



Parecer nº 043/2018-CJL/CMS

Consulente: Setor de Licitações e Contratos. Câmara Municipal de Santarém

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo licitatório na modalidade Pregão Presencial com vistas à aquisição de 01 (um) veículo, tipo de veículo Camionete, Pick-Up, 4X4, diesel, automática, emplacada e acessórios para atender as necessidades da Câmara Municipal de Santarém.

Os autos, contendo 1 (um) volume foram regularmente formalizados, tendo sido instruídos com os seguintes documentos, no que importa à presente análise:

- a) Solicitação de abertura de processo licitatório, fl. 001;
- b) Despacho autorizando pesquisa de preço para início de procedimento licitatório, fl. 002;
- c) Planilha dos materiais objeto do procedimento, fl. 002;
- d) Pesquisa de preços praticados pelo mercado do ramo do objeto da licitação, fls. 003/014;
- e) Declaração de existência de créditos orçamentários, fl. 017;
- f) Termo de reserva orçamentária, fl. 018;
- g) Declaração de adequação orçamentária e financeira, fl. 019;
- h) Autorização da autoridade competente para abertura da licitação, fl. 020;
- i) Autuação do processo administrativo, fl. 021;
- j) Termo de Referência, fl. 022/029;
- k) Designação de pregoeiro e equipe de apoio, fl. 030;
- l) Edital e anexos, fls. 032/054;

Na sequência, o processo foi remetido a esta Coordenadoria, para a análise prévia dos aspectos jurídicos da minuta de edital elaborada, prescrita no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

É o breve relatório. Em análise da documentação encaminhada, cumpre elaborar as seguintes considerações.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA

O pregão consiste em modalidade de licitação instituída pela Lei nº 10.520/2002, para a aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Nos termos do parágrafo único do art. 1º do referido diploma legal¹, são considerados bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Nesse contexto, é possível perceber um conceito aberto, sendo inviável o estabelecimento de um rol taxativo de todos os bens e serviços comuns. Na lição de Marçal Justen Filho, *“bem ou serviço comum é aquele que se encontra disponível a qualquer tempo num mercado próprio e cujas características padronizadas são aptas a satisfazer as necessidades da Administração Pública”*².

Logo, o conceito (indeterminado) de *“bem ou serviço comum”* possui as seguintes características básicas: disponibilidade no mercado (o objeto é encontrado facilmente no mercado), padronização (predeterminação, de modo objetivo e uniforme, da qualidade e dos atributos essenciais do bem ou do serviço) e casuísmo moderado (a qualidade “comum” deve ser verificada em cada caso concreto e não em termos abstratos).

Vê-se, inclusive, ser imperioso ressaltar que o caráter comum do bem ou serviço a ser adquirido pela modalidade pregão deve ser atestado pelo órgão técnico, e não pelo órgão jurídico, cuja atribuição restringe-se à análise do devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável.

No caso em tela, esta Coordenadoria não logrou êxito em localizar o atestado técnico da autoridade competente, no sentido de declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão. Assim, por se encontrar pendente a expressa manifestação sobre a natureza comum dos objetos a serem adquiridos, como condição para a admissão do pregão como modalidade licitatória, recomenda-se a regularização do feito quanto a este aspecto.

2.2 DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A REALIZAÇÃO DO PREGÃO

O pregão é regido pela Lei nº 10.520/2002 e, subsidiariamente, Lei nº 8.666/93.

¹ Art. 1º da Lei nº 10.520/2002: Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 37.

Os requisitos a serem observados na fase preparatória da licitação foram estabelecidos no art. 3º da Lei nº 10.520/2002, que assim dispõe:

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.

A seguir, passa-se ao cotejo entre estas exigências legais e a instrução dos autos, no intuito de verificar a regularidade jurídica do caso em exame, ou, se for o caso, apontar as providências que ainda devem ser adotadas pela Administração.

2.2.1 Da justificativa da contratação/aquisição

Sobre a justificativa da necessidade da aquisição, extrai-se também, da legislação de regência, tratar-se de ato atribuído à autoridade competente (ou, por delegação de competência, ao ordenador de despesa ou, ainda, ao agente encarregado da contratação no âmbito da Administração), a quem cabe indicar os elementos técnicos fundamentais que o apoiam.

Nos autos, a justificativa da contratação, com exposição da sua motivação, foi vazada no Termo de Referência, no qual consta, às fls. 022:

3. JUSTIFICATIVA DA CONTRATAÇÃO

(...) A necessidade AQUISIÇÃO DE 01 (UM) VEÍCULO, TIO DE VEÍCULO, CAMIONETE, PICK-UP, 4X4, DIESEL, AUTOMÁTICA, EMPLACADA, E ACESSÓRIOS PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTARÉM, se faz necessária visto que esta Casa Legislativa não detém contrato de prestação desta natureza suficiente para atender suas demandas, fato que prejudica o planejamento e a aquisição destes materiais/bens/serviços imprescindíveis no desenvolvimento das funções.

Verifica-se ainda, às fls. 030, a anuência da autoridade competente à justificativa apresentada encontra-se, de modo que se pode considerar atendida a exigência normativa neste quesito, ao menos no que tange aos seus aspectos jurídico-formais.

Convém lembrar que a teoria dos motivos determinantes preconiza que os atos administrativos, quando motivados, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Até mesmo sua validade dependerá da efetiva existência dos motivos apresentados. Recomenda-se, por isso, especial cautela quanto aos seus termos, que devem ser claros, precisos e corresponder à real demanda deste Poder Legislativo, sendo inadmissíveis especificações que não agreguem valor ao resultado da contratação, ou superiores às necessidades da Câmara Municipal de Santarém, ou, ainda, que estejam defasadas tecnológica e/ou metodologicamente.

A Lei nº 10.520/2002 (art. 3º, I) determina também que a autoridade competente estabeleça as exigências de habilitação/qualificação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do futuro contrato, tendo sido estes quesitos atendidos.

2.2.2 Do Termo de Referência e da definição do objeto

Em atendimento à exigência legal, foi juntado nos autos o Termo de Referência afeto à aquisição ora pretendida, tendo sido este devidamente subscrito pela autoridade competente.

Nos autos, percebe-se a consonância entre o objeto detalhado pela área requisitante e aquele definido pela autoridade competente, constante no Edital.

Para a licitude da competição, impende também que a definição do objeto, refletida no Termo de Referência, corresponda às reais necessidades da Câmara, evitando-se detalhes excessivos, irrelevantes ou desnecessários, capazes de conduzir à limitação da competitividade do certame.

Registre-se que não incumbe à Coordenadoria avaliar as especificações utilizadas, dado o seu caráter eminentemente técnico, recomendando-se à Administração que verifique o cumprimento deste requisito, atentando-se, rigorosamente, aos termos do art. 3º, III, da Lei nº 10.520/2002 e art. 3º da Lei nº 8.666/1993, limitando-se a efetuar restrições a quaisquer produtos e/ou serviços, quando sejam imprescindíveis para garantir a escolha da melhor proposta para a Administração, as quais devem ser devidamente amparadas em justificativas técnicas.

Imprescindível, ainda, observar a vedação à preferência de marcas, inserta nos arts. 15, § 7º, I, no sentido de que, quando o objeto incluir bens e/ou serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, faça constar do processo a competente justificativa técnica, consoante o disposto no parágrafo 5º do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, inclusive, o Termo de Referência afeto à contratação ora pretendida encontra-se acostada aos autos, constando sua assinatura pela autoridade competente.

Convém, por fim, lembrar que o art. 7º, § 4º da Lei nº 8.666/93, veda a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades. Em atenção ao preceito legal, a correta definição do objeto impõe a apresentação dos quantitativos estimados para a licitação, de forma justificada, mesmo que sucintamente.

2.2.3 Da pesquisa de preços e do orçamento estimado

A especificação clara e precisa do objeto, bem assim de todos os elementos que o caracterizam (quantidades, metodologia e tecnologia a serem empregados, critérios ambientais, etc.), possibilita a adequada pesquisa dos preços, imposta pelo nosso ordenamento jurídico.

A cotação de preços deve ser ampla e atualizada, de modo a refletir, efetivamente, a realidade do mercado. Para tanto, orienta-se que a Administração obtenha, no mínimo, três cotações válidas. Se não for possível, deve consignar a justificativa nos autos.

Alerta-se, porém, que o atendimento à orientação nem sempre é suficiente para fixar um parâmetro de preços aceitável. Falhas comuns são a limitação ao universo de empresas pesquisadas e a cotação dos preços praticados no varejo, quando o volume da contratação permitiria eventual ganho de escala, com redução dos preços obtidos.

Assim, para evitar distorções, além de realizar pesquisa que seja adequada às características do objeto licitado e tão ampla quanto a característica do mercado recomende, é salutar que a Administração busque ampliar sua base de consulta através de outras fontes de pesquisa, tais como bases de sistemas de compras e avaliação de contratos recentes ou vigentes.

Ademais, vale asseverar que a adequada pesquisa de preços é essencial para aquilatar o orçamento da contratação, sendo imprescindível para a verificar a existência de recursos suficientes para acobertá-la.

Serve, também, para afastar o risco de limitação ou ampliação indevida da participação no certame, uma vez que o valor contratual estimado é determinante para definir se a licitação deve ser destinada exclusivamente às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas.

A propósito do orçamento estimativo, é recomendável que a Administração faça constar do edital do pregão as planilhas que o detalham, constando os preços unitários considerados, ou a informação do local onde os interessados poderão obtê-las, em observância ao princípio da publicidade. Ressalta-se que tais planilhas devem ser obrigatoriamente acostadas no processo administrativo, o que fora feito.

No caso vertente, a pesquisa de preços e os orçamentos apresentados amoldam-se aos critérios exigidos, quanto aos seus aspectos formais.

2.2.4 Das Exigências de Habilitação

A Lei nº 10.520/02 determina que a habilitação far-se-á com a verificação de que *“o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira”*.

Como se pode perceber da análise do edital, atendeu a Administração aos requisitos supra.

2.2.5 Dos critérios de Aceitação das Propostas

Outra exigência da Lei nº 10.520/2002 é que a autoridade competente defina os critérios de aceitação das propostas feitas pelos licitantes (art. 3º, I).

Do exame da minuta de edital, verifica-se satisfeita a recomendação tocante aos critérios de aceitação das propostas.

2.2.6 Da Previsão de existência de recursos orçamentários

A Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente aos pregões, estabelece que a realização de licitação depende da previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma. A declaração de disponibilidade orçamentária e financeira, com indicação de rubrica específica e suficiente, foi acostada aos autos.

2.2.7 Autorização para a abertura da licitação

Superadas as etapas relativas ao planejamento da contratação, como a definição do objeto e a indicação do recurso próprio para a despesa, torna-se possível ao gestor avaliar a oportunidade e a conveniência de se realizar a contratação.

Caso conclua por deflagrar a licitação pretendida, deve emitir a autorização para a abertura da licitação, tendo sido tal exigência cumprida à fl. 020.

2.2.8 Designação do Pregoeiro e Equipe de Apoio

Para a realização da licitação, a autoridade competente deve designar um pregoeiro, dentre os servidores da Câmara Municipal, cujas atribuições incluem 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. Anote-se que o servidor designado deve ter realizado capacitação específica para exercer a atribuição.

Nos autos, consta portaria de designação do pregoeiro (Portaria nº 202/2018-DAF-DRH), fls. 030, em atendimento à prescrição legal. Também deve ser designada pela Administração da Casa uma equipe para apoiar o pregoeiro em suas atividades, integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente da Câmara Municipal de Santarém.

Percebe-se preenchido o requisito citado, uma vez que este é atendido por meio da mesma portaria acima indicada. Contudo, resta saber se a maioria dos servidores ali indicados detém cargo efetivo neste Poder Legislativo, o que foge da alçada desta Coordenadoria.

Assim, recomendável que a Administração, caso necessário, proceda à adequação da composição às exigências legais dos membros da equipe de apoio para fins de atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 10.520/2002 (*Lei do Pregão*):

Lei nº 10.520/2002

Art. 3º (...)

§ 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.

2.2.9 Do Edital e seus Anexos

O processo licitatório deve ser instruído com a minuta de edital e seus anexos, dentre os quais a minuta do contrato, no que pese os autos em análise, já consta no processo licitatório O EDITAL Pregão Presencial nº 009/2018, fls. 032/043, já devidamente assinado digitalmente pelo pregoeiro nomeado, bem como os anexos.

Em análise detida de tais documentos, evidenciou-se a necessidade de alteração ou revisão.

No mais, encontra-se pendente de regularização, inserção ou revisão no edital o seguinte:

- a) Inserir Portaria de nomeação do Fiscal do Contrato, com respectiva ciência da função designada;
- b) Prazo de entrega do objeto no edital, precisa estar de acordo com o prazo estabelecido no Termo de Referência;
- c) Retirar do Termo de Referência os itens 20.8.21 á 20.8.27 (fl. 027), por se tratar de cláusulas relacionadas a outro objeto diverso ao presente em análise;

- d) Esclarecer no Edital o disposto legal inserto no texto do Item 17.1.2, devendo esclarecer o mencionado artigo;
- e) Retificar o Item 2.2, Cláusula Segunda, do anexo III, da minuta do contrato;
- f) Os prazos de entrega do objeto na minuta do contrato, deverão estar de acordo com os prazos estabelecidos nos Termo de Referência e Edital;
- g) Identificar o prazo de vigência do contrato;
- h) Inserir na minuta do Contrato, anexo III, as CLÁUSULAS DE FISCALIZAÇÃO E ACOMPANHAMENTO DO CONTRATO, com a devida identificação do Fiscal do Contrato designado para tal função;
- i) Previsão quanto a compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; (art. 40, XIV, “d”, da Lei nº 8.666/93);

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente à fundamentação acima realizada, a proposição está em condições de ser aprovada, desde que observadas as recomendações dispostas no presente parecer.

Por fim, ressaltamos que a atividade consultiva de exame e aprovação de minutas de editais e contratos é prévia, consoante art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.

Dessa maneira, não integra o fluxo consultivo a fiscalização posterior de cumprimento de recomendações feitas na manifestação jurídica. Com efeito, é ônus do gestor a responsabilidade por eventual conduta que opte pelo não atendimento das orientações jurídicas.

É o parecer, ora submetido à apreciação superior.

Santarém, 19 de novembro de 2018

ALEXANDRE NASCIMENTO LOPES
Coordenador Jurídico Legislativo
Câmara Municipal de Santarém
OAB/PA 9.424