

PARECER JURÍDICO REFERENCIAL n.º 10.01/002/2023

- **Processo Administrativo n.º 10.00/005/2023**
- **Interessados:** Presidência; Gerência de Suprimentos e Licitações.
- **Assunto:** Atualização de parecer jurídico referencial. Padronização de minutas de Edital e de Contrato para as licitações pertinentes. Emissão de manifestação jurídica referencial para a tramitação dos processos licitatórios que preencherem os requisitos específicos.

PARECER JURÍDICO REFERENCIAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. BENS OU SERVIÇOS COMUNS. COM OU SEM REGISTRO DE PREÇOS. MENOR PREÇO.

1. O parecer jurídico referencial consiste em manifestação opinativa destinada a padronizar orientações sobre matérias idênticas e recorrentes no âmbito da Administração Pública, com vistas ao incremento da eficiência, da economicidade e da celeridade de expedientes e, ao fim e ao cabo, da própria capacidade gestora do Poder Público.

2. Aborda-se na presente peça os casos em que haja licitação realizada na modalidade do pregão eletrônico, destinado à aquisição ou à contratação de bens ou serviços comuns, com ou sem registro de preços, pelo critério do menor preço, nos termos abaixo avaliados.

3. Sendo o caso de preenchimento de todos os requisitos para a tramitação regular do certame licitatório, cabível a dispensa de parecer técnico-jurídico individualizado, desde que devidamente atestado pela Gerência de Suprimentos e Licitações de que o caso em específico se amolda às hipóteses e procedimentos padronizados na presente manifestação referencial e no processo administrativo respectivo, e com a conferência de conformidade dos documentos juntados neste feito.

I. RELATÓRIO

Maneja-se nestes autos de processo administrativo a padronização dos procedimentos referentes às licitações destinadas à aquisição ou à contratação de bens ou serviços comuns, por meio do regime do pregão eletrônico, com ou sem registro de preços, pelo critério do menor preço.

Desde a sua instauração, a partir da publicação da Portaria Administrativa n.º 10.00/005, de 23 de janeiro de 2023, havendo a juntada da minuta-padrão do Edital de abertura de licitações para os casos em comento, bem como dos respectivos Anexos que o acompanham, notadamente no que se

refere às minutas-padrão do Termo de Referência e do Contrato, vem-se buscando realizar uma ampla revisão das etapas internas do processo licitatório, até o momento da publicação do certame, de maneira a padronizar a tramitação das licitações pertinentes.

Assim, aludido processo administrativo fora encaminhado a esta Assessoria Jurídica para análise, avaliando-se os termos das sobreditas minutas e os procedimentos e expedientes essenciais dos certames em questão, a partir da emissão de manifestação jurídica opinativa referencial, que restou consubstanciada no **Parecer Jurídico Referencial n.º 10.01/001/2023**, padrão para a tramitação dos respectivos processos licitatórios que possuíssem identidade com os requisitos e hipóteses ali delineados.

Agora, busca-se a atualização das orientações anteriormente expedidas, com a inclusão de outros pontos importantes para os processos licitatórios da Companhia, de modo que o presente parecer jurídico trata, portanto, do mesmo objeto abordado no referido Parecer Jurídico Referencial 10.01/001/2023, prestando-se apenas à **atualização** dos seus termos.

II. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

II.a) Da padronização de procedimentos pela Administração Pública

A padronização de procedimentos administrativos é meio importante para a **consecução da eficiência, da economicidade e da celeridade** no âmbito da Administração Pública, dado o alto volume de trabalho com questões burocráticas existentes na lida diária dos agentes públicos competentes com o regime jurídico administrativo.

É também de se notar que, muitas vezes, dada a natural burocracia dos órgãos administrativos, há um gasto exagerado de tempo, por parte dos agentes públicos, na realização de serviços simples, repetitivos e idênticos, destituídos de qualquer complexidade jurídica que demande uma avaliação mais aprofundada sobre os casos eventualmente submetidos a análise, tempo que pode ser economizado a partir da adoção de procedimentos padronizados de tramitação.

Naturalmente, tal expediente pode trazer grande utilidade para a SAEG e, por consequência direta, para os municípios de Guaratinguetá, haja vista a essencialidade das atividades exercidas por esta Companhia no campo do saneamento básico, o que demanda, ainda mais, a concretização da eficiência no seu dia a dia prático. **Com uma maior desburocratização do procedimento e uma maior eficiência dos órgãos envolvidos nas contratações realizadas, haverá, logicamente, maior eficiência da própria atividade administrativa finalística exercida pela SAEG.**

Objetiva-se, com isso, que os órgãos internos responsáveis pela aquisição ou contratação de bens ou serviços possam imprimir maior celeridade à tramitação do processo de licitação, evitando-se a remessa desnecessária de autos licitatórios a esta Assessoria para análise jurídica – procedimento que, ao fim e ao cabo, em diversos casos, apenas ocasiona maior morosidade à sua tramitação, com o fim único de ratificação de orientações repetitivas já amplamente sabidas pelos gestores e funcionários responsáveis, em expedientes de mera conferência de dados e/ou documentos constantes dos autos. Paralelamente, sob outra perspectiva, este órgão de assessoria jurídica poderá dedicar maior tempo à

análise de assuntos que exijam maior reflexão e desenvolvimento de teses jurídicas, desonerando-se da elaboração de pareceres desnecessários e, como mencionado, que acabam por ser, muitas das vezes, repetitivos.

Além do mais, é de se ressaltar a proveitosa **segurança jurídica** que advém da padronização de procedimentos, tanto para a Administração Pública em si e para os seus agentes públicos, que terão maior segurança na prática dos atos administrativos de sua alçada, quanto para os munícipes eventualmente interessados em contratar com o Poder Público, que terão maior noção dos procedimentos necessários para tal, aos quais deverão se submeter em caso de efetiva contratação com a Administração.

Exatamente nesse sentido, a própria Lei 14.133/21, no § 5º do artigo 53, determina a dispensabilidade da análise jurídica individualizada nos casos de prévia padronização de minutas pela Administração Pública:

Art. 53. § 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

No âmbito das empresas estatais, o estatuto legal aplicável em matéria de licitação, a **Lei 13.303/16, em seu artigo 32, I**, determinou como **diretriz das licitações e contratos das estatais a “padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas”**.

Aludida diretriz foi repetida no **Regulamento de Licitações, Contratos e Convênios da SAEG (RILCC), em seu artigo 3º, I**, e, diante disso, foi publicada por esta Companhia a **Portaria Normativa n.º 10.00/001/2023, de 10 de janeiro de 2023**, regulamentando o procedimento administrativo destinado à padronização dos editais, contratos e expedientes nos processos licitatórios.

Em outros órgãos e entidades da Administração Pública brasileira, nos mais variados níveis federativos, este expediente já tem sido largamente adotado há tempos, vide o exemplo da Advocacia-Geral da União (AGU), que já possui regulamentação específica sobre a emissão de pareceres jurídicos referenciais desde o ano de 2014, quando foi publicada a Orientação Normativa n.º 55, com base em que são expedidos diversos pareceres referenciais pelos órgãos internos da AGU¹.

Ressalte-se que a iniciativa de padronização de minutas e expedientes e a respectiva emissão de manifestações jurídicas referenciais já foi, inclusive, analisada e chancelada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), conforme entendimento esposado no Acórdão n.º 2.674/2014, no sentido de

¹ A título de exemplo, colaciona-se aqui o repositório de pareceres referenciais da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em que constam diversas peças elaboradas por este órgão para situações análogas do âmbito administrativo: <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/consultoria-administrativa/pareceres-referenciais>>.

que “É possível a utilização, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de um mesmo parecer jurídico em procedimentos licitatórios diversos, desde que envolva matéria comprovadamente idêntica e seja completo, amplo e abranja todas as questões jurídicas pertinentes”².

A título de exemplo, também se menciona a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que procedeu à adoção consolidada da prática, a partir da regulamentação realizada por meio da Resolução PGE n.º 29, de 23 de dezembro de 2015.

Diante de todo o exposto, tem-se que a adoção de procedimentos e expedientes padronizados internamente por esta Companhia é prática benéfica, que inequivocamente contribui para uma melhor consecução dos fins a que a entidade se destina, **em atendimento às diretrizes legais e regulamentares aplicáveis às suas atividades.**

II.b) Do procedimento para padronização de minutas e orientações jurídicas

Isso posto, constatada a plena viabilidade jurídica na padronização ora visada, editou-se e publicou-se a referida Portaria Normativa n.º 10.00/001/2023, pelo que é regido o presente processo administrativo.

Assim, busca-se, com a elaboração deste parecer jurídico, a emissão de manifestação opinativa sobre o teor das **minutas de Edital, de Contrato e dos respectivos Anexos que os acompanham**, de modo que, a partir de uma análise única e referencial, seja possível o estabelecimento de orientações uniformes a todos os colaboradores envolvidos em eventuais processos de contratação que sigam os mesmos parâmetros ora debatidos.

Ressalta-se que o aperfeiçoamento deve ser expediente contínuo e constante na elaboração de manifestações jurídicas opinativas, de forma que o parecerista deve sempre estar em processo de absorção de novos conhecimentos, teses, ideias, procedimentos, entendimentos e, principalmente, de alterações legislativas que influam no objeto sobre o qual ele se debruça.

Dessa forma, **esta Assessoria Jurídica manterá o conteúdo do presente parecer referencial sempre atualizado, com a edição de novas versões toda vez que tal se fizer necessário para o acréscimo, supressão ou alteração de algum dos pontos abordados, para a sua devida adequação.**

II.c) Arcabouço legal e regulamentar aplicável às licitações nas estatais

O regime licitatório trazido pela Lei n.º 13.303/16, a despeito de suas questões ainda controversas na doutrina e na jurisprudência, introduziu tratamento diferenciado às licitações realizadas no âmbito das empresas estatais, com vistas a atender, notadamente, aos postulados da economicidade e da eficiência, inerentes ao caráter privado das entidades de direito privado da Administração Indireta, como é o caso da SAEG.

² TC n.º 004.757/2014-9, Acórdão n.º 2.674/2014, Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho, Julgamento em 08/10/2014.

Baseando-se nisso, tem-se que as **Leis n.º 13.303/16 e 10.520/02** devem ser aplicadas em conjunto, quando for o caso de utilização do procedimento na modalidade do pregão, presencial ou eletrônico, haja vista disposição expressa do art. 32, IV, daquela primeira Lei nesse sentido, devendo tal matéria ser disciplinada pelo regulamento específico da estatal, à maneira como determina o art. 40 da Lei 13.303/16, o que foi feito devidamente pelo **Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios desta Companhia (RILCC)**.

Assim sendo, devem os processos licitatórios da SAEG ser regidos, em sua parte geral, por referidas Leis, que tiveram suas normas compatibilizadas pelo RILCC, normativo este que, em síntese, delineou os procedimentos específicos aplicáveis às licitações realizadas pela SAEG e ainda compatibilizou as referidas legislações da forma como melhor aprouvesse à Companhia.

Neste contexto, é de se salientar que perde aplicabilidade, no âmbito das licitações desta Companhia, a Lei Geral de Licitações (Lei n.º 8.666/93), agora renovada pela Nova Lei n.º 14.133/21, **não havendo que se falar nem mesmo em uma suposta aplicação subsidiária genérica.**

Como bem delineado por boa parte da doutrina especializada e também por parte da jurisprudência administrativista relacionada às licitações, a Lei 13.303/16, por decorrer de imposição constitucional especificamente direcionada às empresas estatais, nos termos dos artigos 173, § 1º, III, e 22, XXVII, da Constituição da República, abarcando toda uma principiologia característica do regime jurídico das empresas estatais – notadamente marcada pelo caráter de direito privado a elas aplicável – destoa sobremaneira das diretrizes e normativas das Leis Gerais de Licitações aplicáveis aos entes da Administração Direta e Indireta regidos pelo caráter de direito público.

Este é o entendimento, por exemplo, de **Dawison Barcelos e Ronny Charles**, em exposição especializada sobre o tema:

A Lei nº 13.303/2016 nasce também em um cenário político tumultuado, o que gerou certo açodamento na conclusão do processo legislativo, mas busca conexão com as novas tecnologias e dar respostas ao apelo social por um Estado mais eficiente, inclusive nas intervenções propiciadas por suas estatais. Economicidade e eficiência são princípios que influenciaram sobremaneira o novo texto legal.

Não cabe ao aplicador do Direito desrespeitar essa incompatibilidade, forçando uma integração, por analogia, ou aplicação subsidiária de diploma normativo com base normogenética incompatível com a nova legislação.

[...]

Contudo, vale destacar: na maioria das aparentes lacunas, a aplicação subsidiária será incompatível e deve ser rejeitada, tendo em vista as relevantes diferenças, não apenas no texto

legal, mas também dos valores e objetivos que os fundamentaram.³

Marçal Justen Filho aduz, em outros termos, o mesmo ensinamento:

Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas.⁴

Destaca-se aqui o teor do **Enunciado 17 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**, em que se dispõe entendimento similar aplicável ao âmbito contratual, no sentido de que *“os contratos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei nº 13.303/16, não possuem aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93. Em casos de lacuna contratual, aplicam-se as disposições daquela Lei e as regras e os princípios de direito privado”*.

Quanto à Nova Lei Geral de Licitações (Lei 14.133/21), é mais tranquila ainda a sua inaplicabilidade, visto que ela mesma já traz em seu bojo previsão normativa expressa e clara nesse sentido, apenas consolidando o entendimento doutrinário e jurisprudencial aplicável ao caso:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

[...]

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei. (gn)

Naturalmente, com o fim da vigência da Lei 10.520/02, ter-se-á alguma aplicabilidade da Nova Lei de Licitações aos processos licitatórios realizados pela SAEG que tramitem especificamente no regime do pregão, em virtude de disposição expressa nesse sentido de ambas as leis, tanto da Lei 13.303/16 (*“Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...] IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, [...]”*) quanto da Lei 14.133/16 (*“Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011”*), o que não indica aplicação subsidiária genérica dessa última no âmbito das contratações desta Companhia, mas, tão somente, de algumas normas que forem referenciadas expressamente pela Lei

³ BARCELOS, Dawison; LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016**. Salvador: Editora Juspodium, 2018, p. 64.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. A contratação sem licitação nas empresas privadas. In: JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

13.303/16⁵ – e, no caso que interessa ao presente parecer, que tratem de particularidades do procedimento do pregão.

Diante de todo o exposto, é de se concluir que as licitações regidas pelos documentos, procedimentos e orientações ora padronizados neste processo administrativo recebem a aplicação das normas delineadas pela **Lei 13.303/16**, **Lei 10.520/02** e pelo **Regulamento Interno de Licitações, Contratos e Convênios da SAEG (RILCC)**, de modo que a análise de legalidade manifestada neste parecer jurídico terá como referência as normas supramencionadas e levará em conta a compatibilidade dos certames licitatórios iniciados a partir de então com tal referencial normativo.

II.d) Da facultatividade da presente manifestação jurídica

Nessa esteira, observa-se que nenhuma das duas Leis regentes do presente procedimento licitatório, seja a Lei 13.303/16, seja a Lei 10.520/02, impôs às estatais a obrigatoriedade de manifestação jurídica prévia com vistas ao controle de legalidade do procedimento, como é o caso das Leis 8.666/93 e 14.133/21.

Mais uma vez, colaciona-se no presente parecer o ensinamento de Ronny Charles e Dawisson Barcelos:

A Lei nº 13.303/2016 não se reporta ao procedimento de prévia e obrigatória aprovação de minutas de editais, pela assessoria jurídica, step de controle previsto expressamente pela Lei nº 8.666/1993.

Essa omissão não parece ter sido despropositada ou fruto de mero esquecimento, mas uma opção legislativa expressa por retirar, como regra geral, esse passo de controle burocrático, pelo órgão de assessoria jurídica, como ato obrigatório.⁶

Isso posto, depreende-se que a presente manifestação jurídica opinativa tem caráter facultativo, ante a inexistência de previsão legal acerca da necessidade de sua lavratura, sendo proferida a critério do gestor público em questão, no intuito de se ter a melhor instrução dos feitos licitatórios abarcados pelas orientações constantes no presente processo administrativo e de forma a gerar a maior segurança jurídica possível na sua tramitação.

II.e) Limites e alcance do parecer jurídico

Conforme sobredito, a análise jurídica aqui realizada se restringe tão somente ao aspecto

⁵ Ressalte-se que, além dessa aplicação subsidiária da Nova Lei de Licitações, somente haverá que se falar novamente em aplicação subsidiária da Lei 14.133/21 para as empresas estatais no caso de desempate entre licitantes, visto que a Lei 13.303/16 também faz menção expressa à Lei 14.133/21 nessa hipótese ("Art. 55. Em caso de empate entre 2 (duas) propostas, serão utilizados, na ordem em que se encontram enumerados, os seguintes critérios de desempate: [...] III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993").

⁶ BARCELOS, Dawisson; LOPES DE TORRES, Ronny Charles. **Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016**. Salvador: Editora Juspodium, 2018, p. 66.

da **legalidade**, no tocante ao devido trâmite dos procedimentos relativos à fase interna dos pregões eletrônicos destinados à aquisição ou à contratação de bens ou serviços comuns, de padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente identificados por meio de especificações usuais de mercado, com ou sem registro de preços, pelo critério do menor preço, principalmente no que se refere às minutas do Edital de abertura e do Contrato anexas, de acordo com os documentos encaminhados pelo ilustre Diretor Presidente e pela zelosa Gerência de Suprimentos e Licitações da SAEG a esta Assessoria.

Dessa forma, portanto, incabível a utilização deste parecer referencial em licitações que tramitem pelo rito do pregão presencial ou outro, que não o pregão eletrônico.

Destaca-se que a presente padronização não exclui a possibilidade de consulta a esta Assessoria Jurídica caso haja qualquer dúvida sobre alguma das orientações aqui enunciadas, sua correta forma de aplicação prática, sua interpretação, etc., de modo que este órgão está à total disposição de eventuais consultantes. Da mesma forma, também é plenamente cabível a consulta a esta Assessoria sobre questões outras acerca das quais eventualmente parem dúvidas jurídicas específicas, que devam ser sanadas para a regular tramitação do processo licitatório, nos termos do art. 6º da Portaria Normativa n.º 10.00/001/2023.

III. ANÁLISE JURÍDICA

III.a) Do pregão eletrônico

O rito do pregão eletrônico, regido pela Lei 10.520/02, foi adotado pelo **Regulamento Interno de Licitações, Convênios e Contratos desta Companhia (RILCC)** como **preferencial** para os casos de aquisição ou contratação de bens ou serviços comuns, conforme se depreende dos seus arts. 3º, IV, e 25:

Art. 3º - Nas licitações e contratos de que trata este Regulamento Interno serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

IV. Adoção preferencial do rito procedimental da modalidade de licitação denominada Pregão, instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado; (gn)

Art. 25 - As licitações da SAEG, preferencialmente eletrônicas, poderão ser processadas com base nos seguintes procedimentos:

I. Licitação pelo rito da modalidade Pregão, presencial ou eletrônico;

II. Licitação pelo modo de disputa aberto;

III. Licitação pelo modo de disputa fechado.

Parágrafo único. Para a contratação de bens e serviços comuns, assim entendidos aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, a licitação pelo rito da modalidade de pregão instituída pela Lei nº 10.502/02 é preferencial, podendo ser substituída pelos demais procedimentos mediante justificativa.

Diante disso, depreende-se que o regime do pregão eletrônico somente não será utilizado, nos casos de aquisição ou contratação de bens ou serviços comuns, quando houver justificativa plausível e de caráter excepcional que imponha ao gestor a concepção de que, de fato, a utilização de rito procedimental diverso (pregão presencial ou alguma das outras modalidades previstas na Lei 13.303/16) será melhor à consecução dos fins perseguidos, considerando-se as peculiaridades de cada caso.

Nesse sentido, via de regra, **somente poderá ser escusada a modalidade licitatória do pregão, presencial ou eletrônico, nas aquisições ou contratações que visem a bens ou serviços que não sejam caracterizados como comuns**, nos termos das definições colacionadas acima.

Quanto a isso, utiliza-se a definição do art. 3º, III, do Decreto Federal nº 10.024/19, que define os **bens ou serviços especiais** como aqueles “*bens que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade técnica, não podem ser considerados bens e serviços comuns, nos termos do inciso II*”.

No que se refere à eventual realização do certame por meio presencial, optando-se pela não utilização do meio eletrônico, tal somente deverá se dar nos casos em que haja fundamentos nesse sentido, em benefício de alguma necessidade da contratação ou de uma melhor seleção do objeto que se pretende contratar, dadas as peculiaridades da aquisição ou contratação – por exemplo, em casos de inviabilidade técnica de realização da licitação pelo meio eletrônico, em casos que demandem a prestação presencial do serviço ou o comparecimento presencial do licitante contratado de alguma forma, etc.

Assim, no caso de aplicação de qualquer uma das excepcionalidades supramencionadas – não utilização da (i) modalidade do pregão e/ou do (ii) meio eletrônico – é importante que exista uma fundamentação adequada dos responsáveis pela tramitação do processo licitatório em questão nesse sentido, com a efetiva aplicabilidade ao caso concreto das definições ora delineadas, de maneira que o **pregão eletrônico deve ser a regra das licitações para aquisição ou contratação de bens ou serviços comuns por esta Companhia**, às quais aplicáveis o quanto aqui exposto, quando for utilizado o critério de menor preço.

III.b) Do sistema de registro de preços

O sistema de registro de preços pode ser definido como o “*sistema de compras pelo qual os interessados em fornecer materiais, equipamentos ou gêneros ao Poder Público concordam em manter os valores registrados no órgão competente, corrigidos ou não, por um determinado período e*

a fornecer as quantidades solicitadas pela Administração no prazo previamente estabelecido”⁷.

Tal se caracteriza pela necessidade de consignação em ata dos preços eventualmente apurados em processo licitatório, sendo preferencialmente adotado quando (i) “*pelas características do bem, obra ou serviço e da demanda da SAEG houver necessidade de contratações frequentes*”, (ii) “*for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de obras ou serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa*”, (iii) “*for conveniente a aquisição de bens, a contratação de obras ou serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo*” ou quando (iv) “*pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela SAEG*”, nos termos do art. 131 do RILCC.

Em suma, há uma **necessidade de não aquisição/contratação imediata dos bens ou serviços licitados**, em virtude de alguma peculiaridade ou incerteza que confere aos organizadores do certame a ideia de que será melhor ao interesse público perquirido a consignação em ata dos preços aferidos, para futura(s) e eventual(is) contratação(ões). Assim, cabe destacar que a efetiva contratação do objeto conforme registrado na respectiva ata não é obrigatória e diz respeito a uma estimativa inicialmente feita pela entidade contratante, conforme discricionariedade pertinente ao caso.

Assim sendo, de maneira geral, o entendimento prevalente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) impõe como requisitos para a utilização deste procedimento a (i) **eventualidade do fornecimento** e a (ii) **imprevisibilidade da demanda**, de forma que tal procedimento deve ser evitado para o registro de preços de “*produtos e serviços afetos a atividades públicas que se desenvolvem diariamente e em quantidades suscetíveis de prévia estimativa. Ou seja, objetos passíveis de quantificação e entrega em período certo e/ou previsível*”⁸.

Em razão dessa característica de determinada incerteza do sistema de registro de preços é que se entende pela **desnecessidade de indicação prévia da dotação orçamentária** referente à contratação/aquisição, de maneira que o Regulamento da SAEG prevê, em seu art. 137, § 2º, expressamente, que “*Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a previsão de recursos orçamentários, que somente será exigida para a formalização do contrato*”.

Sendo o caso de sua adoção, cabe a realização de alguns expedientes específicos com vistas à adequação a este procedimento auxiliar, nos termos do art. 136 do RILCC:

Art. 136 - O instrumento convocatório para registro de preços observará o disposto neste RI, e contemplará, no mínimo:

I. A especificação ou descrição do objeto, que explicitará o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para a caracterização do bem ou serviço, inclusive definindo as respectivas unidades de medida usualmente adotadas;

⁷ MEIRELLES, 1999, p. 58-59, apud Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Licitações e Contratos: Principais aspectos da fase preparatória e gestão contratual**. 2019, p. 23.

⁸ Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Licitações e Contratos: Principais aspectos da fase preparatória e gestão contratual**. 2019, p. 24.

II. Estimativa de quantidades a serem adquiridas por todas as unidades participantes;

III. Estimativa de quantidades prevista para aquisição pelos aderentes, se assim admitido, limitada a cinco vezes o quantitativo total fixado para o gerenciador e participantes;

IV. Quantidade mínima de unidades a ser cotada, por item, no caso de bens;

V. Condições quanto ao local, prazo de entrega, forma de pagamento, e nos casos de serviços, quando cabível, frequência, periodicidade, características de pessoal, materiais e equipamentos a serem utilizados, procedimentos, cuidados, deveres, disciplina e controles a serem adotados;

VI. Prazo de validade do registro de preço;

VII. Os participantes do registro de preço;

VIII. Modelos de planilhas de custo e minutas de contratos, quando cabível;

IX. Penalidades por descumprimento das condições fixadas na ata de registro de preço e nos contratos; e

X. Minuta da ata de registro de preços como anexo.

Destaca-se que, ao fim da etapa competitiva, é cabível a diminuição do valor das propostas dos outros licitantes ao valor da proposta do licitante vencedor, possibilitando-se que, eventualmente, também possam ser contratados nas mesmas condições do primeiro colocado do certame, com o registro do respectivo preço na ata final, mas sem que tal procedimento altere a ordem de convocação e o *status* de vencedor do melhor classificado, nos termos do art. 138 do RILCC. Nessa esteira, também é possível que se faça constar na ata o valor dos objetos eventualmente fornecidos por outros licitantes que demonstrem interesse neste expediente, com vistas a suprir a contratação para o caso de desistência do primeiro colocado (art. 139, I).

Findado o processamento da licitação e registrado em ata o resultado definitivo do certame, terá referido documento **validade de, no máximo, 1 (um) ano, incluídas aí eventuais prorrogações (Súmula 34 do TCE/SP).**

III.b.1) Das vedações ao registro de preços

Importante anotar aqui outras **duas vedações relevantes** constantes da **Súmula do TCE/SP**, expostas nos **Enunciados 31 e 32**, em que se determina, respectivamente, que “*Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços de natureza continuada*” e que “*Em procedimento licitatório, é vedada a utilização do sistema de registro de preços para contratação de obras e de serviços de engenharia, exceto aqueles considerados como de pequenos reparos*”.

Outra vedação já pacificada no âmbito da jurisprudência do **TCE/SP** diz respeito à figura do “**carona**” e à sua aplicabilidade (**Súmula n.º 33**), sendo admitida, por outro lado, a adesão à ata

de registro de preços por órgãos e entidades da mesma esfera de governo, hipótese em que não se configuraria “carona”, mas, sim, adesão juridicamente possível, albergada pelo entendimento recorrente daquela Corte⁹. Para tanto, necessária **previsão editalícia** admitindo expressamente tal prática, nos termos do art. 147 do RILCC.

Além do mais, quanto a este tópico, tem-se que o art. 66, § 1º, da Lei 13.303/16 também delimitou ainda mais a adesão à ata de registro de preços no âmbito das estatais, uma vez que passou a determinar que somente poderia haver adesão a atas de estatais por outras empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Dessa forma, em suma, a partir da interpretação conjunta do entendimento jurisprudencial firmado no âmbito do TCE/SP e da determinação legal da Lei 13.303/16, é de se concluir que **somente poderá haver adesão à ata de registro de preços firmada pela SAEG por outras empresas estatais municipais de Guaratinguetá, enquanto que, havendo interesse da SAEG na adesão a outras atas, necessário apenas o pertencimento à mesma esfera de governo do ente/entidade licitante.**

III.c) Da fase preparatória

III.c.1) *Do rito procedimental*

O art. 19 do RILCC determina os procedimentos internos a serem praticados durante esta fase inicial da tramitação do certame, sendo importante a sua observação:

Art. 19 - A fase preparatória da contratação atenderá a seguinte sequência de atos:

- a) *Solicitação expressa, formal e por escrito da unidade requisitante interessada, com indicação de sua necessidade;*
- b) *Aprovação da autoridade competente conforme alçada definida na forma deste RI para início do processo, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para a SAEG;*
- c) *Autuação do processo correspondente, que deverá ser protocolizado e numerado;*
- d) *Especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta;*
- e) *Juntada ao procedimento do projeto básico, eis que se trata de requisito prévio e obrigatório nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia, ou a juntada de termo de referência, quando for o caso, que deverá contar com a realização dos levantamentos, estudos, pesquisas e exames necessários visando a identificação do objeto, prazos, termos e condições mais adequados para sua execução em face da necessidade a ser atendida;*

⁹ Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Licitações e Contratos: Principais aspectos da fase preparatória e gestão contratual.** 2019, p. 27.

- f) Estimativa do valor da contratação, mediante comprovada pesquisa de mercado, na forma prevista neste RI;*
- g) Indicação dos recursos orçamentários;*
- h) Juntada do projeto executivo (se for o caso), caso o mesmo já tenha sido elaborado, ficando dispensado quando o mesmo for objeto da contratação que se pretende.*
- i) Definição do critério de julgamento e do regime de execução a serem adotados;*
- j) Definição de direitos e obrigações das partes contratantes;*
- k) Elaboração da minuta do instrumento convocatório e do contrato, quando for o caso da não utilização dos Editais e minutas Padrão, aprovado em anexo ao presente ou posteriormente através de expediente próprio.*
- l) Aprovação da minuta do instrumento convocatório e de seus anexos Assessor jurídico da SAEG, quando não for utilizado as minutas de Edital Padrão.*

Assim, esta contratante realizará todos os expedientes necessários ao seguimento dos ditames do sobredito artigo, com a lavratura dos documentos respectivos, notadamente (i) a “Solicitação de Compras” inicial do setor demandante, (ii) o termo de referência, com todos os dados e a justificativa pertinente, (iii) o orçamento estimado para tanto, (iv) a “Nota de Reserva de Dotação”, com a reserva de recursos suficientes para cobertura dos bens ou serviços que se pretende adquirir/contratar, (v) o Edital de abertura e respectivos anexos, principalmente no que se refere à minuta do Contrato, entre todos os outros documentos que se façam necessários ao melhor seguimento da licitação. Com a sua devida formalização, deverão eles ser juntados ao respectivo processo.

Haja vista a sua importância, tais procedimentos e documentos delineados pelo art. 19 do RILCC serão aprofundados em seguida, com a exposição das orientações cabíveis.

III.c.2) Do termo de referência

O termo de referência, como documento básico norteador de uma licitação, é a expressão do interesse público visado naquele processo, concretizado a partir do planejamento estratégico e de contratações desta Companhia, nos termos do art. 18 do seu RILCC:

Art. 18 - *As contratações de que trata este RI deverão ser precedidas de planejamento, em harmonia com o planejamento estratégico da SAEG, elaborado pela unidade administrativa responsável pela contratação, o qual estabeleça os produtos ou resultados a serem obtidos, quantidades e prazos para entrega das parcelas, quando couber.*

Neste documento devem constar os “**elementos técnicos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar o objeto e as obrigações contratuais que serão**

assumidas” pelo licitante eventualmente contratado após o fim do respectivo processo licitatório, “de modo a orientar a execução e a fiscalização contratual e a permitir a definição do valor estimado”, sendo a sua feitura de responsabilidade do setor solicitante da compra do bem ou da contratação do serviço (art. 5º do RILCC).

Aqui, a ideia é que seja elaborado um documento sucinto (art. 33 da Lei 13.303/16), mas, ao mesmo tempo, o mais completo possível¹⁰ para o melhor norteamento da contratação, com a exposição, de forma objetiva, de todos os atributos técnicos e características que o objeto da licitação deve ter para uma contratação o mais alinhada possível ao fim último que se busca naquele processo.

É importante que se faça constar também no termo de referência todas as obrigações acessórias que o setor solicitante entende serem necessárias àquela contratação visada, como o prazo ideal para aquela contratação, a eventual necessidade de prestação de garantia, a necessidade de imposição de condições específicas à contratação, etc.

Por outro lado, é imprescindível cautela para que a caracterização do objeto e o condicionamento da respectiva contratação não exijam dos licitantes, por demasia, o preenchimento de requisitos que acabem por restringir desnecessariamente a competitividade do certame, na medida em que a exigência de requisitos dispensáveis diminui a participação de interessados que poderiam, eventualmente, prestar os serviços ou alienar os bens almejados em condições tão boas quanto às efetivamente necessárias à Companhia, deixando de fazê-lo graças a exigência irrelevante imposta pela contratante.

Nesse sentido, na medida da ampla discricionariedade que têm os agentes públicos responsáveis por nortear o processo licitatório, convém a exposição justificada da imposição de determinadas restrições que possam diminuir a competitividade do certame.

Cabe destacar a possibilidade excepcional de **indicação de marca ou modelo** quando tal se fizer tecnicamente necessário ao melhor interesse da contratação, conforme disposto do **art. 47 da Lei 13.303/16**, em redação acompanhada também pelo **art. 23 do RILCC**, ressaltando-se sempre a necessidade de aposição da justificativa adequada para tanto:

Art. 47. A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão:

I - indicar marca ou modelo, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;**
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor constituir o único capaz de atender o objeto do contrato;**
- c) quando for necessária, para compreensão do objeto, a**

¹⁰ TCE/SP, TC-6116.989.21-1: “Especificações demasiadamente pormenorizadas do que se pretende licitar podem acarretar o afunilamento do universo competitivo, salvo quando fundadas em **elementos técnicos idôneos e verossímeis associados à complexidade e/ou especialidade do objeto**, sob pena de configurar fortes indícios de direcionamento do certame” (julgamento em 17/03/2021, publicação em 06/04/2021) (gn).

identificação de determinada marca ou modelo apto a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”; (gn)

Neste ponto, relevante trazer à baila o caso de aquisição de **cartuchos e toners para impressoras**, em que é comum a necessidade de compra de produtos originais dos fabricantes como forma de manutenção da garantia dos respectivos equipamentos, firmando-se o entendimento pacífico do TCE/SP no sentido de que tal prática é possível, desde que o produto em questão efetivamente esteja no período de garantia e que tal garantia seja condicionada, pelo fabricante, ao uso de insumos da mesma marca (**Súmula n.º 35 do TCE/SP**¹¹).

Considerados os pontos supramencionados, tem-se o **modelo de termo de referência**, que segue devidamente padronizado, conforme se verifica pelo **Anexo I** do Edital de licitação juntado a estes autos, estando explícitos os elementos que devem constar no referido documento: (i) *Objeto*, (ii) *Justificativa*, (iii) *Especificações Técnicas*, (iv) *Modo de aquisição*, (v) *Prazo* e (vi) *Local para Entrega*.

III.c.3) Do orçamento estimado da contratação

A pesquisa de preços deve ser realizada com base nos requisitos expostos no termo de referência, podendo ser levada a efeito considerando-se os seguintes métodos:

Art. 21 - *A estimativa do valor do objeto da contratação no caso de aquisições ou de contratação de serviços será realizada a partir dos seguintes critérios:*

I. *Por meio da elaboração de planilha de custos e formação de preços pela própria SAEG;*

II. *Pesquisa em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso;*

III. *Contratações similares realizadas pela própria SAEG ou por outros entes públicos ou privados;*

IV. *Pesquisa junto a fornecedores de bens ou prestadores de serviços.*

Por meio disso, deve-se buscar, da melhor forma cabível em cada caso, a aferição de valores que efetivamente reflitam a realidade do mercado do objeto licitado, sendo possível a utilização de mais de um dos métodos acima especificados, isolada ou cumulativamente.

Importante destacar a regra de que **o orçamento estimado inicial da licitação deve ser sigiloso**, nos termos do **art. 34 da Lei 13.303/16**, sendo cabível exceção a este ditame nos casos em que devidamente justificado pela contratante (“*Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante,*

¹¹ TCE/SP, Súmula n.º 35: *Em procedimento licitatório para aquisição de cartuchos de impressão e similares, é vedada a exigência de marca idêntica à dos equipamentos a que se destinam, exceto enquanto estes estiverem em período de garantia condicionada ao uso de insumos da mesma marca.*

mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”).

Além disso, deve-se ter em mente o teor do **enunciado sumular de n.º 10**, da lavra do TCE/SP, que dispõe sobre a **formação dos preços finais das licitações**, determinando-se que “O preço final do produto ofertado pelos proponentes deve incluir os tributos e demais encargos a serem suportados pelo ofertante”.

Para a melhor composição da licitação, é recomendável que toda a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram a pesquisa de preços seja juntada ao processo de contratação, inclusive aquelas que não lograram êxito e/ou não foram consideradas para a estimativa do preço de referência.

Também é de bom alvitre consignar no presente parecer a importância da congruência entre os preços das propostas, considerando que eventuais valores desarrazoados ou evidentemente inexequíveis podem distorcer os resultados das pesquisas efetuadas, de maneira que cumprirá à Gerência de Suprimentos e Licitações o discernimento sobre os orçamentos efetivamente aptos a comporem a planilha de preços, podendo até serem excluídos aqueles demasiadamente discrepantes dos demais, haja vista o fato de que a reserva orçamentária (“Nota de Reserva de Dotação”) posteriormente formalizada dependerá de tal estimativa, além do fato de que os valores orçados neste momento conduzirão a aquisição/contratação, inclusive influenciando o julgamento das propostas ao final.

Importante mencionar novamente o fato de que, no tocante à exigência de juntada da indicação dos recursos orçamentários, prevista na alínea g, esta deixa de ser obrigatória no caso de adoção do sistema de registro de preços, haja vista a própria dinâmica do instituto, exigindo-se tal indicação de recursos somente no momento da efetiva contratação, conforme previsão expressa do art. 137, § 2º, do RILCC.

III.c.4) Das disposições necessárias ao Edital de abertura

Conforme estabelecido neste feito, a minuta de Edital juntada aos autos deverá ser tida como a minuta-padrão para os casos ora tratados, nos termos do quanto aduzido acima.

O art. 39 do RILCC delinea os elementos necessários ao Edital de abertura das licitações:

Art. 39 - O instrumento convocatório deverá conter, conforme o caso, os seguintes elementos:

I. o objeto da licitação;

II. a forma de realização da licitação, eletrônica ou presencial;

III. o modo de disputa, aberto, fechado ou combinado, os critérios de classificação para cada etapa da disputa e as regras para apresentação de propostas e de lances;

IV. os requisitos de conformidade das propostas;

V. o prazo de apresentação de propostas;

VI. os critérios de julgamento e os critérios de desempate;

VII. sem prejuízo do sigilo do valor orçado, que será mantido até o final da etapa de negociação, o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência;

VIII. os requisitos de habilitação;

IX. exigências, quando for o caso:

a) de marca ou modelo;

b) de amostra;

c) de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação como requisito para aceitação das propostas na licitação; e

d) de carta de solidariedade emitida pelo fabricante.

X. o prazo de validade da proposta;

XI. os prazos e meios para apresentação de pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos;

XII. os prazos e condições para a entrega do objeto;

XIII. as formas, condições e prazos de pagamento, bem como o critério de reajuste, quando for o caso;

XIV. a exigência de garantias e seguros, quando for o caso;

XV. as sanções;

XVI. outras indicações específicas da licitação.

A minuta de Edital anexada contém todos os elementos necessários ao devido preenchimento dos requisitos do instrumento convocatório das licitações respectivas, com espaços para edição conforme cada caso em específico, estando devidamente revisada neste procedimento de padronização – o que, todavia, como já ressaltado, não impede novas atualizações conforme os melhores parâmetros legais e de conveniência e oportunidade.

Cabe mencionar ainda as **Cláusulas 13.1 e 13.2 do Edital**, que vinculam expressamente os participantes do certame aos termos dos Anexos que o acompanham, uma vez que os Anexos efetivamente integram o conteúdo do instrumento convocatório, principalmente no que se refere ao termo de referência – documento que, como aduzido acima, conterà toda a especificação do objeto da licitação e toda a contextualização para a sua contratação – de modo que, pode-se dizer, considerando-se todas as minutas anexadas ao presente feito, com o seu preenchimento pelos agentes responsáveis, haverá efetivamente exaustiva enumeração de tais elementos necessários ao bom seguimento do certame, nos moldes do quanto determinado pelo Regulamento Interno.

III.c.5) Do critério de julgamento das propostas

No tocante ao modo de aquisição ou contratação dos bens ou serviços, tem-se que o

entendimento predominante sobre a adoção das modalidades de menor preço por item, por lote ou global gira em torno da ideia de que, em regra, licitar a partir do menor preço por item pode trazer maior competitividade ao certame, uma vez que se parte do pressuposto de que mais candidatos poderão participar do processo, de modo a trazer mais propostas e mais concorrência para a licitação.

Entretanto, tal regra comporta exceções, que devem ser analisadas de acordo com cada caso, de modo que as modalidades do menor preço por lote ou menor preço global podem ser adotadas na hipótese de se visualizar maior vantajosidade para o ente/entidade contratante.

Este entendimento foi consubstanciado no Enunciado n.º 247 da Súmula do Tribunal de Contas da União (TCU), nos seguintes termos:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Preconiza-se, dessa forma, a **discrecionabilidade do gestor**, que pode adotar a melhor solução para a contratação visada, conforme as **circunstâncias e as peculiaridades do caso, do objeto que se busca contratar e do mercado** (principalmente considerando-se as marcantes particularidades do mercado local em que se processará a licitação), mas sempre atento ao **melhor benefício ao erário e ao interesse público da entidade contratante**.

Nessa esteira, são vários os precedentes da referida Corte de Contas da União no sentido de se considerar regulares as licitações que se processaram sob a modalidade do menor preço global (i) com base no fundamento de que a **gestão contratual**, em alguns casos, será mais eficiente e, portanto, trará um melhor retorno para o ente contratante; (ii) ou, então, sob o argumento de que haverá **economia de escala** na contratação por menor preço por lote ou global (Acórdãos 1.808/2011 e 2.796/2013, ambos do Plenário, entre outros).

Com entendimento semelhante, também o **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, que, neste ponto, tem firmado a sua jurisprudência no sentido de que o **critério do menor preço por lote pode ser utilizado nos casos em que estejam agrupados em mesmos lotes itens afins, de mesma natureza, que possuam alguma identificação entre si que torne possível de se presumir que os licitantes sejam capazes de atender a ambas as contratações/aquisições previstas em um mesmo lote sem perda de competitividade**¹².

¹²Cita-se como exemplo, entre outros, os acórdãos proferidos nos processos de n.º TC-2936/989/13, TC-2210/989/13 e TC-1663/989/13.

Assim, destaca-se a necessidade de, nos casos em que a licitação não seja realizada pela modalidade do menor preço por item, que seja consignada a divisão do objeto em lotes de contratação com o agrupamento de itens afins.

Tamanha a importância de uma boa delimitação do critério de julgamento das ofertas apresentadas, que, posteriormente, no momento da apuração dos preços na etapa de julgamento, a seleção da melhor proposta deverá seguir parâmetros diferenciados para cada caso.

Nesse sentido, importantes diferenças de métodos são delineadas pelo **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** em entendimentos relativamente pacificados no que se refere à análise de compatibilidade de preços em licitações regidas pelo critério do menor preço por item, por lote ou global.

Especificamente no caso do **(i) registro de preços** a partir do **(ii) menor preço por lote**, é recomendável a estipulação de **preços máximos unitários a serem admitidos**¹³, com o escopo de se evitar que o agrupamento dos itens em lotes seja utilizado como facilitador do chamado “jogo de planilhas”.

Por outro lado, no geral, o entendimento predominante no **TCE/SP** sobre a aceitabilidade das propostas apresentadas **em licitações que tenham como critério de julgamento o de menor preço global** é o de que é **incabível a desclassificação da licitante melhor colocada em virtude de eventuais preços unitários que excedam os inicialmente estimados** pela Administração contratante no início do procedimento¹⁴.

III.c.6) Da amostragem e da prova de conceito

Dentre as exigências possíveis de um edital de licitação, têm-se aquelas relacionadas a uma eventual exibição de amostras posteriormente ao julgamento e previamente à fase de habilitação, assim como alguma exigência destinada à realização de uma fase de prova de conceito, quando tais procedimentos se fizerem necessários. Tal é prerrogativa da Administração para aferição da aceitabilidade da proposta vencedora, após a fase de julgamento, e tem pressuposto nos arts. 47 e 56, II e VI, da Lei 13.303/16 e no art. 4º, X e XI, da Lei 10.520/02.

O procedimento é considerado como uma etapa de pré-qualificação e deve ser realizado somente com os licitantes vencedores, conforme entendimento pacificado no âmbito dos Tribunais de Contas da União e do Estado de São Paulo.

Para tanto, necessário que todo o trâmite esteja devidamente detalhado no instrumento convocatório e seus anexos, com critérios objetivos para a avaliação do objeto analisado e para motivação técnica da decisão final do procedimento.

¹³ Nos termos da obra **Licitações e Contratos: Principais aspectos da fase preparatória e gestão contratual**, da lavra do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: “Contudo, vale o alerta de que, em regra, a jurisprudência desta Corte é firme ao não admitir a desclassificação de propostas com base em preço unitário, quando o critério de julgamento adotado for o de menor preço global. A recomendação de imposição de preços máximos unitários a serem admitidos apenas é possível, frise-se, no caso de registro de preços e adjudicação a partir do menor preço por lote”.

¹⁴ Cita-se como exemplos, entre outros, os acórdãos proferidos nos processos de n.º TC-2033/010/07, TC-10618/026/09 e TC-3762/026/08, por exemplo.

Impõe-se mencionar a necessidade de ser conferida transparência às **outras licitantes** eventualmente interessadas na realização de referido procedimento, de forma que lhes seja possibilitado efetivamente **acompanhar a realização dessa etapa**, eventualmente até mesmo se insurgindo contra as conclusões exaradas pela Comissão responsável (TCE/SP, TC-18501.989.22).

No tocante ao prazo para a exibição das amostras ou para a realização da fase de prova de conceito, deve ser concedido **prazo razoável** para tanto, preferencialmente justificado no bojo do processo respectivo, de acordo com a **complexidade do objeto** que se estará avaliando.

Nesse sentido, em casos como o de contratação de serviço de tecnologia da informação, por exemplo, quando houver um grande nível de detalhamento, é de se ter em mente que um prazo considerado razoável pode ser estabelecido como, no mínimo, de **5 (cinco) dias úteis**, prazo este que pode ainda ser considerado exíguo, a depender do nível de detalhamento do edital e do termo de referência da licitação (TCE/SP, TC-18501.989.22).

Por fim, ainda é de se ter em mente que o nível de detalhamento exigido editaliciamente, além disso, também pode influenciar de maneira negativa na melhor análise dos parâmetros selecionados, visto que um grande nível de detalhe e a exigência de cumprimento de muitos desses detalhes no momento da prova de conceito pode fazer com que seja necessário, na prática, que o licitante vencedor tenha que comparecer nesta etapa já com um produto quase que integralmente acabado, sem qualquer customização (TCE/SP, TC-18501.989.22).

Em virtude disso, é que também se recomenda certa razoabilidade no momento da imposição das exigências da fase de prova de conceito, proporcionalmente à complexidade do objeto licitado, de forma que seja possível ao licitante vencedor realizar a necessária customização do produto quando do momento de sua entrega.

III.c.7) Da habilitação

O Regulamento de Licitações da SAEG determina que a habilitação a ser exigida se dará somente quanto a documentação exclusivamente relativa a **(i) habilitação jurídica, (ii) qualificação técnica, (iii) qualificação econômico-financeira e (iv) regularidade fiscal** (art. 44).

No que se refere ao recolhimento de quantia a título de adiantamento para aquelas licitações cujo o critério de julgamento seja o de maior oferta de preço (inciso V do mesmo art. 44), não sendo este um critério aplicável às licitações em comento, que somente serão realizados sob o critério do menor preço, não cabe a sua menção no presente parecer.

Aqui, é importante que seja considerada a verdadeira **imprescindibilidade** na imposição do preenchimento dos requisitos habilitatórios delineados no edital e no termo de referência, de maneira a não se limitar a participação na licitação e a contratação de parceiros privados desnecessariamente, o que poderia, ao fim e ao cabo, acabar por afrontar o essencial interesse público de busca pela maior vantajosidade para a Administração Pública, visto que é este efetivamente o fim último do processo licitatório.

Convém destacar a possibilidade de participação de **licitantes em recuperação judicial**

nos processos licitatórios, sendo incabível a imposição de limitações nesse sentido, ainda que seja também, por outro lado, cabível a exigência de cumprimento de alguns requisitos para tanto, nos termos da **Súmula 50 do TCE/SP**: *“Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital”*.

Por fim, saliente-se que na aferição do cumprimento dos requisitos habilitatórios, assim como em outras fases da licitação, é plenamente cabível a aplicação do princípio do **formalismo moderado**, visto que se trata de postulado genericamente aplicável às atividades da Administração Pública como um todo e considerado até mesmo princípio intrínseco aos processos administrativos, conforme já entendido pelos Tribunais de Contas da União e do Estado de São Paulo¹⁵.

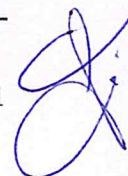
Nesse sentido, desejável que na fase de aferição do cumprimento dos requisitos de habilitação seja avaliada, com a **proporcionalidade** e a **razoabilidade** aplicáveis a cada caso, eventual pertinência na eventual desclassificação de licitante vencedor em virtude da ausência de algum documento ou da conformidade de algum documento aos exatos termos do edital, sendo cabíveis até mesmo a realização de **diligências** pelo pregoeiro com vistas a sanar eventuais vícios formais na documentação dos licitantes¹⁶.

Nesse sentido, cabe colacionar o seguinte entendimento do TCU sobre o tema:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os

¹⁵Cita-se como exemplo, entre outros, os acórdãos proferidos nos processos de n.º TC-1339/989/23, TC-2067/026/13 e TC-19252/026/09.

¹⁶ Ressalte-se que, conforme melhor entendimento, a prática de atenuação dos rigorismos formais dos atos dos processos licitatórios pode ser, inclusive, levada a cabo em outras fases das licitações, como, por exemplo, no momento da apresentação das propostas comerciais. De acordo com Dawison Barcelos e Ronny Charles: *“Ao contrário do regime tradicional de licitações, a Lei nº 13.303/2016 indica que somente os vícios que não permitem o saneamento devem provocar a desclassificação. Outrossim, é de se notar a inexistência de vinculação a que as desconformidades sejam apenas as ligadas a meras formalidades, tampouco incide vedação absoluta à inclusão de documentos novos ou informações que deveriam constar originalmente da proposta, como ocorre na Lei nº 8.666/1993. Portanto, é clara a vontade do legislador em privilegiar a convalidação dos atos” (Licitações e Contratos nas Empresas Estatais, 2018, p. 368).*



princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "h"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.¹⁷ (gn)

Tudo com o objetivo da melhor concretização do interesse público, na medida em que se privilegia a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública em detrimento de eventuais rigores formais que, ao fim e ao cabo, não impactem de forma significativa a efetiva competição almejada para um certame licitatório.

Sendo assim, tal entendimento já está pacificado também nos Tribunais Superiores brasileiros, como se percebe pelo seguinte excerto de acórdão proferido pelo **Supremo Tribunal Federal**:

Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora a ela não trouxe vantagem, nem implicou em desvantagem para as demais participantes, não resultando assim em ofensa à igualdade; se o vício apontado não interfere no julgamento objetivo da proposta, e se não se vislumbra 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 atividades administrativa.¹⁸

Caberá, assim, ao pregoeiro e à comissão de licitação a melhor aferição do cumprimento dos requisitos exigidos editaliciamente, considerando-se, salvo melhor juízo, as recomendações supra-aduzidas.

¹⁷ TCU – Acórdão 1.211/2021 – Plenário.

¹⁸ STF – RMS 23.714/DF.

III.c.8) Do instrumento contratual

A celebração do acordo com a licitante vencedora é a consumação do interesse público pelo objeto licitado anteriormente, configurando-se como discricionariedade da contratante, na medida da conveniência e da oportunidade do caso, havendo apenas expectativa de direito da vencedora do certame pela sua efetiva contratação.

Como instrumento obrigatório da relação contratual estabelecida, **o termo de contrato pode ser dispensado nos casos previstos legalmente**, como é verificado a partir do art. 73 da Lei 13.303/16 para as “*pequenas despesas de pronta entrega e pagamento das quais não resultem obrigações futuras*”, caracterizando-se como “*contratações de caráter excepcional*” pelo Regulamento Interno. **que as dispensou da celebração do contrato e da emissão da Ordem Financeira respectiva** quando aludidas despesas se limitarem a 1% do valor atualizado da **dispensa de pequeno valor** do inciso II do art. 148 do RILCC (art. 155).

O art. 69 da Lei 13.303/16 determina as cláusulas necessárias aos contratos administrativos:

Art. 69. *São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:*

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de cada etapa de execução, de conclusão, de entrega, de observação, quando for o caso, e de recebimento;

V - as garantias oferecidas para assegurar a plena execução do objeto contratual, quando exigidas, observado o disposto no art. 68;

VI - os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas;

VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos;

VIII - a vinculação ao instrumento convocatório da respectiva licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, bem como ao lance ou proposta do licitante vencedor;

IX - a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, as condições de habilitação e qualificação exigidas no curso do procedimento licitatório;

X - matriz de riscos.

Além disso, o art. 163 do RILCC, incisos VIII, XI, XII e XIV, ainda determina que devem

constar no termo de contrato disposições expressas que estabeleçam:

Art. 163. São cláusulas necessárias em todo instrumento contratual e, no que couber, em instrumento equivalente que o substitua, as que estabeleçam:

[...]

VIII. Que constitui falta grave o não pagamento de salário, de vale-transporte e de auxílio alimentação dos empregados na data fixada, o que poderá dar ensejo à rescisão do contrato, sem prejuízo da aplicação das sanções cabíveis;

[...]

XI. O reconhecimento dos direitos da SAEG, em caso de rescisão por inexecução total ou parcial do contrato;

XII. As condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

[...]

XIV. A legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

No tocante à duração dos contratos, o art. 71 da Lei 13.303/16 determina que ***“a duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir da sua celebração”***, sendo vedado o contrato por prazo indeterminado.

Nesse sentido, a minuta de contrato padrão juntada a estes autos cumpre com os requisitos legais e regulamentares pertinentes ao caso, configurando-se instrumento-modelo pertinente para a formalização das contratações futuras da SAEG após o devido transcorrer da licitação.

Como sói acontecer nos processos licitatórios desta Companhia, tal minuta acompanhará o Edital de abertura do respectivo certame, de maneira que os interessados tenham prévio acesso aos futuros termos contratuais, aceitando-os tacitamente quando da efetiva participação no processo. Igualmente, **a efetiva celebração do contrato entre as partes configura aceitação de todos os termos do Edital e Anexos**, conforme previsão expressa nesse sentido (Cláusulas 13.1 e 13.2).

Cabe, por último, mencionar novamente o teor do Enunciado 17 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no sentido de que ***“os contratos celebrados pelas empresas estatais, regidos pela Lei nº 13.303/16, não possuem aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93. Em casos de lacuna contratual, aplicam-se as disposições daquela Lei e as regras e os princípios de direito privado”***, devendo as partes contratantes estar atentas às normas aplicáveis à avença eventualmente celebrada.

IV. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, eis a manifestação jurídica cabível aos processos licitatórios que eventualmente sejam realizados pela SAEG, por meio da modalidade do pregão eletrônico, para a

aquisição ou a contratação de bens ou serviços comuns, com ou sem registro de preços, pelo critério do menor preço.

Buscou-se neste parecer a exposição das orientações consideradas imprescindíveis à melhor consecução das aquisições ou contratações da Companhia, com ampla revisão de todos os documentos e minutas juntados nestes autos, analisando-se todos os seus termos e condições de aplicabilidade, assim como os procedimentos a serem concretizados a partir da abertura dos certames respectivos.

Como aduzido supra, a ideia é a de conferir celeridade às contratações da Companhia e eficiência no exercício de suas atividades-fim, de maneira que, havendo identidade dos termos do processo licitatório com os termos e procedimentos aqui aduzidos, caberá a dispensa do parecer jurídico inicial sobre a fase interna do certame. Nesses casos, deverá a Gerência de Suprimentos e Licitações da SAEG formalizar o atesto de que os casos levados a tramitação se tratam efetivamente de casos que cumprem com os requisitos aqui expostos, seguindo o padrão determinado para as licitações em comento.

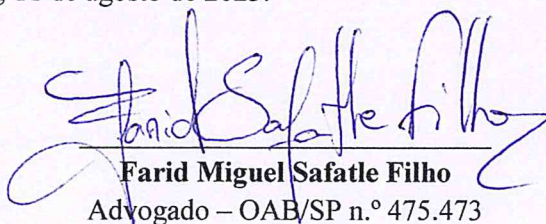
Serão cabíveis, e até mesmo recomendáveis, novas alterações ou adaptações por parte desta Assessoria Jurídica a partir de então, com vistas à melhor adequação dos processos licitatórios aos ditames legais e regulamentares e aos interesses da Companhia. Caso outros órgãos administrativos da SAEG também enxerguem a necessidade de alteração dos termos aqui dispostos, será plenamente cabível a provocação para a formalização pertinente do que se busca adequar.

Consultas individualizadas sobre o quanto determinado neste procedimento, quando eventualmente pairarem dúvidas sobre a sua correta aplicação, também são plenamente cabíveis e competirá à Assessoria Jurídica avaliar cada caso que fuja das orientações aqui dispostas.

Recomenda-se, por fim, a publicação deste parecer jurídico e das minutas-padrão do Edital e do Contrato no sítio eletrônico da Companhia, com vistas a dar ampla publicidade aos procedimentos e expedientes da SAEG nas suas contratações, de modo que eventuais interessados possam tomar o conhecimento adequado, já de antemão, de todo o rito administrativo a que se submeterão quando for o caso.

É o parecer, que, respeitosamente, remeto à consideração superior.

Guaratinguetá, 11 de agosto de 2023.



Farid Miguel Safatle Filho
Advogado – OAB/SP n.º 475.473

