



Câmara Municipal de Salmourão

Estado de São Paulo

PARECER JURÍDICO Nº 37/2022

REFERÊNCIA: PROCESSO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 07/2022 – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VALE-ALIMENTAÇÃO AOS SERVIDORES DA CÂMARA MUNICIPAL DE SALMOURÃO.

ASSUNTO: ANÁLISE SOBRE OS ASPECTOS JURÍDICOS E LEGAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

DO RELATÓRIO

Foi solicitado à Procuradoria Jurídica desta egrégia Casa de Leis a emissão de parecer sobre o Processo de Dispensa de Licitação nº 07/2022, que tem como objeto a contratação de empresa para prestação de serviços de vale-alimentação aos servidores da Câmara Municipal de Salmourão.

Verifica-se dos autos do processo que está instruído com Documento de Formalização de Demanda – DFD, cotações para pesquisa de mercado, Termo de Referência, decisão da autoridade autorizando a instauração do processo administrativo, considerações do agente de contratação, e-mails encaminhados às empresas, propostas comerciais, cópias de contratos celebrados com outros órgãos da Administração Pública direta, comprovação de publicação no sítio eletrônico da Câmara Municipal, declaração de compatibilidade de recursos orçamentários, declarações e documentação de habilitação da empresa fornecedora selecionada.



Câmara Municipal de Salmourão

Estado de São Paulo

DA ANÁLISE JURÍDICA

Vale ressaltar que o parecer jurídico em processo administrativo cumpre a função de análise à legalidade do procedimento, bem como os pressupostos formais da contratação, ou seja, avaliar a compatibilidade dos atos administrativos produzidos no processo de contratação pública com o sistema jurídico vigente. Desta forma, a conveniência e oportunidade da realização de determinada contratação fica sob a análise da Presidência desta Casa, que é a ordenadora das despesas.

DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 – LLCA

Inicialmente, vale observar que a partir do dia 01 de abril de 2021 entrou em vigor a Lei Federal nº 14.133/2021 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos e terá vigência concomitante com a Lei Federal nº 8.666/1993, por dois anos, isto é, até 01 de abril de 2023.

Verifica-se, portanto, que o legislador concedeu um período de transição para que a Administração opte por licitar ou contratar com base na nova lei ou na antiga lei, tempo esse que servirá para adaptações e reestruturações nos órgãos submetidos ao comando normativo.

É importante frisar que mesmo sob a vigência de duas leis (Leis 14.133/2021 e Lei 8.666/1993) que regem sobre o mesmo assunto, não é permitida a aplicação simultânea dessas a um mesmo processo administrativo, portanto, ao fazer a escolha pela antiga ou nova lei deve a Administração seguir o ordenamento específico de cada uma.

A Lei Federal nº 14.133/2021 trouxe inúmeras alterações em relação a lei anterior que rege o âmbito das licitações e contratações públicas, sendo muitas delas com origem na jurisprudência formada pelos órgãos de controle externo (Tribunais de Contas). Também se nota que o legislador federal conferiu aos órgãos públicos o poder de regulamentar sobre determinados assuntos a fim de que a adequem realidade de cada um.

A nova lei de licitações e contratos administrativos entrou em vigência recentemente e traz inúmeras modificações em relação a anterior, inclusive com intensos debates a respeito dos efeitos práticos, além de reger assunto complexo aos jurisdicionados, logo, conclui-se que a aplicação da nova lei ainda está em processo de maturação e somente com o decorrer do tempo haverá a formação de jurisprudência que trará maior segurança jurídica. **Por fim, feitas tais considerações, não se verifica óbice para aplicação da Lei Federal nº 14.133/2021 no caso dos autos.**



Câmara Municipal de Salmourão

Estado de São Paulo

DA CONTRATAÇÃO DIRETA

Dispensa de Licitação em razão do baixo valor

Verifica-se dos autos que a Administração pretende realizar a contratação direta sob as condições estabelecidas no Capítulo VIII da Lei Federal nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

Da leitura do *caput* do artigo 72 da Lei Federal nº 14.133/2021 é compreensível que o processo de contratação direta sem licitação é gênero, havendo duas espécies: a inexigibilidade e dispensa de licitação.

Ao caso é aplicável o artigo 75, inciso II, da nova lei de licitações, que trata da dispensa de licitação em razão do baixo valor. Nesse passo, o valor atribuído à despesa de contratação (R\$ 17.760,00) não ultrapassa a quantia de R\$ 54.020,41 (Decreto Federal nº 10.922/2021) durante o exercício financeiro, em consonância com o §1º, inciso I, do artigo supracitado. Observa-se que mesmo sendo contínuos os serviços deve nesse caso considerar o exercício financeiro, conforme entendimento do emérito jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

"O limite de valor é definido no inciso, seja inciso I ou II do *caput*, e o tempo da despesa é o exercício financeiro. **Com isso, não mais subsiste a interpretação de somar o valor do contrato, ainda que fosse serviço contínuo e ultrapassasse o exercício financeiro.**" (CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: LEI Nº 14.133/2021 / JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES. 11 EDIÇÃO. EDITORA FÓRUM, 2021)

Superada a análise a respeito da escolha da espécie de dispensa de licitação, resta então a verificação dos cumprimentos do artigo 72 da nova lei de licitações:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

- I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
- II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
- III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
- IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
- V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;



Câmara Municipal de Salmourão

Estado de São Paulo

- VI - razão da escolha do contratado;
- VII - justificativa de preço;
- VIII - autorização da autoridade competente.

Em relação ao inciso I do artigo 72 da nova lei de licitações, notam-se presentes nestes autos o DFD (Documento de Formalização de Demanda) e o TR (Termo de Referência).

Em análise do DFD se nota que ele é suficiente para delimitar o objeto pretendido pela Administração e também a justificar a contratação, outrossim, o TR define as balizas para a prestação dos serviços e atende os requisitos mínimos estipulados no artigo 6º, XXIII, da nova lei de licitações.

O serviço pretendido pela Administração é o fornecimento de vale-alimentação aos servidores públicos, portanto, é considerado do tipo comum e de natureza contínua, nos termos dos incisos XIII e XV do art. 6º da Lei Federal nº 14.133/2021, uma vez que os padrões de desempenho e qualidade estão definidos objetivamente com suporte em especificações usuais de mercado.

Em relação ao inciso II do artigo 72, verifica-se dos autos que foi realizada ampla pesquisa a fim de estimar a despesa à contratação dos serviços e, do mesmo modo, ficou demonstrado ser compatível com os valores praticados pelo mercado, atendendo os parâmetros definidos pelo artigo 23 da nova lei de licitações e também no Ato da Mesa nº 22 desta Casa de Leis que regulamenta os procedimentos para realização de dispensas de licitação.

Vale observar que nos autos estão anexadas 3 (três) propostas comerciais de empresas que manifestaram interesse na contratação (Alelo, Verocard e Facecard), que foram solicitadas pela Administração mediante manifestação formal de cotação (e-mails), outrossim, também estão anexados documentos (contratos administrativos e notas de empenho) que demonstram contratações similares feitas pela Administração Pública, conforme estabelece o art. 23, §1º, incisos II e VI, da Lei Federal nº 14.133/2021. A Administração também publicou comunicado em seu sítio eletrônico oficial manifestando o interesse em obter propostas adicionais, do período entre 21 a 27 de outubro/22, conforme faculta o artigo 75, §3º, da Lei Federal nº 14.133/2021.

Em relação ao inciso III do artigo 73, entende-se numa perspectiva lógica que o parecer jurídico deve ser postergado para o momento final, justamente porque cabe ao parecerista verificar o cumprimento de todos os requisitos exigidos na lei para a regularidade da contratação direta sem licitação.



Câmara Municipal de Salmourão

Estado de São Paulo

Em relação ao inciso IV do artigo 73, verifica-se dos autos que foi firmada declaração pelo i. Contador e também pelo ordenador da despesa (Presidente da Câmara) afirmando a compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido.

Em relação ao inciso V do artigo 73, verifica-se dos autos que a empresa escolhida pela Administração apresentou os documentos pertinentes à sua habilitação, em especial a constituição de pessoa jurídica, a aptidão técnica mínima, a regularidade fiscal, trabalhista e social, e aptidão econômica, comprovando-se nos autos a sua capacidade para executar os serviços a serem contratados.

Em relação aos incisos VI e VII do artigo 73, verifica-se que a Administração escolheu a empresa Alelo por ser a fornecedora que detém a maior quantidade de estabelecimentos credenciados nas cidades de seu interesse (Adamantina/SP, Osvaldo Cruz/SP e Salmourão/SP), o que se entende como razoável e justificável, posto que não foi possível se basear somente pelo aspecto econômico das propostas - houve empate.

Sobre a justificativa do preço dos serviços era comum para empresas do ramo de vale-alimentação a adoção de percentual negativo à taxa de administração (com deságio ou desconto sobre o valor contratado) em contratos com a Administração Pública, entretanto, com a entrada em vigor da Lei Federal nº 14.442/2022 ficou expressamente vedada tal conduta. Ainda que o regime de contratação da Câmara Municipal de Salmourão não é o celetista e ela também não está inscrita no PAT, a jurisprudência recente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TC-9245.989.22-3, TC-10031.989.22-1, TC-018930.989.22-3 e TC-018666.989.22-3) é no sentido de que as vedações da lei se aplicam também aos órgãos públicos com regime de contratação estatutário:

FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO: De fato, recorde que em nossa última reunião – dia 23 de março deste ano -, o Plenário, em acolhimento ao r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, aceitou a vedação à taxa negativa, especificamente porque naquela situação a CETESB, beneficiária ativa do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), estaria obrigada a atender aos parâmetros insculpidos no Decreto nº 10.854/21, cujo artigo 175 proíbe o recebimento de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado (TC-5627.989.22-1). **Todavia, compreendo que tal raciocínio possa ser estendido, de forma mais ampla, aos demais Entes promovedores dos certames, independentemente da inscrição naquele programa.** (TCE-SP, TC-9245.989.22-3, **TRIBUNAL PLENO**, CONS. REL. ROBSON MARINHO, **DATA JULG. 06/04/2022**).

Ressalta-se, portanto, que no cenário atual à taxa de administração somente é admissível percentual igual ou superior a 0% (zero por cento), não sendo aceitável percentual negativo. No caso dos autos como todas as empresas ofertaram o percentual mínimo admissível



Câmara Municipal de Salmourão

Estado de São Paulo

(0%) aos serviços, nota-se que ficou preservado o interesse da Administração em obter a proposta mais econômica.

Noutro passo, é importante lembrar que os autos se referem a processo de contratação direta, do tipo dispensa de licitação em razão do baixo valor. **Logo, é desnecessário realizar o desempate entre as proponentes, pois não há que se falar em competição entre elas.**

O artigo 60 da Lei Federal nº 14.133/2021 dispõe sobre os critérios de desempate de propostas, mas vale observar que em todos eles se refere a disputa entre “licitantes”. Nesse passo o artigo 6º, inciso IX, da mesma lei esclarece que licitante é aquele que manifesta a intenção de participar em processo licitatório. Outrossim, o *caput* do artigo 72 aplicável neste caso se refere a “processo de contratação direta”, ou seja, a Administração escolhe propriamente o fornecedor (ato discricionário), devendo justificar por qual motivo.

Nesse sentido cumpre destacar o ensinamento do emérito jurista Jorges Ulisses Jacoby, que faz comentários sobre a Lei Federal nº 14.133/2021 em sua mais recente obra jurídica, dedicada exclusivamente às hipóteses de contratação direta:

“O preço da contratação direta sem licitação deve ser justificado. No ambiente da contratação direta sem licitação, como regra, não há competição. Por esse motivo é que o legislador determina que deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos da mesma natureza.” (CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: LEI Nº 14.133/2021 / JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES. 11 EDIÇÃO. EDITORA FÓRUM, 2021)

No mesmo diapasão o entendimento do ilustre jurista Joel de Menezes Niebuhr, conforme se infere da sua obra “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”:

“Nesta fase, ela não precisa tratar todos os possíveis interessados com igualdade, o que seria necessário se ela devesse proceder à licitação pública. Repitase, nos casos de dispensa e de inexigibilidade são aceitos agravos à isonomia, que cede parcialmente em face da impossibilidade de realizar a licitação pública ou da proteção de outros valores relacionados ao interesse público. Contudo, no mesmo passo, não se quer afirmar que a isonomia é derogada por completo, porque a Administração Pública não pode fazer valer discriminações desproporcionais e desnecessárias. Portanto, para escolher o contratante, a Administração Pública não é obrigada a tratar todos os possíveis interessados com igualdade, todavia deve fazê-lo na maior medida possível. (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS / JOEL DE MENEZES NIEBUHR ET AL. 2. ED. CURITIBA: ZÊNITE, 2021)



Câmara Municipal de Salmourão

Estado de São Paulo

Também é importante destacar que o Tribunal de Contas da União já decidiu que em processo por Dispensa de Licitação "a existência de outras propostas de preços, além daquela contratada, possui por objetivo justificar o preço a ser contratado. **Não há que falar, como aponta a unidade técnica, na realização de um procedimento de disputa para se averiguar a proposta mais vantajosa.** Caso assim fosse, não se estaria falando de dispensa de licitação, mas de licitação propriamente dita" (TCU, Acórdão nº 1.157/2013, Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler, Data da Sessão 15/05/2013).

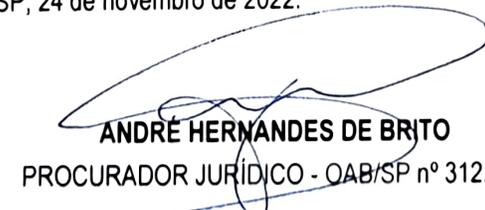
Desse modo, considerando que todas as empresas ofertaram o menor preço admissível aos serviços e, também, que a contratação será pela via direta, ou seja, sem disputa/licitação, entende-se como devidamente motivada a escolha da empresa com maior quantidade de estabelecimentos credenciados, **pois ela disponibilizará mais opções de estabelecimentos aos usuários dos serviços,** concluindo que a contratação será a mais vantajosa para a Administração (art. 75, §3º, da LLCA).

Por último, vale observar que, por cautela, este Procurador Jurídico consultou a Agente de Fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Unidade Adamantina), sendo que esta manifestou o mesmo entendimento, isto é, como todas as empresas apresentaram taxa administrativa zero e se trata de dispensa, não há óbice de utilizar como critério de seleção a empresa que possuir maior rede credenciada.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, **opina-se pela LEGALIDADE da CONTRATAÇÃO DIRETA com a empresa ALELO INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO SA por meio do Processo de Dispensa de Licitação nº 07/2022**, posto que cumpridos os requisitos estabelecidos no artigo 72 e 75 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Salmourão/SP, 24 de novembro de 2022.


ANDRÉ HERNANDES DE BRITO
PROCURADOR JURÍDICO - OAB/SP nº 312.818