

PARECER Nº 028-2022/AJUR-FMAE

PROCESSO Nº 093/2022- FMAE

ASSUNTO: Análise sobre **dispensa de licitação** para aquisição de gêneros alimentícios perecíveis em decorrência de rescisão do contrato nº 017/2022 por remanescente de fornecimento.

SOLICITANTE: PRESIDENCIA

Senhora Presidenta,

I-SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de análise sobre a regularidade de **dispensa de licitação para aquisição de gêneros alimentícios perecíveis em decorrência de rescisão do contrato nº 017/2022 por remanescente de fornecimento no processo nº 093/2022-FMAE**, com minuta de contrato constando já dos autos. O referido processo foi iniciado em decorrência do Memo nº 024/2022-DEAD/FMAE, explicando a necessidade de aquisição para abastecer as unidades escolares com os gêneros alimentícios, objetos do contrato nº 017/2022, rescindindo nos termos do processo 064/2022-FMAE. A dispensa foi justificada e comunicada à presidência, autoridade competente, pelo Departamento de Administração a partir do Memo nº. 025/2022-DEAD/FMAE.

Com este relatório, passa-se a análise jurídica.

II-DO DIREITO E MÉRITO

A presente análise da AJUR/FMAE se dá nos termos do art. 37 da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/1993. Esta análise diz respeito, especificamente, de dispensa de licitação para **dispensa de licitação para aquisição de gêneros alimentícios perecíveis em decorrência de rescisão do contrato nº 017/2022 por remanescente de fornecimento no processo nº 093/2022-FMAE** referente aos itens mencionados no Termo de Referência constante do processo Pregão Eletrônico nº 050/2021-PMB/FMAE para aquisição de alimentos perecíveis e na Ata de Registro de Preços nº 017/2021.

Deve ser considerada, primeiramente, que a Fundação Municipal de Assistência ao Estudante - FMAE, é a Instituição da Prefeitura Municipal de Belém, responsável pela elaboração de cardápio, aquisição, armazenamento e distribuição dos gêneros alimentícios destinados à alimentação dos alunos da Rede Municipal de Ensino de Belém, mediante o Programa Nacional de Alimentação Escolar, de acordo com a Lei nº 11.947/2009 e Resolução do FNDE nº 6/2020, e para o cumprimento de suas atividades, realiza anualmente, processos licitatórios com a finalidade de garantir gêneros alimentícios perecíveis e não perecíveis, durante todo o ano letivo, de acordo com o cardápio elaborado pela equipe técnica de nutricionistas da Fundação e aprovado pelo Conselho de Alimentação Escolar - CAE, do município de Belém.

Após esse usual procedimento licitatório houve a devida contratação, contudo, a empresa vencedora da licitação solicitou reequilíbrio ou rescisão amigável do contrato por causa de caso fortuito pelos motivos expostos no processo 064/2022-FMAE. A FMAE optou por realizar rescisão por caso fortuito, visto que os eventos imprevisíveis alegados justificam que empresa não poderia cumprir o contrato nos mesmos termos, assim há conveniência na rescisão em consequência da onerosidade de um reequilíbrio, já que outra empresa na lista de classificação da licitação manifestou que realizaria o fornecimento nas mesmas condições oferecidas inicialmente pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao valor. Desta forma é necessário indicar o respaldo da dispensa baseada no artigo 24, XI, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como na Constituição Federal.

Em verdade as dispensas de licitação devem ser sempre medidas excepcionais, realizadas quando a Lei admite esta hipótese, visto que a regra geral deve ser a realização de licitação para compras feitas em contratos administrativos. No entanto, a própria Constituição menciona estas exceções em seu art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade

de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Essas ressalvas mencionadas pela carta magna são apresentadas pela Lei 8.666/93 em seu art. 24. Neste caso ora aqui analisado a situação se deve à dispensa excepcional prevista no inciso XI do art.24:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XI - na **contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual**, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido

Isto, pois pela justificativa apresentada, a dispensa proposta é consequência de rescisão ocasionada por um caso fortuito que impedia a manutenção do contrato a não ser que fosse realizado grande e oneroso reequilíbrio pela FMAE. Destaque-se que uma nova licitação impediria a fundação de cumprir seu compromisso com a alimentação escolar no município de Belém no próximo período, pois não haveria tempo hábil para todo o processo ser realizado, já que o ano letivo está em andamento.

Importante destacar que a FMAE cumpriu todos os requisitos necessários à realização da licitação com antecedência, em tempo suficiente para que o contrato fosse plenamente cumprido, mas não o foi por motivo alheio a sua vontade. Assim, o fato de haver outra empresa constante da lista de classificação dessa licitação disposta a cumprir o remanescente do contrato, mesmo com as dificuldades reais alegadas pela vencedora em seu pedido de distrato, faz com que haja vantajosidade e conveniência para a FMAE em realizar a dispensa. Isto pois, a licitante vencedora não aceitando mais fornecer com as mesmas condições e valores, só poderia haver nova contratação por dispensa se esses termos fossem aceitos por outra licitante, não havendo obrigatoriedade de realizar este aceite. Este é o entendimento do TCU:

VOTO:

"O prejuízo ao erário apurado nestes autos tem origem na contratação para execução de remanescente de obra com base

em condições diversas daquelas que venceram o processo licitatório. Segundo o inciso XII do art. 24 da Lei 8.666/1993, é dispensável a licitação (destaques acrescidos) : "XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e **aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;**" É necessário observar que a referida hipótese de dispensa do procedimento licitatório estabelece, como requisito essencial, a manutenção das condições ofertadas pelo licitante vencedor, inclusive em seus aspectos econômicos. Não estão obrigados nem o gestor público a aproveitar o certame, nem os demais licitantes a aceitar os termos da proposta vencedora. No entanto, para legitimar a contratação direta, devem ser adotadas as condições vencedoras do processo concorrencial. As citações doutrinárias que fundamentaram a prolação da decisão 417/2002-Plenário (ata 13), registradas na instrução da Secob-1, são esclarecedoras e, por sua pertinência, transcrevo-as a seguir: "10. A respeito, observe-se que um dos princípios interpretativos aplicável do Direito Administrativo é exatamente o de que a Administração Pública age com desigualdade em relação aos administrados. Mas nesse caso específico, sequer há que se falar em desigualdade, uma vez que nas contratações realizadas com fulcro no art. 24, XI, da Lei nº 8.666/93 não se impõe qualquer obrigação ao contratado, sendo-lhe facultado aceitar ou não as condições requeridas pela Administração. 11. Nesse sentido, elucidativa é a lição de **Marçal Justen Filho: 'Os licitantes não são obrigados a aceitar a contratação, inclusive porque o contrato se fará nos termos de proposta formulada por terceiro'**. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., p. 253) . 12. Veja-se que o festejado

administrativista explicita que **o contrato se fará nos termos da proposta de terceiro, e não apenas pelo preço global daquele. E para que a proposta seja coerente, não se pode dissociar os preços unitários do valor total do empreendimento.** 13. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao tratar o assunto, leciona que 'a equação da proposta mais vantajosa não pode ser alterada com a contratação do licitante remanescente' (op. cit., p. 403). **Não existem dúvidas de que a alteração dos preços unitários implicaria na alteração da equação econômico-financeira vigente,** mormente quando se verifica que o regime de execução é o de empreitada por preços unitários. Ainda do nobre doutrinador, na mesma obra (p. 397) , extrai-se a seguinte lição: '... os licitantes remanescentes, se aceitarem, estarão vinculados à proposta do licitante classificado em primeiro lugar no certame; não só ao preço, como também a todas as condições ofertadas, integralmente. **A proposta que o licitante remanescente formulou à Administração será desprezada, não intervindo de qualquer modo no ajuste: ou ele aceita as condições ofertadas pela Administração, que estará balizada, repita-se, integralmente, pelas condições constantes da proposta do licitante vencedor, ou não. Inexiste qualquer possibilidade de negociação, acerto, conciliação ou alteração equivalente.**' 14. Também Carlos Pinto Coelho da Motta assinala que, se configurando a hipótese prevista no art. 24, XI, a contratação ocorrerá mediante a 'aceitação, pelo licitante classificado, das mesmas condições do adjudicatário anterior" (in Eficácia nas Licitações e Contratos, 8ª ed., p. 153). 15. **Observe-se que a norma poderia simplesmente prever a contratação do segundo classificado no certame, inclusive com os preços por ele ofertados - que, com a desistência do primeiro classificado, passariam a ser os melhores preços disponíveis. Não obstante, o legislador**

pretendeu conferir à Administração a possibilidade de contratar - ou no caso previsto no § 2º do art. 64, prosseguir com as obras ou serviços - nas exatas condições inicialmente obtidas. Nesse caso, ao licitante segundo colocado simplesmente é dada a opção de aceitar ou não a assunção integral da proposta formulada pela primeira colocada. Destaque-se: a assunção integral da proposta da primeira colocada! A proposta do segundo colocado é totalmente afastada. Somente dessa forma será cumprida a intentio legis." A contratação de remanescente de obra pressupõe que o proponente estudou a equação inicial antes de assinar o ajuste e analisou e aceitou uma proposta de preços baseada em dados que entendeu exequíveis em condições de equilíbrio econômico-financeiro. (TCU, Acórdão nº 552/2014-Plenário, TC 004.510/2002-9) .

Assim sendo, há comprovação nos autos de que há uma licitante interessada em cumprir os termos do artigo 24, XI, da Lei Federal nº 8.666/93. A FMAE realizou convocação antes mesmo da realização do distrato para analisar a conveniência do mesmo. Esse procedimento é orientado pelo item 71 do Parecer nº07/2014/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU citado pelo **PARECER n. 00058/2020/CJU-TO/CGU/AGU** que dispõe:

não há na Lei a previsão da necessidade de que se formalize a extinção do contrato anterior para que só depois se inicie o procedimento para a contratação do remanescente. A tramitação concomitante da extinção do contrato em vigor e da nova contratação evita solução de continuidade, permitindo um melhor planejamento, quando isso for possível.

Neste sentido, a resposta obtida pela FMAE foi que o segundo colocado, no Pregão Eletrônico nº 050/2021-PMB/FMAE, para o fornecimento do item 12, foi solicitado a fornecer o produto e declinou do pedido; que o segundo colocado, para o fornecimento do item 17, foi solicitado a fornecer o produto e declinou do pedido; que o

segundo colocado para o fornecimento dos itens 09, 15, 16, e 18, foi solicitado a fornecer os produtos e aceitou o pedido, em conformidade com os preços estabelecidos no contrato nº 017/2022; e por fim, o terceiro colocado para o fornecimento dos itens 12 e 17, foi solicitado a fornecer os produtos em conformidade com os preços estabelecidos no contrato nº 017/2022. Assim há como garantir o fornecimento de todos os itens do contrato rescindido por meio de uma dispensa.

O novo contrato, porém, sendo relacionado a um remanescente de fornecimento não cumprido, não pode ir além do que estava contido no instrumento rescindido. Por este motivo deve a administração avaliar quantitativamente o que foi fornecido e o tempo em que esteve vigente o contrato anterior, para subtrair isto de uma nova relação contratual, permanecendo só o remanescente, tanto em relação ao prazo, quanto em relação aos itens a serem fornecidos.

Assim sendo, é **plausível** a utilização da **dispensa** para manutenção da função da fundação em relação a alimentação escolar da rede municipal de Belém. Vale explicar também que a minuta do contrato está adequada aos preceitos dos art. 54 e 55 da lei de licitações, onde estão os requisitos necessários à realização dos contratos administrativos.

Portanto, após a análise do Controle Interno desta fundação, a qual deve averiguar a regularidade da documentação comprobatória dos requisitos contratuais, e se houver a realização dos procedimentos contidos no Decreto Municipal nº 75.004/2013, não haverá irregularidades que impeçam a possibilidade da presente dispensa.

II-CONCLUSÃO

Pelo exposto, opina-se que **não há óbice jurídico** à realização da dispensa de Licitação para a contratação constante do **Processo nº 093/2022-FMAE**, pois está fundamentada no artigo 24, XI, da Lei Federal nº 8.666/93. Destaque-se, contudo, que o parecer desta AJUR não é vinculativo às ações do gestor desta Fundação, em virtude de ser meramente consequência de ato administrativo consultivo, podendo a Presidência da FMAE optar por entendimento diverso ou até mesmo contrário ao disposto nesta peça para melhor atender ao interesse público.



É o parecer,

S.M.J.

Belém (PA), 06 de Junho de 2022

JOSÉ AUGUSTO EWERTON DE SOUSA

OAB/PA nº 16332