (fls.90);
- Portaria do nomeação do pregoeiro (fls. 91);
- Minuta do Edital e Contrato para análise (fls. 92/133);

É, em suma, o relatório.

Passamos a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – DA MODALIDADE LICITATÓRIA NA FORMA DE PREGÃO

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

Várias são as modalidades de licitação. Cada modalidade, portanto, tem característica própria e se destina a determinado tipo de contratação.

A Lei Federal nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, estabeleceu regras gerais de licitação para aplicação no âmbito do Governo Federal, do Distrito Federal e dos Estados, e dos Municípios.

Segundo informações da Secretaria Municipal de Administração e Finanças, há dotação orçamentária para o objeto da presente licitação, assim como, esta, através de sua Secretária, demonstrou a necessidade da contratação, atendendo o que estabelece o art. 3º, I da Lei nº 10.520/2002.

A modalidade de licitação adotada é o Pregão, instituída pela lei nº 10.520/2002, a qual estabelece em seu art. 1º, caput, o seguinte:

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA - AL
Fls 137

> **Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.**

Sobre a referida modalidade de licitação instituída pela lei acima citada, vejamos os ensinamentos do doutrinador RONNY CHARLES, em sua obra "Leis de Licitações Públicas Comentadas", 4ª Edição, Editora Jus Podivm, pág. 118, *ipsis litteris*:

> **Instituído inicialmente por Medida Provisória (convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002), o pregão é a modalidade de licitação utilizada para a aquisição de bens e contratação de serviços comuns, independentemente do valor da contratação, em que o procedimento de seleção é caracterizado por propostas e lances em sessão pública, bem como pelo exame da habilitação em momento posterior ao das propostas.**

Assim, pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Esta modalidade de licitação possui destinação própria e específica, pois visa à aquisição de bens e a contratação de serviços "comuns", definidos na regulamentação Municipal.

Ainda, o pregão, via de regra, é um procedimento seletivo aberto à participação de qualquer interessado, em que se impõem requisitos mais aprofundados acerca da habilitação do fornecedor nem exigências especiais acerca do seu objeto, visto tratar-se de bens e serviços "comuns", isto é, o objeto licitado deve ser sempre aquele verificável, de modo objetivo e satisfatório, mediante a observância de critérios de julgamento desprovidos de requisitos essencialmente técnicos ou especiais que demonstrem a complexidade do objeto licitado.

No âmbito do pregão, é vedada a exigência de garantia de proposta, isto é, não se aplica o disposto no art. 31, inciso III da Lei nº 8.666/93. Igualmente é vedada a exigência editalícia, proposta por parte da administração, no que se refere à obrigatoriedade de aquisição do edital pelo licitante, como condição de participação na licitação.

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA – AL
Fls 138

A modalidade licitatória do pregão, por buscar agilização dos procedimentos visando a contratação de bens e serviços comuns importa, no mais das vezes, na realização de habilitação dos licitantes de forma mais simples, razão pela qual o professor JUSTEN FILHO assim se pronunciou: ***"A rapidez e sumariedade do procedimento do pregão resultam desses dois motivos fundamentais. Sob um ângulo, é possível uma contratação satisfatória sem maiores burocracias porque a natureza "comum" do objeto dispensa investigações mais detidas acerca da proposta. Por outro lado, não há necessidade de impor requisitos mais severos para a habilitação."***

Nesse diapasão, não se pode esquecer que o agente público deve avaliar se os padrões de desempenho e de qualidade estão objetivamente definidos no edital e se as especificações estabelecidas são usuais no mercado.

Também, vale salientar que o objeto da licitação deve se prestar a uma competição unicamente baseada nos preços propostos pelos concorrentes, pois não haverá apreciação de propostas técnicas.

In casu, a modalidade do pregão poderá ser utilizada, haja vista o objeto a ser adquirido é tido como bem "comum".

Por oportuno, especifica que as despesas resultantes deste contrato correrão por conta dos recursos consignados pela dotação orçamentária vigente.

Ressaltamos que a autenticidades dos documentos anexos aos autos, são de inteira responsabilidade da Secretaria solicitante.

II.2 - DO PREGÃO ELETRÔNICO

Existem diferenças entre as modalidades do pregão eletrônico e presencial. Como se sabe, o pregão eletrônico foi regulamentado pelo Decreto nº 5.540/05.

O pregão eletrônico, o qual visa, entre outras coisas, agilizar todo este processo de aquisição, além de colaborar para a transparência e maior concorrência nos processos licitatórios, diminuindo, assim, seus custos. Ainda do ponto de vista de custos, em geral, as modalidades tradicionais de licitações são muito sensíveis a atos fraudulentos, nos quais a corrupção está intensamente presente. O pregão eletrônico surge, então, como uma forma de diminuir ilegalidades.

Por tratar-se de um processo totalmente informatizado, qualquer fornecedor pode obter informações e participar do pregão de qualquer local do país. E isso tende

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA - AL
Fl: 130

a aumentar a concorrência entre fornecedores e, consequentemente, contribuir para a diminuição do preço. Além do órgão da Administração, os próprios licitantes terão seus gastos reduzidos por não precisarem mais enviar representantes para a participação em licitações presenciais. O novo sistema permite, ainda, que a empresas licitantes reduzam suas ofertas durante o processo licitatório.

Tecnicamente, as vantagens da nova sistemática são muitas em relação às licitações tradicionais. Pois, além do aumento constante da competitividade e a consequente redução dos custos, haverá ainda uma sensível desburocratização, muito mais segurança e agilidade na aquisição de bens e serviços para o executivo.

O artigo 5º, do referido decreto, também condiciona o uso da modalidade eletrônica do pregão aos princípios constitucionais, como se vê abaixo:

> Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.
>
> Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Para habilitação, nos Pregões Eletrônicos, será exigida dos licitantes, documentação relativa ao disposto no artigo 14 do Decreto nº 5.450/05, abaixo transcrito:

> **Art. 14. Para habilitação dos licitantes, será exigida, exclusivamente, a documentação relativa:**
>
> **I - à habilitação jurídica;**
>
> **II - à qualificação técnica;**
>
> **III - à qualificação econômico-financeira;**

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA - AL
Fls: 140

IV - à regularidade fiscal com a Fazenda Nacional, o sistema da seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

V - à regularidade fiscal perante as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso; e

VI - ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição **e no** inciso XVIII do art. 78 da Lei no 8.666, de 1993.

Parágrafo único. A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no SICAF ou, em se tratando de órgão ou entidade não abrangida pelo referido Sistema, por certificado de registro cadastral que atenda aos requisitos previstos na legislação geral.

Desta forma, por meio dos documentos arrolados ao processo, observamos que os atos e procedimentos estão em conformidade com o disposto na legislação aplicável, atendendo aos parâmetros jurídicos legais pertinentes, especialmente a Lei nº 8.666/93, Lei Federal nº 10.520 de 17/07/2002, Decreto Federal nº 5.450/2005.

II.3– DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DA NECESSIDADE DO EXAME DAS MINUTAS PELA ASSESSORIA JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO.

Vejamos o que determina o Parágrafo Único do art. 38, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

Parágrafo Único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser submetidas, previamente, à análise da assessoria

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA - AL
Fls: 41

> **jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883 de 08/06/94).**

Desta forma, percebemos que o artigo invocado ordena que as minutas do Edital e respectivo Contrato, sejam analisados previamente pela assessoria jurídica da Administração Pública, no caso em especial, pela Procuradoria do Município.

Para corroborar o que diz o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, urge trazer à baila o entendimento de JUSTEN FILHO (2014, p. 548)[1] "O parágrafo único determina a obrigatoriedade da prévia análise pela assessoria jurídica das minutas de editais e de contratos (ou instrumentos similares)".

Cabe registrar, que o parecer possui natureza opinativa, de caráter obrigatório, porém não vinculante, conforme denota a leitura do art. 42 da Lei n° 9.784/99, senão vejamos:

> **Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.**
>
> **§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.**
>
> **§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.**

Analisando os autos, observamos por meio dos documentos arrolados ao processo, que os mesmos estão em conformidade com o disposto na legislação aplicável, atendendo aos parâmetros jurídicos legais pertinentes, especialmente as do art. 3°, da Lei nº 10.520/2002, senão vejamos:

[1] Justen Filho, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA - AL
Fl: 142

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.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

[...]

No que se refere especialmente a Minuta do Edital do Pregão e Minuta do Contrato, referente ao Procedimento Licitatório em comento depreende-se que as mesmas estão aptas a produzir seus efeitos normativos, atendendo aos parâmetros jurídicos legais, especialmente a Lei Federal nº 10.520 de 17/07/2002, que em seu art.

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA - AL
Fls 143

4°, inciso III, preconiza que **"do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3°, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso."**

Cabe registrar, que o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 08 (oito) dias úteis, como estabelece o art. 4°, inciso V da Lei n° 10.520/2002.

Por fim, observamos, ainda, que o edital cumpriu com o que preconiza a LC 123/2006 e alterações trazidas pela LC 147/2014 no que diz respeito à possibilidade de benefícios para as ME e EPP quando a contratação obedecer a certos limites de valores. Vejamos entendimento recente do TCU acerca do tema:

> VISTOS, relatados e discutidos estes autos, que tratam da auditoria realizada na Secretaria de Educação do Estado do Paraná-SEED/PR, no âmbito da fiscalização de orientação centralizada-FOC, com o objetivo de verificar a gestão dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE destinados ao Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator: 9.1. revogar as medidas cautelares referendadas por meio do Acórdão 50/2018-Plenário, por perda de objeto, ante o decurso dos prazos de validade das atas de registro de preço 1.528/2016, 1.548/2016, 1.628/2016, 1.629/2016, 198/2017, 327/2017 e 381/2017 e da impossibilidade de que tenham suas execuções retomadas; 9.2. determinar à Secretaria de Educação do Estado do Paraná que adote as seguintes medidas: 9.2.1. implemente sistema de controle das refeições servidas no âmbito do Pnae, com identificação do número de alunos atendidos, o número de refeições servidas e no número de repetições realizadas; 9.2.2. observe o disposto no art. 49 da Lei 8.666/1993, que trata da possibilidade de a administração revogar os procedimento licitatórios por razões de interesse público, com vistas a impedir a contratação por preços superiores aos praticados no mercado, em decorrência de eventual equívoco no estabelecimento dos preços de referência; 9.2.3. adote as providências a ser cargo, com vistas à apuração dos indícios de que

PREFEITURA MUNICIPAL
DE AGUA BRANCA - AL
Fls: 144

a empresa Natan Distribuidora de Gêneros Alimentícios Eireli–ME, teria prestado declaração falsa, ao afirmar, no âmbito do Pregão Eletrônico 1528/2016, que atendia às exigências de habilitação, quando sabia que não teria condições de fornecer os itens e serviços licitados sem a realização de subcontratação, vedada pelo Item 13.1 do Termo de Referência do Edital do aludido Pregão; 9.3. dar ciência à Secretaria de Educação do Estado do Paraná, em razão dos fundamentos constantes do voto que fundamenta o presente acórdão, de que: 9.3.1. não há, na Complementar Lei 123/2006, e no decreto que a regulamenta, determinação no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da referida lei, estaria limitada à importância de R$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa; 9.3.2. não se verifica, na Lei Complementar 123/2006, a impossibilidade de sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração, observados, nessa situação, os princípios e vedações previstos no art. 3º da Lei 8.443/1992, bem como o poder dever de a administração, com fulcro no art. 49 da Lei 8.666/1993, revogar os procedimento licitatórios por razões de interesse público, com vistas a impedir a contratação por preços superiores aos praticados no mercado; 9.3.3. não há impedimento de que sejam adjudicados às microempresas e às empresas de pequeno porte valores superiores aos estabelecidos no art. 3º da Lei Complementar 123, incisos I e II, respectivamente, uma vez comprovado que estas, à época da licitação, atendem aos requisitos e às exigências contidas nos artigos 3º, 3º-A e 3º-B da referida lei; 9.4. determinar à Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná que: 9.4.1. identifique os valores efetivamente pagos às microempresas e empresas de pequeno porte em razão das contratações cautelarmente suspensas por esta Corte de Contas, por meio do Acórdão 50/2018-Plenário, manifestando-se quanto à conveniência de instauração de tomada de contas especial para

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA - AL
145

> apuração dos eventuais prejuízos causados aos cofres públicos; 9.4.2. sistematize as informações relativas à empresa Natan Distribuidora de Gêneros Alimentícios Eireli–ME, manifestando-se quanto à abertura do devido contraditório, com vistas à aplicação da pena de inidoneidade de que trata o art. 46 da Lei 8.443/1992, ante os indícios de fraude à licitação; 9.5. encaminhar cópia deste acórdão à Consultoria Jurídica do Tribunal com vistas a viabilizar a prestação de informações tempestivas e atualizadas ao E. STF, na seara do Mandado de Segurança 35.851/PR, relator o E. Ministro Dias Toffoli. (TCU - RA: 01693520179, Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 08/08/2018, Plenário)

Como se observa no julgado, nas contratações públicas da Administração deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Assim, para o cumprimento do que determina a Lei Complementar, a Administração Pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME/EPP nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80 mil. Ainda, poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte. E também deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Com isso, inicialmente, o TCU fixou que a aplicação da cota de 25% destinada à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte em certames para aquisição de bens de natureza divisível, não está limitada à importância de R$ 80 mil. Além disso, destacou que é possível que sejam distintos os preços praticados para um mesmo produto pelas MEs e EPPs e as empresas que disputam as cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o preço de referência definido pela Administração, o qual deve sempre refletir os valores praticados no mercado.

Além disso, o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes nos ensina que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a possibilidade de dar tratamento jurídico favorecido, diferenciado e simplificado para empresas de pequeno porte, e a LC nº 123/2006

PREFEITURA MUNICIPAL
DE ÁGUA BRANCA - AL
146

concretizou, mediante regras objetivas, tais preceitos constitucionais. Em outras palavras, o pregoeiro e a Comissão de licitação têm ao seu alcance a possibilidade de utilizar o procedimento licitatório também como fonte geradora de emprego e renda para a sociedade.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, opinamos no sentido de que o objeto em questão pode ser adquirido mediante a modalidade pregão, desde que seja exclusivamente para aquisição de bens e prestação de serviços comuns cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Após análise da Minuta do Edital do Pregão Eletrônico e Minuta do Contrato, referentes ao **Procedimento Licitatório nº 04/2021**, entendemos que as mesmas encontram-se aptas a produzirem seus devidos efeitos. Aparentemente as regras e normas previstas no edital não afrontam, em tese, os princípios licitatórios.

Por derradeiro, cumpre salientar que a Procuradoria emite parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, além disso, este parecer é de caráter meramente opinativo, não vinculando, portanto, a decisão do Gestor Municipal (TCU, Acórdão nº 2935/2011, Plenário, Rel. Min. WALTON ALENCAR RODRIGUES, DOU de 17/05/2011). Como diz JUSTEN FILHO (2014. p. 689) "o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica", ou seja, o gestor é livre no seu poder de decisão.

É o parecer. Salvo Melhor Juízo.
Água Branca - AL, 18 de fevereiro de 2021.

RICARDO ELOY LIMA DANTAS
Procurador Geral do Município
Portaria nº 17/2021
OAB/AL Nº 12.843