PARECER JURÍDICO

Processo: 23.0.000002051-6

Assunto: Edital de Licitação

PARECER JURÍDICO Nº 005/2024

Ementa: Edital de Licitação. Pregão Eletrônico. Menor preço por item. Possibilidade. Recomendações.

I – RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório visando a contratação de empresa especializada para gerenciamento de abastecimento, implantação e operação de sistema informatizado/integrado com utilização de cartão magnético, que permita o fornecimento parcelado de combustíveis e derivados, através de rede de postos credenciados pela Contratada, para atendimento da frota de veículos oficiais e do gerador de energia elétrica da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

Destacam-se dos autos os seguintes documentos:

a) Documento de Formalização da Demanda - DFD 0813589.

b) Estudos Preliminares e anexos 0814162.

c) Gerenciamento de Risco 0814354.

d) Termo de Referência inicial 0814631.

e) Detalhamento de Dotação, Declaração Orçamentária e autorização de compras 0841416 e 0841417.

f) Minuta do Contrato 0839129

g) Minuta de Edital e anexos 0839213.

Os autos aportam nesta Diretoria Jurídica para manifestação, consoante disposto do artigo 53 da Lei n.º 14.133/2021.

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente, salienta-se que a presente manifestação considera, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe, sendo realizada a análise sob o prisma estritamente jurídico, não competindo adentrar a questões afetas à conveniência e oportunidade dos atos praticados, nem aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal impôs como regra a obrigatoriedade de licitar:

> Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

> princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nos termos do artigo 2º da Lei n.º 14.133/2021, as compras realizadas pela administração pública são regidas pelas suas disposições, incluindo a contratação de serviços e demais naturezas.

O Ato nº. 126/2023 dispõe sobre normas e procedimentos para as contratações de bens, serviços e obras no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Tocantins.

2.1 – Modalidade Licitatória: do cabimento do Pregão

Primeiramente, insta destacar que com o advento da Lei n.º 14.133/2021, o pregão passou a ser regulamentado pela mesma, inclusive trazendo em seu bojo disposição sobre a revogação da Lei Federal n.º 10.520, de 17 de julho de 2002.

Desta forma, o artigo 6º, inciso XLI, da nova Lei de Licitações conceitua o pregão da seguinte forma:

> XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

Nota-se que o novel texto não diverge substancialmente do parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 10.520/02 que assim conceituava:

> Artigo 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade 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.

Nestes termos, para esclarecimento do tema bens e serviços comuns, destaca-se parte do relatório e voto do eminente Ministro BENJAMIN ZYMLER, do Tribunal de Constas da União, no Acórdão nº 313/2004 – Plenário:

> [...] Tendo em vista o disposto no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, acima citado, em comum é aquele para o qual é possível definir padrões de desempenho ou qualidade, segundo especificações usuais no mercado. Destarte, o bem em questão não precisa ser padronizado nem ter suas características definidas em normas técnicas. Da mesma forma, não se deve restringir a utilização do pregão à aquisição de bens prontos, pois essa forma de licitação também pode visar à obtenção de bens produzidos por encomenda. (Relatório do Ministro Relator)

Cita-se ainda o Enunciado do Acórdão n.º 1.667/2017- TCU -Plenário e excerto advindo do Acórdão n.º 601/2011 - TCU - Plenário:

> A identificação do bem ou serviço como sendo comum, para fim de adoção do pregão, independe da sua complexidade. É a definição objetiva dos seus padrões de desempenho e qualidade, mediante especificações usuais no mercado, que o caracteriza como comum. (Acórdão n.º 1.667/2017- TCU - Plenário)
>
> 94. Portanto, se, quando as especificações completas do serviço desejado são informadas a diversos interessados e a expectativa é de que o produto final entregue seja o mesmo, qualquer que seja o contratado, o serviço é comum. É

> o caso de pintura, impermeabilização, instalação de forro e tantos outros. Se, de outro modo, a expectativa é de que o produto final varie conforme quem o produziu, trata-se de serviço incomum. É o caso dos projetos de arquitetura e engenharia, de trabalhos de consultoria e outros de cunho essencialmente intelectual. (Acórdão n.º 601/2011 - TCU - Plenário)

Destarte, a jurisprudência dominante naquele Tribunal é de que tal conceito de bem e serviço comum não está ligado à complexidade do serviço ou objeto, mas à possibilidade de seus padrões de desempenho e qualidade serem definidos objetivamente no edital, por meio de especificações usuais de mercado, consoante a definição legal. A avaliação deve ser feita nos casos concretos, de acordo com as condições fáticas colocadas.

Neste sentido, o inciso XIII do art. 6º da Lei Federal n.º 14.133/2021 dispõe sobre a classificação de bens e serviços comuns:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
>
> XIII - bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;

O Ato nº 126/2023, anexo I, traz o conceito de bens e serviços comuns:

> BENS E SERVIÇOS COMUNS: bens e serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais de mercado, tendo em vista o domínio das técnicas de realização ou fornecimento por parte do mercado relevante, viabilizando a proposição objetiva e padronizada de execução do objeto.

No caso em referência, o objeto pretendido foi considerado comum, nos termos do Estudo Técnico Preliminar:

> **5.4. Detalhamento da Solução**
>
> 5.4.1. Considerando que os serviços previstos no presente Estudo são de natureza comum, posto que os padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, nos termos do art. 6º, XIII, da Lei 14.133/2021, torna-se imperiosa a adoção do pregão como modalidade de licitação a ser adotada.

2.2 - Instrução processual

Consoante infere-se das linhas pretéritas, o Ato nº 126/2023 dispõe sobre as normas e procedimentos para as contratações no âmbito da DPE-TO, dispondo o artigo 12 sobre as etapas necessárias que integram a fase preparatória das contratações:

> Art. 12. As contratações da Defensoria Pública do Estado do Tocantins, seja mediante licitação, seja mediante dispensa ou inexigibilidade, estão sujeitas à realização da fase preparatória, composta pelas seguintes etapas:
>
> I – formalização da demanda;
>
> II – elaboração de Estudo Técnico Preliminar (ETP), quando couber, observado o Anexo II deste Ato;
>
> III – elaboração do mapa de gerenciamento de riscos da contratação, quando couber, em observância às diretrizes e ao modelo constantes do Anexo III deste Ato;
>
> IV – elaboração do Termo de Referência (TR) ou Projeto Básico (PB), observado o Anexo IV deste Ato;
>
> V – elaboração do Anteprojeto e do Projeto Executivo para obras e serviços de engenharia;
>
> VI – realização da estimativa de despesas, observados os procedimentos

previstos no Anexo V deste Ato;

VII – elaboração da minuta do ato convocatório e, quando couber, do instrumento contratual;

VIII – verificação e informação quanto à disponibilidade orçamentária;

IX – controle prévio de legalidade, mediante a análise jurídica da contratação;

X – aprovação final da minuta de instrumento convocatório e autorização da despesa.

Conforme consta nos autos, até o presente momento e no que é cabível, as etapas acima foram cumpridas, senão vejamos:

· formalização da demanda (CV 0813589);

· elaboração de Estudo Técnico Preliminar (ETP), quando couber, observado o Anexo II deste Ato (CV 0838923);

· elaboração do mapa de gerenciamento de riscos da contratação, quando couber, em observância às diretrizes e ao modelo constantes do Anexo III deste Ato (CV 0814354);

· elaboração do Termo de Referência (TR) ou Projeto Básico (PB), observado o Anexo IV deste Ato (CV 0838960);

· realização da estimativa de despesas, observados os procedimentos previstos no Anexo V deste Ato nº 126/2023 (CV 0814145);

· elaboração da minuta do ato convocatório e, quando couber, do instrumento contratual (CV 0839213 e 0839129) ;

· verificação e informação quanto à disponibilidade orçamentária (CV 0841416 e 0841417);

2.3. Minutas do Edital e do Contrato

O artigo 19 do Ato nº 126/2023 dispõe que concluído o procedimento de estimativa de despesa e informada a disponibilidade orçamentária, caberá à Comissão Permanente de Licitação a elaboração da minuta de edital e anexos pertinentes.

O Edital deverá prever as regras procedimentais que disciplinarão o procedimento licitatório, dispondo de modo claro e explícito acerca de todas as exigências necessárias, consoante doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª Edição, Dialética, pág. 500/501.

O Superior Tribunal de Justiça ratifica o entendimento no seguinte sentido:

> O edital é elemento fundamental do procedimento licitatório. Ele é que fixa as condições de realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público. (RMS nº 10.847/MA, 2ªT., rel. Min. Laurita Vaz, j. em 27.11.2001, DJ de 18.02.2002, p.279)

O artigo 25 da Lei n.º 14.133/2021 prevê os elementos básicos de um edital:

> Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.
>
> § 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.
>
> § 2º Desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.

§ 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

§ 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela:

I - obtenção do licenciamento ambiental;

II - realização da desapropriação autorizada pelo poder público.

§ 6º Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento será por:

I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:

I - mulheres vítimas de violência doméstica; (Vide Decreto nº 11.430, de 2023) Vigência

II - oriundos ou egressos do sistema prisional.

Nesse sentido, a minuta de edital 0839213 dispõe sobre: resumo; preâmbulo; objeto; da despesa e dos recursos orçamentários; do credenciamento; da participação no pregão; da apresentação da proposta e dos documentos de habilitação; do preenchimento da proposta; da abertura da sessão pública, da classificação das propostas e formulação de lances; do julgamento da proposta; da fase de habilitação; dos recursos; da adjudicação e homologação; do termo de contrato ou instrumento equivalente; do modelo de execução do contrato; do modelo de gestão do contrato; dos critérios de medição e pagamento; das sanções administrativas; da impugnação ao edital e do pedido de esclarecimento e das disposições gerais.

Contrato administrativo é o instrumento pelo qual se prescreve um acordo de vontades vinculado a um objetivo relacionado à determinada prestação que detenha valor econômico, sujeito ao Direito Público.

O artigo 92 da Lei n.º 14.133/2021 preconiza as cláusulas necessárias nos contratos, ao passo que a minuta aposta no evento 0839129 contempla os elementos exigidos, tais como: o objeto e seus elementos característicos (cláusula primeira); da vigência (cláusula segunda); modelo de execução do objeto (cláusula terceira); modelo de gestão do contrato (cláusula quarta); da contratação (cláusula quinta); do preço (cláusula sexta); do pagamento (cláusula sétima); das obrigações da contratante (cláusula oitava); das obrigações da contratada (cláusula nona);

infrações e sanções administrativas (cláusula décima); da extinção contratual (cláusula décima primeira); da dotação orçamentária (cláusula décima segunda); dos casos omissos (cláusula décima terceira); das alterações (cláusula décima quarta); da publicidade (cláusula décima quinta); da vinculação ao edital (cláusula décima sexta); da proteção de dados (cláusula décima sétima); das disposições gerais (cláusula décima oitava); do foro (cláusula décima nona); da assinatura (cláusula vigésima).

Cumpre ressaltar que é obrigatória a divulgação e manutenção do inteiro teor do edital de licitação e seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), bem como a publicação dos respectivos avisos no Diário de Oficial, além da publicação em jornal diário, conforme preceitua o artigo 54 da Lei nº. 14.133/2023.

Homologado o certame, deverá ser observado o §3º do artigo 54 da Lei n.º 14.133/2021, no tocante a disponibilização dos documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

2.3. Indicação da classificação orçamentária

A adequação orçamentária é elemento do termo de referência (art. 6º, XXIII, "j", da Lei nº 14133/202) no qual deverão ser especificados a dotação orçamentária, com elemento de despesa e a fonte.

Como se sabe, a Constituição Federal estabelece em seu artigo 167, II, a vedação a realização de despesa ou assunção de obrigações sem a respectiva dotação orçamentária.

Portanto, é indispensável que o Termo de Referência promova a indicação da dotação orçamentária suficiente para a realização da despesa. Nesse sentido, no item 12 termo de referência consta:

> **10. ADEQUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA**
>
> 10.1. As despesas decorrentes da presente contratação correrão à conta de recursos específicos consignados no Orçamento Geral da Defensoria Pública.
>
> 10.1.1. A contratação será atendida pela seguinte dotação:
>
> I) Unidade Orçamentária: 49010 – Defensoria Pública do Estado do Tocantins;
>
> II) Fonte de Recursos: 1.500.0000.000; detalhamento da fonte 666666;
>
> III) Programa de Trabalho: 03.122.1143.2275 – Manutenção de serviços de transportes;
>
> IV) Natureza de Despesa: 3.3.90.30;
>
> V) Plano Interno/ação: 2275.

Portanto, resta atendida a necessidade de indicação de dotação orçamentária, e, por conseguinte, a etapa instrutória prevista no inciso VIII do artigo 12 do Ato nº 126/2023.

2.4. Designação de agentes públicos

Consta nos autos a Portaria 1.432, de 20 de outubro de 2023 (0825219) a qual designa os servidores(as) que atuarão como pregoeiros(as) para atendimento do §5º do art. 8º da Lei nº 14.133/2021, o qual consigna a função de agente de contratação nos certames alusivos à pregão:

> Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.
>
> § 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.

A referida disposição legal é reproduzida no artigo 24, §2º, do Ato nº 126/2023, sendo ainda previstas as atribuições cabíveis no artigo 25:

> Art. 24. A fase externa do processo de licitação pública será conduzida por agente de contratação, ou, nos casos previstos no §2º do art. 8º ou no inciso XI do art. 32 da Lei nº 14.133, de 2021, por Comissão de Contratação.
>
> § 2º Quando da condução de licitação na modalidade pregão, o agente de contratação formalmente designado será referenciado como “Pregoeiro”.
>
> Art. 25. Ao Agente de Contratação compete conduzir a fase externa dos processos licitatórios, observado o rito procedimental previsto no art. 17 da Lei nº 14.133, de 2021, e, em especial:
>
> I - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelos setores técnicos responsáveis pela elaboração dos artefatos de planejamento da licitação e, quando necessário, pela Assessoria Jurídica da Diretoria-Geral;
>
> II - conduzir a sessão pública;
>
> III - conduzir a etapa de lances, se houver;
>
> IV - verificar a conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório e analisar as condições de habilitação, apoiado pelos setores técnicos responsáveis pela elaboração dos artefatos de planejamento da licitação e, quando necessário, pela Assessoria Jurídica da Diretoria-Geral;
>
> V - receber e examinar os recursos, permitida a reconsideração da sua decisão, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão;
>
> VI - indicar o vencedor do certame;
>
> VII - conduzir os trabalhos da Equipe de Apoio;
>
> VIII - promover diligências necessárias à instrução do processo;
>
> IX - promover o saneamento de falhas formais;
>
> X - elaborar relatórios e atas de suas reuniões e atividades;
>
> XI - formalizar a indicação de ocorrência de conduta praticada por licitantes que, hipoteticamente, se enquadre nos tipos infracionais previstos no art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021;
>
> XII - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior para as providências e deliberações de que trata o art. 71 da Lei nº 14.133, de 2021.
>
> § 1º A atuação e responsabilidade dos agentes de contratação e, quando for o caso, dos membros de Comissão de Contratação será adstrita à realização dos atos do procedimento licitatório propriamente dito, a partir da divulgação do edital até o envio dos autos à autoridade superior para os fins previstos no art. 71 da Lei nº 14.133, de 2021.
>
> § 2º O disposto no §1º deste artigo não afasta a atuação dos agentes de contratação, em caráter meramente colaborativo e sem assunção de responsabilidade pela elaboração dos artefatos de planejamento, em relação à instrução da fase preparatória dos certames.

Resta, portanto, evidenciada a comprovação da legitimidade da atuação do(a) pregoeiro(a) como agente de contratação.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, considerando que a manifestação desta Diretoria dá-se estritamente sob o prisma jurídico, não abrangendo os aspectos técnico-administrativos e financeiros, nem a conveniência e a oportunidade relacionadas à questão; obedecidos os preceitos legais que regem

a matéria, ***manifestamos pela aprovação da Minuta do edital e seus anexos constantes dos autos (CV 0839213)***, procedendo-se à divulgação do instrumento convocatório e demais atos, próprios da fase externa do pregão, bem como salienta-se o lançamento dos seus dados no SICAP-LCO em atendimento a Instrução Normativa TCE/TO n° 03/2017.

À consideração superior.

Remeta-se o feito ao setor de Controle Interno.

DIRETORIA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA, em Palmas/TO, aos 29 dias do mês de janeiro de 2024.

Nielsen Rodrigues de Oliveira
Analista Jurídico

Documento assinado eletronicamente por **Nielsen Rodrigues de Oliveira**, **Analista Jurídico**, em 29/01/2024, às 09:31, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.defensoria.to.def.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0843311** e o código CRC **50D8225E**.