

PARECER JURÍDICO

ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL DO PROCESSO LICITATÓRIO Nº. 009/2021, PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 005/2021, DE ACORDO COM O DISPOSTO NA LEI Nº. 10.520/02, NO DECRETO Nº. 10.024/19, CUMULADO SUBSIDIARIAMENTE COM A LEI Nº. 8.666/93 E SUAS RESPECTIVAS ALTERAÇÕES.

RELATÓRIO

O Secretário de, através do expediente, datado de 15 de março de 2021, solicitando a abertura do processo licitatório, vindo a esta Assessoria Jurídica da Procuradoria Geral do Município, para visto e parecer quanto à legalidade dos termos contidos na minuta do Edital e seus anexos do referido processo licitatório.

O objeto do certame licitatório consiste na **Contratação de empresa especializada no fornecimento de combustíveis (gasolina comum, diesel s10 e etanol), destinados ao abastecimento dos veículos (próprios e terceirizados) que compõem a frota do município da Gameleira, por meio de percentuais de desconto, que incidirão sobre os preços dos combustíveis, pesquisados e divulgados pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, conforme detalhamentos e especificações constantes do Anexo I do Edital.**

Considerando a solicitação realizada assinada pelo ordenador de despesas, acompanhado da documentação abaixo descrita para andamento do processo licitatório.

Encaminhado para análise o processo em epígrafe, com as seguintes documentações:

- 1- Expediente, datado de 12/03/2021, da lavra do Secretário Municipal de Infraestrutura, solicitando a abertura de processo licitatório;
- 2- Termos de referências e seus anexos;
- 3- Cotações do objeto a ser licitado e planilha comparativa de preços;
- 4- Autorização da autoridade competente;
- 5- Portaria nº 058/2021, de 04/01/2020;
- 6- Minuta do Edital e seus anexos.

Sendo estes os documentos apresentados para análise, passemos para a verificação dos aspectos da legalidade do processo, conforme preceitua o inciso VI, do art. 38, da Lei 8.666/93.

ANÁLISE JURÍDICA

O Edital proposto consiste em registro de preços para **Contratação de empresa especializada no fornecimento de combustíveis (gasolina comum, diesel s10 e etanol), destinados ao abastecimento dos veículos (próprios e terceirizados) que compõem a frota do município da Gameleira, por meio de percentuais de desconto, que incidirão sobre os preços dos combustíveis, pesquisados e divulgados pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, conforme detalhamentos e especificações constantes do Anexo I do Edital.**

Observa-se que o julgamento será pelo Maior Percentual de Desconto por Item, tendo como parâmetro “que incidirão sobre os preços dos combustíveis, pesquisados e divulgados pela ANP (Agência Nacional de Petróleo)”. Importante destacar que referido desconto não poderá ser inferior aos percentuais elencados no subitem 5.4 do edital em análise, sendo a avaliação da proposta.

Preliminarmente, antes de adentrarmos ao mérito, façamos uma breve análise quanto a justificativa apresentada pelos ordenadores de despesas no Termo de Referência, especificamente o item 12, quanto a não aplicação do tratamento diferenciado do regime de contratação com a administração pública introduzido nos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 147/2014.

A lei nº 123/2016 prevê algumas limitações às contratações diferenciadas, ou seja, preconiza algumas hipóteses em que afasta a aplicabilidade prevista nos artigos 47 e 48 da referida lei. Vejamos:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

I - (Revogado);

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Destarte, conforme leitura do dispositivo, vislumbramos três situações em que não aplicará as contratações diferenciadas.

Para o caso em tela, nos interessa o inciso II, onde preocupou-se em preservar uma das principais características do procedimento licitatório que é a competitividade. Assim, o número de licitantes local ou regional que estejam aptos a atender os requisitos do edital deve ser avaliado pelo órgão licitante antes de adotar a contratação pelo regime diferenciado, ou seja, na fase interna do procedimento licitatório. Corroboram ao entendimento os ensinamentos do respeitável mestre Sidney Bitencourt, *in verbis*:

“Avista-se que a intenção legislativa é certificar-se da ocorrência de efetiva competição entre micro e pequenas empresas, sediadas no local. Dessa maneira, a inexistência desse número de empresas dessa categoria demandará a substituição do regime de licitação comum, com a participação de todos os tipos de empresa (micro, pequena, média ou grande).” (BITENCOURT, Sidney. As licitações públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas. 2 ed. Ver. Ampl. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pág. 104).

Portanto, por não ter no mínimo três empresas no município e região com objeto social compatível com o segmento desta licitação, prevalece a ampla concorrência e competitividade, conforme argumentos trazidos a baila, tendo em vista que a licitação diferenciada para o objeto em tela impede a concorrência entre os licitantes e conseqüentemente a obtenção da proposta mais vantajosa.

Ato contínuo, no caso vertente, a Administração optou pelo sistema de registro de preços. A esse respeito, a Lei nº 8.666/1993, estabelece em seu art. 15, as seguintes disposições:

*Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
(...)*

II – ser processadas através de sistema de registro de preços;

§1º. O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§2º. Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§3º. O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I – seleção feita mediante concorrência;

II – estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III – validade do registro não superior a um ano.

Para regulamentação da contratação por registro de preços, foi editado o Decreto Federal nº 7.892/2013, que estabelece as hipóteses de contratação suscetíveis de serem processadas por esta sistemática.

Sobre o referido enquadramento, convém anotar que não há óbice quanto a adoção do SRP para a aquisição pretendida, em razão da obediência a legislação de regência, bem como os bens que se pretende adquirir são considerados comuns e a forma de entrega parcelada.

No mérito, a licitação na modalidade de Pregão Eletrônico destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, nele não há limites de valor estimado da contratação, sendo licitação de Maior Desconto por Item, além de concentrar todos os atos em uma única sessão, conjugando propostas escritas e os lances durante a sessão, e, por fim, mas não menos importante, possibilita a negociação entre o pregoeiro e o proponente que ofertou a proposta mais vantajosa, o que torna o procedimento muito célere e econômico para o município.

Como cediço, propicia, ainda para a administração pública os seguintes benefícios: economia, pois busca a melhor proposta de preço o que gera economia financeira; desburocratização do procedimento licitatório; e, rapidez, pois a licitação é mais rápida e dinâmica assim como as contratações.

A lei que regula o Pregão é a Lei de nº 10.520 de 17 de Julho de 2002, que institui no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Ao se analisar o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, pode-se observar que a obrigatoriedade de licitar é princípio constitucional, apenas sendo dispensada ou inexigida nos casos expressamente previstos em Lei.

O art. 37 da Constituição Federal do Brasil, em seu inciso XXI dispõe que:

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:

No inciso XXI:

Ressalvados os casos específicos 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.

Com efeito, segundo o art. 1º da Lei nº. 10.520/02, o pregão é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, que podem ser considerados aqueles cujos padrões desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Apesar da modalidade de licitação Pregão estar disciplinada pela Lei 10.520/2002, conforme dispõe o art. 9º da referida lei, subsidiariamente aplicar-se-á a Lei de nº 8.666/1993.

O Decreto 10.024/2019 estabelece a modalidade licitatória denominada pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns.

O artigo 1º §§1º e 4º do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, **regulamenta e torna obrigatória a utilização do pregão na forma eletrônica**, para aquisição de bens e serviços comuns, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

É o que preconiza o art. 1º do referido Decreto, cuja redação transcrevemos *in verbis*:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a licitação, na modalidade de pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

§1º A utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.

(...)

*§4º Será admitida, excepcionalmente, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a utilização da forma de pregão presencial nas licitações de que trata o **caput** ou a não adoção do sistema de dispensa eletrônica, desde que fique comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica.*

De acordo com o art. 2º do mesmo Decreto, o pregão eletrônico deverá ter respaldo em princípios fundamentais da administração pública, para sua eficácia.

Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.

Esta modalidade de licitação, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, possui como importante característica a celeridade nos processos licitatórios, minimizando custos para a Administração Pública e vem se consolidando como a principal forma de contratação dos Governos.

Outrossim, o processo licitatório reveste-se de uma série de requisitos próprios de qualquer processo administrativo, que devem ser observados sob o risco de padecer do vício de ilegalidade.

Destarte, o processo licitatório na fase preparatória, na modalidade PREGÃO ELETRÔNICO, deve-se observar os seguintes elementos:

- Valor estimado do objeto de acordo com as pesquisas elaboradas na fase preliminar do presente certame, demonstrada nos autos através de planilha demonstrativa de preços. (Art. 3º, XI do Decreto nº 10.024/19);
- A definição do objeto deverá ser precisa e suficientemente clara sem, contudo, ser excessiva e relevante ou desnecessária para não frustrar a competição, devendo estar constante no termo de referência. (Art. 3º, I do Decreto nº 10.024/19.);
- Elaboração do termo de referência pelo órgão requisitante e aprovação do termo de referência pela autoridade competente. (Art. 14, I e II do Decreto nº 10.024/19.);
- Edital com critérios de aceitação das propostas e definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, inclusive no que se refere aos prazos e às condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração. (Art. 14, III e IV do Decreto nº 10.024/19.);
- Designação do pregoeiro e de sua equipe de apoio (Art. 14, V do Decreto nº 10.024/19.).

Logo, o presente processo atende os requisitos obrigatórios acima elencados, respeitando a legislação pertinente ao caso, bem como os princípios que norteiam a modalidade adotada.

Não obstante, constam ainda: os prazos e condições para assinatura da ata do certame e contrato; as sanções para o caso de inadimplemento; as condições de participação das empresas e a forma de apresentação das propostas; os critérios de julgamento; o local, horários e formas de contato com o Departamento de Licitação para esclarecimento, protocolo de impugnações e recursos administrativos; prazos de entrega do objeto, condições de pagamento, critério de aceitabilidade das propostas de preço; critérios de reajustes; e, relação dos documentos necessários a habilitação sem restringir a competitividade.

As minutas da Ata de Registro de Preços e contrato estão em consonância com a legislação que orienta a matéria, trazendo em seu bojo as cláusulas exigidas.

Anote-se, por fim, que o Edital sob análise estabeleceu os prazos de conformidade com a modalidade adotada, fixados na legislação em vigor.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, após análise da minuta do Edital e seus anexos, verificamos que os mesmos atendem as exigências legais correlatas ao caso concreto, conforme demonstrado acima.

Assim, esta Assessoria Jurídica, nada tem a opor quanto o prosseguimento do Processo Licitatório nº 009/2021.

É o parecer.

Gameleira/PE, 15 de março de 2021.

Camilla Kenya Bezerra da Silva

Assessora Jurídica
OAB/PE nº 34.846

Eduardo Jorge de Melo Martins

Assessora Jurídica
OAB/PE nº 41.674