Parecer Jurídico SMLC/DJ nº 355/2024

EMENTA. FASE INTERNA. PREGÃO ELETRÔNICO PARA AQUISIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE CONJUNTOS DE UNIFORMES ESCOLARES. LOTE ÚNICO. SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO. LEI 14.133/21. PARECER FAVORÁVEL, COM CONDIÇÕES E RECOMENDAÇÕES.

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta jurídica nos termos do art. 53 da Lei 14.133/21 no âmbito do processo administrativo SEI nº 24.0.000040697-6 no qual se busca contratação de empresa para fornecimento e distribuição de Conjuntos de Uniformes Escolares, conforme especificações do órgão requisitante, para atender as necessidades dos alunos da Rede de Escolas Municipais de Canoas/RS, no ano letivo de 2024, para reposição dos uniformes perdidos durante as enchentes que atingiram o Município durante o mês de maio.

2. Verifica-se que o processo foi instruído, entre outros, com os seguintes documentos:

- Minuta de termo de referência
- Minuta de estudo técnico preliminar
- Minuta de edital
- Minuta de contrato
- Justificativa
- Pedido de autorização e nota de reserva orçamentária
- Ata JOA
- Orçamentos

3. Na justificativa (0904637 e 0921697), assim o órgão demandante fundamenta a necessidade da contratação pretendida:

> *(...) A enchente causou danos severos em 21 Escolas Municipais de Ensino Fundamental e 19 Escolas Municipais de Educação Infantil, comprometendo tanto a infraestrutura das unidades escolares quanto as residências e pertences da comunidade escolar. Como resultado, quase todos os uniformes escolares distribuídos no início do ano foram perdidos*
>
> *dessa situação, é fundamental que a Secretaria Municipal de Educação providencie a aquisição de novos uniformes escolares para os alunos afetados. (...)*
>
> *Atestamos de (sic) que os valores oriundos da pesquisa de preços estão de acordo com os preços praticados no mercado.*

É o relatório.

II. DO PROCEDIMENTO DE ANÁLISE JURÍDICA

4. O art. 53, *caput*, da Lei nº 14.133/2021, a exemplo do que ocorria no âmbito da Lei nº 8.666/1993, dispõe sobre a obrigatoriedade de envio dos processos licitatórios e de parcerias em sentido amplo para análise do órgão de assessoramento jurídico competente. Confira-se:

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

> *Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.*
> *(...)*
> *§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.*

5. Acerca da competência da Diretoria Jurídica da Secretaria Municipal de Licitações e Contratos, o Decreto Municipal nº 549, de 26 de dezembro de 2023 assim dispõe:

> *Art. 13. A análise jurídica referente aos processos de licitações e contratos será realizada pela* ***Diretoria Jurídica da secretaria responsável pelo processamento das licitações****.* (grifei)

6. Logo, verifica-se que é atribuição privativa desta Diretoria proceder com o controle prévio de legalidade quanto aos atos desenvolvidos na fase interna da licitação e demais avenças firmadas pela administração pública direta municipal envolvendo convênios, acordos, parcerias e outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos, com foco nos artefatos que compõem a contratação, mas sem prejuízo quanto à análise do processo como um todo.

II.B. DA LEGITIMIDADE PARA SUBMISSÃO DOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO

7. O Decreto Municipal nº 549/2023 traz um rol de legitimados que podem provocar a atuação da Diretoria Jurídica da SMLC e dela solicitar emissão de manifestação jurídica. Colaciona-se o art. 15 do aludido Decreto:

> *Art. 15. Os processos de licitações e contratos poderão ser submetidos à análise jurídica diretamente por detentores dos seguintes cargos/funções:*
> *I - secretários e equivalentes;*
> *II - diretores e equivalentes; e*
> *III - agentes de contratação e membros de comissões especiais de licitação, no bojo de processos específicos de contratação.*
> *Parágrafo único. Os demais servidores poderão encaminhar processos para análise da Diretoria Jurídica mediante chancela dos legitimados neste artigo.*

8. Considerando que, no caso em apreço, trata-se de *processo específico de contratação*, tem-se a legitimidade dos agentes de contratação para demandarem análise por parte do órgão de assessoramento jurídico, nos termos do inciso III do art. 15 do Decreto nº 549/2023, motivo pelo qual se verifica a presença da legitimidade no caso em tela.

II.C. DA ABRANGÊNCIA DA ANÁLISE JURÍDICA

9. Consigne-se que a presente análise considerará tão somente os aspectos estritamente jurídicos da questão trazida ao exame desta Diretoria Jurídica, partindo-se da premissa básica de que, ao propor a solução administrativa ora analisada, o administrador público se certificou quanto às possibilidades orçamentárias, financeiras, organizacionais e administrativas, levando em consideração as análises econômicas e sociais de sua competência.

10. Isso porque, nos termos da Lei nº 6.627/2023, que dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento do Poder Executivo Municipal de Canoas, compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos, entre outras atribuições, proceder com o assessoramento jurídico em questões de licitações e contratações em geral:

> *Art. 11. As competências das Secretarias de Natureza Instrumental compreendem:*
> *(...)*
> *c) compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos (SMLC):*

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

> *(...)*
> *2. planejar, dirigir, executar, controlar e assessorar, material, técnica e **juridicamente**, todas as fases e procedimentos de formação e execução do processo licitatório e dos procedimentos de seleção e formação de parcerias da administração direta;* (grifei)

11. Desta feita, verifica-se que a atividade dos procuradores e assessores jurídicos atuantes junto à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos – assim como ocorre com a atividade advocatícia de maneira geral – se limita à análise da compatibilidade jurídica da matéria trazida a exame, sem prejuízo de, eventualmente, sugerir soluções vislumbradas por esta unidade de assessoramento jurídico, que devem ser objeto de consideração por parte do gestor, que detém, no entanto, a palavra final sobre a implementação de políticas públicas no âmbito municipal, nos limites do seu juízo de mérito.

II.D. DO ATENDIMENTO ÀS RECOMENDAÇÕES JURÍDICAS

12. Ponto que merece destaque, devendo ser objeto de ciência pelos gestores, diz respeito ao devido atendimento às recomendações dos despachos e pareceres jurídicos. Nesse sentido, o art. 16 do Decreto Municipal nº 549/2023:

> *Art. 16. Exarado despacho de saneamento ou parecer condicional pela Diretoria Jurídica, os responsáveis pela instrução processual deverão **acolher ou justificar o não acolhimento das recomendações** emanadas do referido órgão de assessoramento jurídico.*
>
> 13.*Parágrafo único. Havendo o **não acolhimento** de recomendações, as justificativas deverão ser expostas em **despacho específico**.* (grifei)

14. Sob tal influxo, importante esclarecer que as recomendações jurídicas veiculadas por meio dos despachos e pareceres comportam justificativa em sentido contrário por parte dos gestores. Isso porque, conforme já explanado, a análise empreendida pelos Procuradores e Assessores Jurídicos é estritamente técnico-jurídica, mas sem prejuízo quanto a eventuais recomendações de aspecto administrativo, cujas decisões, ao fim e ao cabo, competem ao gestor responsável.

15. Nessa toada, destaque-se o Acórdão 2599/2021-Plenário, do Tribunal de Contas da União – TCU:

> *Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, **sem a devida motivação**, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa. Acórdão 2599/2021-Plenário* (grifei)

16. Fica claro, diante da interpretação do acórdão supra, bem como do próprio comando do art. 16, caput, do Decreto nº 549/2023, que a adoção das recomendações emanadas do órgão de assessoramento jurídico não é obrigatória, contudo, eventual desconsideração deve ser devidamente motivada, sob pena de configuração de culpa grave.

III. DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NOS TERMOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

17. Em linhas gerais, a fase interna do processo licitatório sob a égide da Lei 14.133/21 não traz profundas mudanças em relação à anterior regulamentação dada pela Lei 8.666/93. Contudo, a nova lei de regência inova em alguns pontos relevantes, entre os quais a determinação da elaboração de termo de referência e estudo técnico preliminar. Dessarte, o capítulo seguinte abordará em abstrato os instrumentos convocatórios e no capítulo subsequente sua adequação aos dispositivos legais pertinentes.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

III.A. DO EDITAL

18. Referente ao instrumento convocatório, assim determina o artigo 25 da Lei 14.133/21:

> *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.*

19. Portanto, comparando-se a Lei 14.133/21 com a Lei 8.666/93, a novel legislação não inova em relação ao edital, devendo este conter os elementos essenciais que disciplinam as diferentes etapas da fase externa da licitação. Ressalte-se, *in casu*, que a indicação dos documentos específicos de habilitação pertinentes à contratação pretendida se encontra em anexo ao termo de referência e não no corpo do edital em si, o que não representa ilegalidade nem prejuízo.

III.B. DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR - ETP

20. O estudo técnico preliminar é uma das inovações introduzidas pela novel legislação de regência do processo licitatório, trazendo em seu inciso XX do art. 6º o conceito. Confira-se:

> *Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:*
>
> *(...)*
>
> *XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;*

21. Já o parágrafo primeiro do art. 18 da Lei 14.133/21 elenca os elementos que estudo técnico preliminar deve conter. Assim, conforme o artigo 6º, XX, da Lei nº 14.133/21, o estudo técnico preliminar é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação. Trata-se de documento que deve ser elaborado quando o gestor ainda desconhece a solução que deverá ser dada ao caso, exigindo-se múltiplas atuações da Administração.

22. Em idêntico sentido ao exposto, é o ensinamento do doutrinador Marçal Justen Filho[1]:

> *O estudo técnico preliminar, definido no art. 6º, inc. XX, consiste numa exposição inicial, que contempla os elementos genéricos e básicos da necessidade de contratação e das possíveis soluções a serem adotadas.*

23. Portanto, o estudo técnico preliminar deve indicar um problema a ser resolvido. A partir daí, devem ser examinadas as soluções disponíveis, estabelecendo-se qual é a mais adequada ao caso.

III.C. DO TERMO DE REFERÊNCIA - TR

24. O termo de referência não era previsto na Lei 8.666/93, sendo posteriormente introduzido pela legislação infralegal que regulamentou a Lei 10.520/02 (pregão). Já a Lei 14.133/21 traz a previsão expressa sobre o termo de referência, conceituando-o e indicando seus elementos essenciais em seu art. 6º e art. 40.

III.D. DO CONTRATO

25. O art. 92 da nova lei de licitações estabelece os elementos necessários do contrato, ressaltando-se que em certos casos, as contratações poderão ser realizadas por meio de mera nota de empenho, conforme art. 95 do mesmo Diploma.

---

1 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2. ed., 2023, p. 347.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

26. Portanto, a superação da fase interna de qualquer processo licitatório e a consequente publicação do edital e demais documentos pertinentes de uma pretendida contratação pública dá-se somente se observados os dispositivos colacionados supra.

III.E. DOS QUANTITATIVOS E ORÇAMENTOS

27. É absolutamente necessária a apresentação de estimativa confiável que fundamente o quantitativo pretendido. Não apenas por imposição legal e dos órgãos de controle, mas principalmente por eficiência, eficácia e economicidade, evitando-se desabastecimento ou desperdícios. O gestor tem o dever de conhecer sua área/órgão e dimensionar suas necessidades. No ponto, confira-se o que dispõe a Lei 14.133/21:

> *Art. 18. (...)*
> *§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:*
> *(...)*
> *IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;*

28. Sobre o tema, TCU:

> *Deve ser observada a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca, bem como a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas, utilizando o consumo e utilização prováveis como parâmetro para fixação dos quantitativos, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas de estimação. Acórdão 2155/2012-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO (grifo nosso)*

29. Já a estimativa de preços para contratação do objeto deve ser fundada em ampla pesquisa de mercado, nos termos e critérios determinados pelo art. 23 da Lei 14.133/21 e pelo parágrafo único do art. 39 do Decreto Municipal nº 549/2023. Confira-se:

> Lei 14.133/21, art. 23:
>
> *Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.*
>
> *§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:*
>
> *I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);*
>
> *II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;*
>
> *III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios*

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Decreto Municipal 549/23:

Art. 39. (...)

Parágrafo único. Os valores para comprovação da vantajosidade devem ser obtidos por meio de pesquisa no LicitaCon, no Painel de Preços do Governo Federal, sites especializados e através da aferição pública e solicitação de orçamentos junto a potenciais fornecedores.

IV. DAS RECOMENDAÇÕES E CONDICIONANTES

30. Como condição de viabilidade jurídica da contratação pretendida no presente processo, deve o gestor acolher as recomendações e condicionantes que se passa a apresentar ou, alternativamente, apresentar as devidas justificativas, frisando-se que as recomendações e condicionantes giram em torno de condutas a serem observadas ou adotadas pelo órgão demandante, bem como a vícios, erros ou problemas de instrução que, regra geral e em síntese, poderiam resultar, se não observadas, na nulidade do certame ou em potenciais apontamentos e aplicações de penalidades por parte dos órgãos de controle.

IV.A. DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

31. Consoante se afere do contido nos autos, o presente feito tramita de acordo com a Lei nº 14.133/21. Sendo assim, registre-se não ser possível a aplicação de normas constantes na Lei nº 8.666/93. Além desta estar revogada, não se admite a adoção conjunta de ambos os diplomas legais, consoante se extrai do artigo 191 da Nova Lei de Licitações:

*Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do **caput** do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.*

32. Ao que se depreende dos autos, o certame tem como objeto a aquisição de materiais de higiene e limpeza, conforme justificativa e edital (0877754 e 0929577), e classificados pelo órgão demandante como serviços comuns, nos termos do item 1.3.2. do Termo de Referência (0929577). Dessa feita, a definição da modalidade **pregão depende da natureza comum dos bens ou serviços, consoante se extrai dos artigos 6º, XLI, e 29 da Lei nº 14.133/21:**

Art. 6º (...)

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;

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

> *padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.*
>
> *Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea "a" do inciso XXI do* ***caput*** *do art. 6º desta Lei.*

33. Além disso, o Decreto Municipal 171/21, no mesmo sentido do que determina a Lei nº 14.133/21, veda a utilização do pregão em determinadas hipóteses:

> *Art. 4º O pregão, na forma eletrônica, não se aplica a:*
>
> *I - contratações de obras;*
>
> *II - locações imobiliárias e alienações; e*
>
> *III - bens e serviços especiais, incluídos os serviços de engenharia enquadrados no disposto no inciso III do caput do art. 3º*

34. Portanto, cabível, em tese, a modalidade indicada pelo órgão demandante.

35. Assim, a partir dos termos consignados no edital e nos demais documentos que instruem os autos, parece razoável concluir que a contratação via modalidade pregão originará um contrato cujo objeto seria a entrega integral e imediata de todo o quantitativo previsto no termo de referência.

36. Todavia, considerando-se a natureza fracionável do objeto, seria **recomendável a utilização do sistema de registro de preços, tendo por resultado não um contrato, mas uma ata de registro de preços para aquisição fracionada a partir das reais demandas da Secretaria de Educação.**

37. Entretanto, a minuta do edital e demais documentos pertinentes preveem a contratação por lote único. Por oportuno, confira-se o item 09 da minuta do estudo técnico preliminar:

> *Através da pesquisa de mercado previamente realizada, observou-se que o atendimento dos critérios acima seriam melhor atendidos com uma única empresa realizando o fornecimento de todos as peças que compõem pertencentes o uniforme escolar. Desta forma, fica assegurado o mesmo padrão de qualidade de todos os itens que compõem a presente aquisição. À luz do exposto e considerando a compatibilidade dos itens entre si, a possibilidade de seu julgamento com base em um mesmo critério técnico e sua viável execução por um mesmo fornecedor, observa-se que o provimento de todos os itens do certame por uma empresa não inviabilizaria a ampla competição no processo licitatório.*
>
> *Em vista disto, o princípio do parcelamento não deverá ser aplicado à presente contratação, com realização de uma única licitação, sendo observado o princípio da economicidade e eficiência da administração pública.*

38. Diante do exposto, cabem algumas ponderações acerca dos princípio gerais que regem a administração pública e suas aquisições, **ressaltando-se que não foi, s.m.j. anexada aos autos a mencionada "pesquisa de mercado"**

IV.A.1. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

39. O artigo 37 da CF assim dispõe:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e,*

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

também, ao seguinte: *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

40. Sobre o tema, Alexandre de Moraes[2]:

> *A administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. Concluímos com José Tavares, para quem administração pública é "o conjunto das pessoas colectivas públicas, seus órgãos e serviços que desenvolvem a actividade ou função administrativa".*

41. E segue o mesmo autor:

> *Princípio da legalidade*
> *O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica*
>
> *Princípio da moralidade*
> *Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública. (...) O princípio da moralidade está intimamente ligado com a ideia de probidade, dever*
> *inerente do administrador público. (...) A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade,*
>
> *Princípio da eficiência e direito comparado*
> *A atividade estatal produz de modo direto ou indireto consequências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativas, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a Administração e os administrados. (...) O administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser aquele que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade. Assim,* ***princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.*** *Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige- se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.(...) (grifo nosso)*

[2] Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

> *O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade(...). (grifo nosso)*

42. Por conseguinte, a Administração Pública brasileira, incluindo, naturalmente, suas aquisições e contratações, orienta-se, fundamentalmente, pelos princípios acima indicados, mas não só.

43. A Carta Magna prevê outros princípios que igualmente norteiam a atividade estatal, mormente aquelas de cunho econômico e objeto de permanente supervisão pelos órgão de controle, nos termos do art. 70 e seguintes da Constituição Federal.

44. Nesse sentido, mister se faz análise de tais princípios e seu cotejamento ao caso em tela, e não apenas a partir de um ponto de vista estritamente jurídico, mas também abrangendo aspectos econômicos da matéria, uma vez que, ao positivar conceitos como eficiência e economicidade – conceitos originalmente oriundos da ciência econômica e financeira – acabou a Constituição Cidadã de 1988 os incorporando ao léxico jurídico e ao dia a dia do gestor público, incumbindo a este, ao geriria a coisa pública, o múnus de não apenas cumprir a lei – legalidade estrita – mas fazê-lo de forma a maximizar o valor do escasso recurso público e a minimizar o desperdício e ineficiência em sua alocação.

45. **Nesses termos, relevante o art. 70 da Constituição Federal de 1988 e os princípios da eficiência, eficácia e, e especial, da economicidade, nele insculpidos.**

IV.A.2. DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, EFICÁCIA, ECONOMICIDADE. UMA ABORDAGEM JURÍDICA E ECONÔMICA

46. Em seu art. 70, *caput*, assim prevê a Constituição Federal:

> *Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, **economicidade,** aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

47. Moraes assim discorre sobre o tema:[3]

> *A Constituição Federal, **inovando em relação às anteriores**, regulamenta, no Título III, um capítulo específico para a organização da administração pública, pormenorizando- a enquanto estrutura governamental e enquanto função, e determinando no art. 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedeça, além de diversos preceitos expressos, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sérgio de Andréa Ferreira ainda lembra que, no art. 70, **a Constituição se refere aos princípios da** legalidade, legitimidade e **economicidade**; e no art. 74, II, aos princípios da legalidade, **eficácia e eficiência**; e Pinto Ferreira recorda os princípios da proporcionalidade dos meios aos fins, da indisponibilidade do interesse público, da especialidade administrativa e da igualdade dos administrados. (grifo nosso)*

48. Sobre o assunto, ensina Carvalho Filho:[4]

> *A Constituição foi incisiva quando proclamou que o controle será exercido sob cinco aspectos diferentes:*

---

3 Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. - 34. ed. - São Paulo : Atlas, 2018.

4 Carvalho Filho, José dos Santos Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo : Atlas, 2015

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

1. quanto à legalidade;
2. quanto à legitimidade:
3. quanto à economicidade;
4. quanto à aplicação das subvenções; e
5. quanto à renúncia de receitas.

(...) o controle da ***economicidade, que enseja a verificação, pelo órgão controlador, da existência, ou não, dos princípios da adequação e da compatibilidade, referentes às despesas públicas****. Esse controle também envolve o mérito, porque, nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que já se vão tornando clássicas, serve para verificar se o órgão procedeu,* ***na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico****, atendendo, p. ex., uma* ***adequada relação custo-benefício.*** *(grifos nossos)*

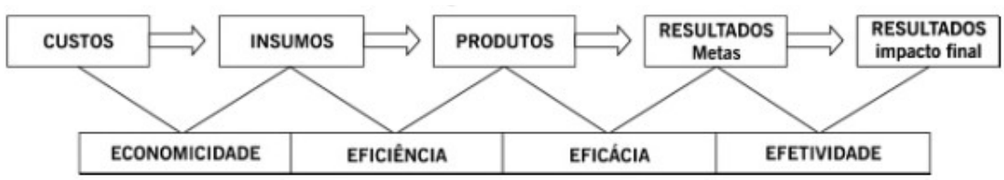
49. Para além da seara estritamente jurídica, já adentrando na ciência administrativa, assim discorre Paludo[5] sobre o assunto, *verbis:*

- *Economicidade: é a* ***minimização dos custos dos recursos utilizados na execução das ações, sem comprometer os padrões de qualidade.*** *Demonstra a capacidade de* ***gerir adequadamente os recursos financeiros*** *colocados à sua disposição.*
- *Eficiência: é o uso racional e econômico dos insumos na produção de bens e serviços, é uma relação entre insumos e produtos. Insumos são recursos humanos, materiais e componentes.* ***A eficiência também considera o custo dos insumos e não pode comprometer a qualidade.***

- *Eficácia: é o grau de alcance das metas, é uma medida de resultados utilizada para avaliar o desempenho da administração. Demonstra a capacidade de entregar bens/serviços imediatos. A eficácia não considera custos.*

- *Efetividade: é o impacto final das ações, é o grau de satisfação das necessidades e dos desejos da sociedade pelos serviços prestados pela instituição. A efetividade vai além das entregas imediatas (metas) e analisa a transformação causada pela execução das ações.*

50. Veja-se, para fins ilustrativos, o quadro abaixo elaborado pelo citado autor acima, na mesma obra indicada:



51. No âmbito da Administração Pública o tema é recorrente. Confira-se o magistério de Rennó[6] sobre a matéria:

- *Economicidade está alinhada ao conceito de obtenção e ao* ***uso de recursos com o menor ônus possível, dentro dos requisitos e da quantidade exigidas*** *pelo input, gerindo adequadamente os recursos financeiros e físicos. Indicadores de economicidade podem ser encontrados nas unidades de suprimentos.*

[5] Paludo, Augustinho Administração pública/Augustinho Paludo. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013
[6] Rennó, Rodrigo Administração geral para concursos / Rodrigo Rennó. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

- *Eficiência se relaciona com o uso dos recursos disponíveis para atingir nossos objetivos. Portanto, quando falamos que alguém foi efciente, é porque essa pessoa utilizou os recursos que tinha de forma adequada. Seria então a maneira como fazemos algo buscando atingir um objetivo! (...)*

- *Eficácia é fazer a coisa certa! O conceito é relacionado não com a utilização dos recursos, mas se realmente atingimos o objetivo que traçamos.*

- *A efetividade refere-se ao impacto das ações! Como a execução de um programa pode ou não alterar uma realidade.*

52. Confira-se o quadro ilustrativo abaixo, também extraído da mesma obra:

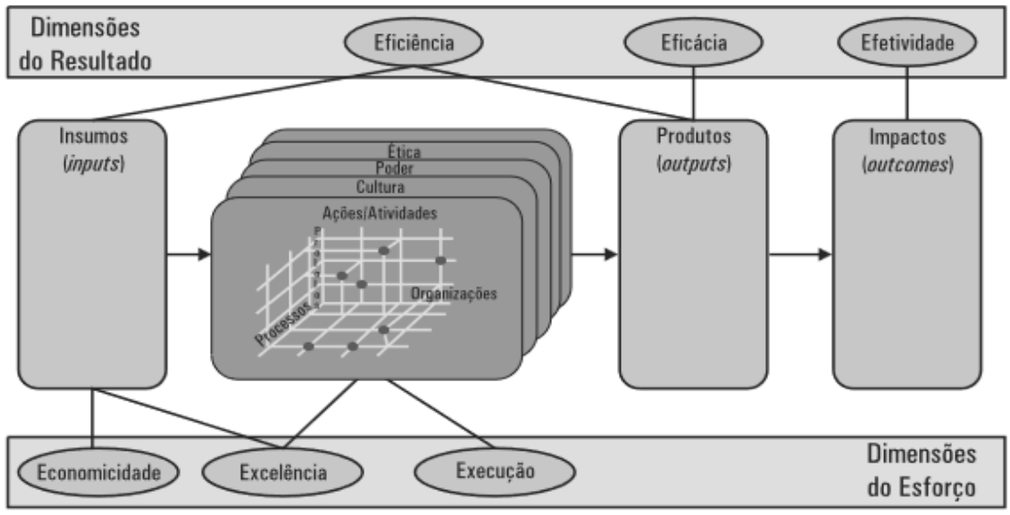


Figura 7.4
Fonte: (Martins e Marini ***apud*** Ministério do Planejamento, 2009)

53.

54. Por fim, sem o ânimo de esgotar a matéria, veja-se o ensinamento de Chiavenato, autor de renome na área, que assim se posiciona sobre o tema:[7].

> *Alguns autores associam o conceito de eficiência ao de economicidade, como sinônimos. Apesar de, em sentido lato, não haver diferenças,* ***normalmente a economicidade está ligada ao menor consumo de recursos monetários (gastar-se menos). Em uma licitação,*** *por exemplo, a evidência do cumprimento do princípio da economicidade previsto na Constituição da República* ***se dá com a obtenção do menor preço na contratação de determinado produto ou serviço*** *previamente determinado. (grifo nosso)*

55. É visível, portanto, a relação entre eficiência, economicidade e vantajosidade da licitação, ou seja, a obtenção da melhor proposta por parte da Administração, e seus benefícios à sociedade, como bem aponta Arenhart:

> *Muito embora a relação entre eficiência e justiça seja por demais polêmica,* ***não parece ser possível desconsiderar a eficiência como um dos fatores para o alcance do bem-estar social.*** *Como já referido, a sociedade não pode ser justa se permite o desperdício de recursos, escassos. Ademais, situações que implicam em perda de eficiência econômica (monopólios externalidades negativas, assimetrias informacionais graves, os problemas relativos aos bens públicos) normalmente se relacionam com situações de menor bem-estar social. Assim, a análise econômica pode contribuir para identificar o injusto (desperdício) e para descrever as*

[7] Chiavenato, Idalberto Administração geral e pública. Idalberto Chiavenato. - 2.ed. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2008

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

> *consequências de cada arranjo normativo (aqui está incluído também as consequências das decisões judiciais), tornando possível a ponderação entre as opções que estão em jogo.*[8] *(grifo nosso)*

IV.A.3. DA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ECONOMICIDADE

56. A concretização do princípio constitucional da economicidade se dá, fundamentalmente, através da "*proposta mais vantajosa*" para a Administração, ou seja, através da vantajosidade. Esta, por sua vez, depende da observância do caráter competitivo do certame. Noutros termos, a Administração conseguirá, em tese, adquirir os bens e serviços que precisa, e pelo melhor preço de mercado, na medida em que conseguir atrair o maior número possível de interessados em com ela contratar. Confira-se a legislação de regência (Lei 14.133/21):

> *Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade,* ***da competitividade****, da proporcionalidade, da celeridade, da* ***economicidade e*** *do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*

57. Confira-se posicionamento do TCU acerca da economicidade e sua importância:

> *A identificação de circunstância potencialmente lesiva ao erário autoriza o Tribunal a expedir determinação saneadora fundamentada no princípio constitucional da economicidade, não havendo necessidade de embasar sua deliberação em dispositivos legais específicos. Acórdão 410/2013-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO*

> *O exercício regular da discricionariedade pelo administrador público não afasta a competência do TCU de verificar a observância ao dever legal de motivar os atos de gestão segundo os princípios da economicidade, da razoabilidade e da impessoalidade. Acórdão 4117/2022-Segunda Câmara | Relator: BRUNO DANTAS*

58. Sobre o tema, Marçal Justen Filho[9]:

> ***7.3) A pluralidade de dimensões da vantajosidade***
>
> O problema fundamental reside em que a vantajosidade de qualquer relação entre um sujeito e um objeto pode ser examinada segundo uma pluralidade de aspectos.
>
> *7.3.1) A vantajosidade econômica e a questão da eficiência*
>
> A vantajosidade pode ser enfocada sob uma dimensão econômica, o que conduzirá a uma avaliação da questão sob o prisma da eficiência. Trata-se de determinar a proposta que assegurará o aproveitamento racionalmente mais satisfatório dos bens econômicos.
>
> O Estado dispõe de recursos limitados para custeio de suas atividades e realização de investimento. Portanto, a vantagem para o Estado se configura com a solução que assegure os maiores benefícios para a aplicação de seus recursos econômico-financeiros. O Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Isso significa que a contratação comporta avaliação como modalidade de relação custo-benefício. A economicidade é o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. Quanto mais desproporcional em favor do Estado o resultado dessa relação, tanto melhor atendido estará o princípio da economicidade. A economicidade exige que o Estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor. Em princípio, a economicidade se retrata no menor preço pago pelo Estado ou no maior lance por ele recebido, conforme a natureza da contratação.

[8] *Arenhart, Fernando Santos A boa-fé na relação contratual: uma abordagem de direito e economia / Fernando Santos Arenhart. -- 2014. Orientador: Cesar Viterbo Matos Santolim. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2014. Disponível em https://lume.ufrgs.br/handle/10183/111691 Acesso em 19 09 23*

[9] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Ed. 2019 Autor: Marçal Justen Filho Editor: Revista dos Tribunais

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

59. E segue o autor acima[10]:

> ***13.8) O problema da eficiência e da economicidade***
>
> Na parte final do inc. VIII, condiciona-se a contratação à observância de preço "compatível com o praticado no mercado".
>
> *13.8.1) Ainda a exigência de vantajosidade*
>
> Ora, a regra geral é a vedação à Administração desperdiçar recursos. É-lhe proibido pagar mais do que o necessário para obter certa utilidade. Assim se impõe por força do princípio da indisponibilidade do interesse sob tutela estatal, diretamente derivado do princípio da República. A Administração e seus agentes não são "donos" dos recursos públicos.

60. Relevante frisar-se, portanto, que o comando constitucional da economicidade possui estreita e direta relação com o nível de competição presente em determinado certame, sendo que tal competitividade depende, entre outros, dos critérios utilizados na definição do objeto, do valor da contratação e em como será objeto adjudicado, ou seja, se dividido em diversos lotes, em itens ou globalmente (lote único).

IV.A.4. DA COMPRA POR ITEM X LOTE ÚNICO

61. O entendimento do Tribunal de Contas da União é no sentido de, sempre que possível e economicamente viável, ser dever da Administração Pública adquirir via registro de preços bens por item e não por agrupamento de itens – lotes. Confira-se:

> *SÚMULA TCU 247: 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.* ***ACÓRDÃO*** *1782/2004 – Plenário 10/11/2004* ***RELATOR*** *Marcos Vinicios Vilaça.*
>
> *Em regra, as aquisições por parte de instituições públicas devem ocorrer por itens, sendo que no caso de opção de aquisição por lotes a composição destes deve ter justificativa plausível. Acórdão 1291/2011-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN*
>
> *A adoção do critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas.* Acórdão 529/2013-Plenário | Relator: WEDER DE OLIVEIRA

62. Contudo, a Secretaria requisitante **pretende a compra por lote único de objeto perfeitamente divisível em lotes menores,** cujos critérios de distribuição podem ser livremente definidos pelo gestor a fim de que os riscos econômicos e jurídicos sejam minimizados.

63. Veja-se, a título de exemplo, que o mencionado nos autos SEI nº 23.0.000030877-3 referente ao processo licitatório para aquisição de uniformes escolares para o ano letivo de 2024:

> *(...) Município de Glorinha, RS, em Edital de 2022 (doc.), definiu a aquisição de uniformes escolares divididos em lotes. O Município de São Paulo, SP, conforme extrato de Pregão (doc.) também dividiu a compra por lotes, adotando como critério a distribuição geográfica das escolas, agrupando-as por região, correspondendo cada lote a uma região específica.*

[10] Idem

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

64. Portanto, é visível a possibilidade de divisão da aquisição em tela em lotes. Ademais, cumpre ressaltar que se trata de compra de valor bastante elevado – superior a dois milhões de reais (R$ 2.000.000,00).

65. Assim, concentrar a aquisição de milhares de peças de uniformes para milhares de estudantes de dezenas de escolas da rede Municipal em um único fornecedor, tem o condão de elevar os riscos jurídicos e econômicos subjacentes por duas fundamentais razões, uma de cunho jurídico e outra de cunho econômico:

- de cunho jurídico: a escolha por lote único vai de encontro à regra geral da legislação de regência e ao entendimento pacífico dos tribunais de contas.

- de cunho econômico: eleva o risco não sistêmico em função da não diversificação.

66. Sobre o tema, por conseguinte, relevantes os aprofundamentos a seguir.

IV.A.5. DA REGRA GERAL DAS LICITAÇÕES – FRACIONAMENTO E DA MAXIMIZAÇÃO DA COMPETITIVIDADE

67. Confira-se as determinações previstas na legislação sobre a matéria - Lei 14.133/21:

> *Art. 40 (...)*
>
> *§ 2º Na aplicação do **princípio do parcelamento**, referente às compras, deverão ser considerados: (*grifos nossos)
>
> *I - a viabilidade da d**ivisão do objeto em lotes**; (*grifos nossos)
>
> *II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com **vistas à economicidade**, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e (*grifos nossos)
>
> *III - o dever de buscar a **ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.** (*grifos nossos)
>
> *§ 3º O parcelamento não será adotado quando:*
>
> *I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;*
>
> *II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;*
>
> *III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.*

68. Nesses termos, considerando-se a natureza divisível do objeto pretendido e o valor da contratação, mantido o lote único, poderia haver potencial restrição à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, as quais, segundo o SEBRAE, representam no Brasil *"6,4 milhões de estabelecimentos. Desse total, 99% são micro e pequenas empresas (MPE). As MPEs respondem por 52% dos empregos com carteira assinada no setor privado (16,1 milhões)"*[11].

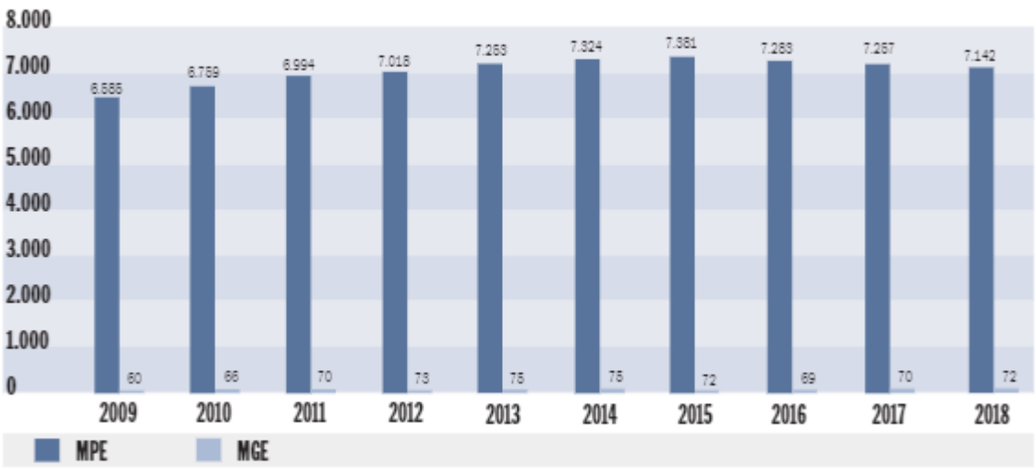
69. No ponto, confira-se estudo realizado pelo Dieese[12] em relação número de estabelecimentos empresariais no Brasil dando conta de que 99% das empresas em operação no país são micro ou pequenas. Confira-se o gráfico abaixo:

[11] https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD#:~:text=No%20Brasil%20existem%206%2C4,(16%2C1%20milh%C3%B5es). Acesso em 19/09/23

[12] https://www.dieese.org.br/anuario/2018/anuarioPequenoNegocio2018/index.html?page=18 acesso em 19/09/23

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

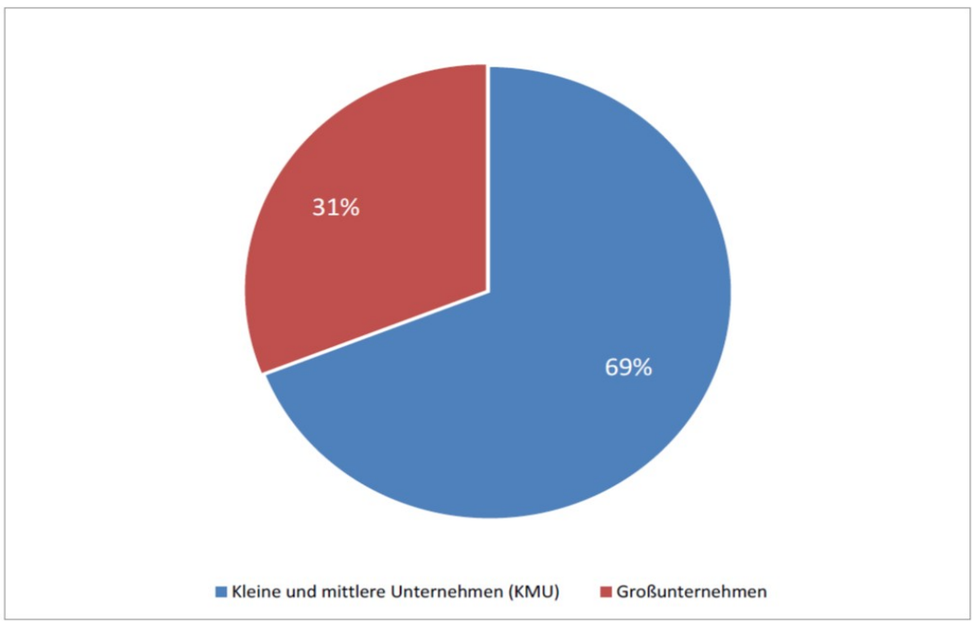
GRÁFICO 1
Evolução do número de estabelecimentos por porte. Brasil 2009-2018 (em mil)



Fonte: Ministério da Economia. Rais. Elaboração: DIEESE

70. Dessarte, uma compra governamental de quase dez milhões de reais em lote único teria o condão de, em tese, afastar um grande número de potenciais participantes, redundando em restrição à competitividade e afrontando, assim, os princípios constitucionais alhures abordados.

71. Note-se que não somente o Brasil possui grande participação de pequenos empreendedores na economia. O mesmo acontece em países como Alemanha, em que a maior parcela das aquisições estatais são oriundas de pequenos negócios que, conforme estatística do Escritório Federal de Compras[13] (*Beschffungsamt*), correspondem a 69% do total de fornecedores, conforme gráfico abaixo[14] - pequenas e médias empresas e grandes empresas, em tradução livre[15]:



72. Por conseguinte, a previsão de contratação em lote único tende a conduzir à concentração de mercado, afastar concorrentes, fragilizar o caráter competitivo do certame e aumentar os riscos econômicos da contratação, uma vez que haveria somente um fornecedor habilitado para toda a rede municipal de ensino fundamental. Por oportuno, vide a seguir aprofundamento sobre o tema *risco.*

[13] Traducao nossa.
[14] https://www.bescha.bund.de/DE/DasBeschaffungsamt/DatenUndFakten/datenundfakten_node.html
[15] Kleine und mittlere Unternehmen (KMU): Pequenas e médias empresas. Großunternehmnen: grandes empresas

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

IV.A.6. ANÁLISE DO RISCO – RISCO SISTÊMICO E NÃO SISTÊMICO. A RELEVÂNCIA DA DIVERSIFICAÇÃO

73. Risco sistêmico e não sistêmico são conceitos oriundos da Ciência Financeira e guardam relação direta como o tema **diversificação, o qual, como já visto, possui papel central no processo licitatório.**

74. Por conseguinte, no caso em tela, o conceito de **risco** possui relevância jurídica, uma vez que imbricado e decorrente dos próprios conceitos legais e constitucionais envolvidos, dado que sua aplicabilidade ao caso concreto conduz à análise do fracionamento como fator que potencialmente minimiza riscos de mercado e jurídico.

75. Assim, sobre o tema, conveniente apropriar-se do conceito de risco trazido pela ciência financeira. Confira-se o que dizem Ross, Westerfiled e Jordan[16]:

> *O primeiro tipo de surpresa, aquele que afeta grande número de ativos, será denominado **risco sistemático.** Como o risco sistemático tem efeito amplo no mercado, algumas vezes o chamamos de risco de mercado.*
>
> *O segundo tipo de surpresa será denominado de **risco não sistemático**. Risco não sistemático é aquele que afeta um único ativo ou um grupo pequeno de ativos. Como este risco é específico de empresas ou ativos individuais, algumas vezes é chamado de risco específico.*
>
> *(...)*
>
> *O risco não sistemático é essencialmente eliminado pela diversificação;*
>
> *O princípio da diversificação nos diz que, ao distribuir o investimento em vários ativos, parte do risco será eliminado.*

76. No ponto, frise-se que o termo *"ativo"* deve ser interpretado no caso em tela como sendo empresa contratada.

77. Portanto, limitar o número de participantes, além de potencialmente restringir o caráter competitivo do certame, tende a elevar o risco econômico da contratação. Para tanto, cumpre realizar alguns breves questionamentos em havendo somente uma empresa contratada para o fornecimento dos uniformes:

- hipótese: se ela, por ventura, não honrar o contrato.

  consequência possível: seria necessária licitação emergencial – contratação direta da totalidade dos uniformes;

- hipótese: se por ventura, os produtos entregues ostentarem qualidade inferior ao definido no Termo de Referência

  consequência possível: a substituição será da totalidade dos uniformes.

78. Por conseguinte, a concentração em um único fornecedor, a despeito da Justificativa apresentada, tende a elevar os riscos jurídicos e econômicos envolvidos no presente processo licitatório, devendo ser objeto de cuidadosa ponderação por parte do gestor.

IV.A.7. DA EFICIÊNCIA E O FRACIONAMENTO EM OUTROS SISTEMAS LEGAIS. BREVE ABORDAGEM COMPARADA

79. O Brasil, ao incorporar os princípios da eficiência, eficácia e economicidade nas contratações públicas, equiparou-se ao praticado nas principais economias do mundo. Sobre o tema, veja-se recomendação da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), grupo que reúne as

[16] Ross, Stephen A. Princípios de Administração Financeira/Stephen A. Ross, Randolph W. Westerfield, Brandford D. Jordan; tradução Andrea Maria Accioly Fonseca Minardi; revisão técnica Antonio Zoratto Sanvicente. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2000.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

principais e mais avanças economias do planeta, sobre contrações públicas, em documento direcionado especificamente à União Europeia[17]**:**

> *Directive 2014/24/EU sets new requirements, seeking to*[18]*:*
>
> - *(...)*
> - *facilitate the participation of SMEs*
> - *(...)*
>
> *New provisions in the Directive which are relevant to FAs include*[19]*:*
>
> - *Division into lots is mandatory to support SMEs. If an FA is not divided into lots, it needs to be justified.*
> - *There can be a limit to the number of lots awarded to the same supplier.*
> - *(...)*

80. No mesmo documento, frise-se o trecho abaixo[20]

> *(...) sub-dividing larger requirements into lots where this is practical and can be done without compromising efficiency and value for money;* [21]

81. Por conseguinte, os princípios da eficiência, economicidade, competitividade e fracionamento em lotes menores quando viável e pertinente são balizadores das compras governamentais não apenas no Brasil, mas em outros relevantes países também, reforçando as sábias escolhas no Poder Constituinte de 1988.

IV.A.8. DAS REAIS LIMITAÇÕES DO GESTOR – LINDB

82. Importa destacar que, hodiernamente - sobretudo após a inclusão na LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42) de dispositivos acerca da aplicação do direito público, operada pela Lei nº 13.655/2018 -, o pragmatismo jurídico, tendo como expoente o jurista estadunidense Richard Posner, vem ganhando destaque no cenário brasileiro, mormente ao se tratar de consequências advindas de decisões judiciais e controladoras em relação às políticas públicas a cargo dos gestores.

83. O pragmatismo jurídico pode ser entendido, em apertada síntese, como a orientação no sentido de que a tomada de decisões, sobretudo no âmbito judicial, deve se pautar não só pela análise "fria" da lei e da jurisprudência, mas também pelas consequências práticas de determinada tomada de decisão, considerando-se uma perspectiva sistêmica e de longo prazo.

---

17 https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/manual-framework-agreements.pdf acesso em 19/09/23

18 Tradução nossa: *Diretivas 2014/24/UE estabelecendo novos requisitos, visando à:*

- *(...)*
- *facilitar a participação de pequenas e médias empresas*
- *(....)*

19 Tradução nossa: *Novos requerimentos na Diretiva relevantes para a estrutura legal incluem:*

- *Divisão obrigatória de lotes para favorecer pequenas e médias empresas. Se o estrutura legal da contratação não for dividida em lotes, é necessária justificativa.*
- *Pode haver limitações ao número de lotes adjudicados ao mesmo forncecedor.*
- *(...)*

20 https://www.oecd.org/gov/public-procurement/compendium-for-good-practices-for-integrity-in-public-procurement.pdf

21 Traducao nossa: *(...) subdividir grandes aquisições em lotes quando viável e puder ser feito sem comprometimento da eficiência e da economicidade;*

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

84. O legislador acresceu à LINDB os dispositivos a seguir expostos, contendo verdadeiros postulados normativos acerca da aplicação do direito público.

> *Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que* ***sejam consideradas as consequências práticas da decisão****.*
> *Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.*
>
> *Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.*
> 1. *Parágrafo único. A decisão a que se refere o* ***caput*** *deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.*
>
> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as* ***dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas*** *a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*
> *§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.*
> *§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.*
> *§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.* (grifei)

85. Consigne-se, por oportuno, o que consta em comentário ao novel art. 22 da LINDB feito por grandes nomes do direito administrativo brasileiro (Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sundfeld, Adilson Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, entre outros de igual renome) no bojo de parecer jurídico conjunto em resposta à consultoria jurídica do TCU:

> *A premissa é de que as decisões na gestão pública não são tomadas em um mundo abstrato de sonhos, mas de forma concreta, para resolver problemas e necessidades reais. Mais do que isso, a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas.*
>
> *As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor; (ii) as políticas públicas acaso existentes; e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere. E neste contexto, reconheça-se, a consideração da situação fática é uma premissa elementar da aplicação de qualquer norma jurídica.*[22] (grifei)

86. Verifica-se, portanto, que a análise das consequências práticas da conduta do administrador, com o advento da reforma da LINDB operada pela Lei nº 13.655/2018, deixou de ser um argumento metajurídico para encontrar fundamento expresso no ordenamento jurídico, motivo pelo qual, caso o

[22] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL 7.448/2017. *Revista Brasileira da Advocacia.* vol. 9. Ano 3. P. 289-312. São Paulo: Ed. RT, abr-jun. 2018.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

administrador entenda que o caso em concreto representa um risco à própria continuidade do serviço público, bem como às políticas públicas de sua responsabilidade, poderá se utilizar de uma análise consequencial para adotar determinada conduta.

87. Observa-se, portanto, que, pelo exposto na justificativa (já mencionada no relatório), a opção da Secretaria requisitante se dá pela adjudicação em lote único, todavia, a compra em lote único, pelo anteriormente exposto neste opinativo, não afasta de forma alguma os riscos apontados pela Secretaria de Educação e, adicionalmente, adicionam outros riscos, notadamente o jurídico e o econômico, como já apontado alhures.

88. Dessarte, salutar que o gestor pondere adequadamente os aspectos jurídicos e econômicos presentes na contratação em tela.

89. Portanto, relevante que o órgão demandante se manifeste fundamentadamente a respeito da opção por lote único e não pela aquisição por itens, bem como a respeito da não utilização do registro de preços.

IV.B. DO INSTRUMENTO PARA FORMALIZAÇÃO DA AVENÇA

90. Como regra geral, **deve ser firmado contrato** quando do **efetivo momento de formalização** das contratações públicas, conforme preceitua a legislação que rege a matéria, salvo na ocorrência das hipóteses previstas no art. 95 da lei 14.133/21 a facultar a contratação por outros instrumentos_legais que não o contrato. Confira-se o que estabelece a Lei nº 14.133/21 sobre o tema:

> *Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:*
>
> *I - dispensa de licitação em razão de valor;*
>
> *II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.*
>
> *§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.*
>
> *§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).*

91. Assim, considerando-se a natureza do objeto, e independentemente da utilização do sistema de registro de preços, **a contratação deveria se dar por contrato, tendo em vista as obrigações futuras da contratada em termos de garantia de qualidade dos produtos**, não se enquadrando, salvo engano, a contratação em tela às hipóteses do art. 95 acima.

IV.C. DO RECEBIMENTO DO OBJETO E DA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO

92. O artigo 140 da Lei nº 14.133/21 **trata sobre o recebimento provisório e o recebimento definitivo.** Confira-se:

> *Art. 140. O objeto do contrato será recebido:*
> *(...)*
> *II - em se tratando de **compras**:*

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

> *a) **provisoriamente**, **de forma sumária**, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais;*
>
> *b) **definitivamente**, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.*
>
> *§ 1º O objeto do contrato poderá ser rejeitado, no todo ou em parte, quando estiver em desacordo com o contrato.*
>
> *§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a responsabilidade civil pela solidez e pela segurança da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.*
> *§ 3º Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.*

93. O recebimento provisório consiste na simples transferência da posse direta do bem. Após, a Administração deverá promover as conferências necessárias, quando deverá proceder com o recebimento definitivo. Sendo assim, **é recomendável que os recebimentos aconteçam em momentos distintos e de forma sucessiva.** No ponto, veja-se é o ensinamento do doutrinador Marçal Justen Filho[23]:

> ***3) O recebimento provisório (inc. I, al. "a", e inc. II, al. "a")***
>
> *O recebimento provisório consiste na simples transferência da posse do bem ou dos resultados do serviço para a Administração.*
>
> ***3.1) Ausência de liberação do contratado***
>
> *O recebimento provisório não acarreta liberação integral do particular nem significa que a Administração reconheça que o objeto é bom ou que a prestação foi executada corretamente. Não importa quitação para o particular. A Administração deverá, a partir do recebimento provisório, examinar o objeto para verificar sua adequação às exigências da lei, do contrato e da técnica.*
>
> ***3.2) Efeitos do recebimento provisório***
>
> *Isso não significa que a entrega provisória não produz efeito algum. Produz liberação do particular dos riscos sobre a coisa, a partir da transferência da posse. Se a coisa se perder ou deterior, por evento não imputável ao particular, a Administração arcará com as consequências.*
>
> ***3.3) Recebimento provisório de bens e serviços***
>
> *Quando se tratar de obras e serviços, o contratado deverá comunicar à Administração que a coisa se encontra em condições de ser recebida provisoriamente, Cabe à Administração realizar um exame genérico quanto às exigências técnicas que comportem exame imediato.*
>
> *O recebimento provisório compete ao agente administrativo indica para acompanhar e fiscalizar (art. 117).*
>
> ***3.4) Recebimento provisório de compras***

[23] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2. ed., 2023, p. 1555.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

No caso de compras, as coisas deverão ser entregues pelo particular segundo os termos contratuais. Se o contrato previr a entrega da coisa no estabelecimento do particular, deverá ele comunicar à Administração que o bem se encontra à disposição. Mas a hipótese mais comum é o particular entregar a coisa em locais determinados.

4) O recebimento definitivo (inc. I, al. "b", e inc. II, al. "b")

Após recebido provisoriamente o objeto do contrato, a Administração promoverá os exames, testes e verificações necessárias.

4.1) Competência

O recebimento definitivo incumbirá ao agente ou comissão designada pela autoridade competente. De acordo com a natureza do objeto, poderá exigir-se que os servidores apresentem determinada qualificação profissional ou técnica que os habilite para desempenhar a avaliação do recebimento do objeto contratado.

4.2) O exame detalhado

Cabe examinar com profundidade o atendimento das obrigações contratuais e outras exigências cabíveis.

94. Consoante exposto pelo doutrinador, o recebimento provisório consiste na simples transferência da posse do bem, não exigindo maiores verificações. **Contudo, o recebimento definitivo exige exame detalhado do bens entregues e sua conformidade com termo de referência e demais documentos pertinentes.**

IV.D. DA PUBLICIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO

95. O princípio constitucional da publicidade, previsto no *caput* do art. 37 da Carta Magna, é elemento fundamental da atividade estatal, sendo previsto na Lei 8.666/93 e igualmente indicado na Lei 14.1333/21 como princípio a ser observado nas contratações públicas. Confira-se:

> *Art. 5º* ***Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios*** *da legalidade, da impessoalidade, da moralidade,* ***da publicidade****, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).*

96. Dando efetividade ao art. 37 da Constituição Federal e ao art. 5º da Lei 14.133/21, o art. 94 da mesma Lei assim estabelece, *verbis:*

> *Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:*
>
> *I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;*
>
> *II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.*

97. Portanto, deve o gestor atentar aos prazos legais de divulgação do contrato nos termos da novel legislação.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

IV.E. DA MINUTA DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR – ETP

98. Os elementos essenciais que o estudo técnico preliminar deve conter estão previstos no parágrafo primeiro do art. 18 da Lei 14.133/21, e seu papel e importância são destacados no capítulo III deste opinativo, ressaltando-se, mais uma vez, que **a principal função do ETP como documento anterior ao termo de referência é servir de orientação e meio de reflexão do gestor acerca da solução mais adequada para a Administração**.

99. O teor do item 04 é absolutamente inócuo, não contendo o que dele se espera, qual seja, os requisitos da contratação. Assim, sugere-se que o órgão demandante complemente adequadamente o item, contemplando, por exemplo, natureza da contratação, duração inicial do contrato, exigência de amostras.

100. Em relação aos itens 05 e 06 carecem de melhor fundamentação. É durante a elaboração do estudo técnico preliminar que o órgão demandante deve analisar o problema a ser resolvido e a solução pertinente.

101. Frise-se que o levantamento de mercado se presta para apontar as vantagens e desvantagens de diferentes possibilidades de contratação pela Administração. Dessa forma, nos termos do inciso V do art. 18 da Lei 14.133/21, tal levantamento consiste em analisar as *"alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar"*, **o que não foi feito no ETP em tela.**

102. Ademais, não foi mencionado a respeito da possível utilização do sistema de registro de preços ou eventual adesão a atas vigentes de outros entes nem a vigência da ata de registro de preços referente ao Pregão nº 071/23 – Edital 286/23 – SEI . 23.0.000030877, referente ao fornecimento de uniformes para o não letivo de 2024, e a existência de quantitativos disponíveis. Portanto, **recomenda-se sua complementação**, ou seja, **que o órgão demandante** faça a devida **comparação objetiva entre outras possibilidades de contratação.**

103. Em relação ao item 09, faz-se remissão ao capítulo IV.A. deste opinativo.

104. Já o item 10 nada menciona a respeito do contrato nº, sendo conveniente que o órgão demandante se manifeste a respeito da vigência do referido contrato e eventual possibilidade de aditamento.

105. O item 13 aponta a desnecessidade de providências prévias ao contrato. Contudo, seria relevante que o gestor se manifestasse acerca dos procedimentos de recebimento, estoque e distribuição do material e da infraestrutura para tanto.

106. Por fim, a redação do item 14 é falha, não identificando corretamente os potencias impactos ambientais relacionados à execução do serviço pretendido e as possíveis medidas mitigadoras. Limita-se a indicar requisitos de sustentabilidade sem, contudo, indicar critérios objetivos e mensuráveis para implementação de tais medidas.

107. Assim, recomenda-se que, além da previsão genérica já existente no ETP, sejam incluídas as medidas mitigadoras dos impactos ambientais, inclusive quanto ao descarte ambientalmente correto das roupas.

IV.F. DOS ORÇAMENTOS E QUANTITATIVOS

108. A pesquisa de preços para determinação do valor de referência deve seguir os parâmetros legais e infralegais indicados no capítulo III.E. deste opinativo. Assim, compulsando os autos (0904558), percebe-se que foram observados os critérios estabelecidos no art. 23, §1º, da Lei 14.133/21.

109. No que tange aos quantitativos, o item 07 i**nforma de maneira clara e objetiva o porquê dos quantitativos apontados.**

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

110. Outrossim, cumpre ressaltar que a secretaria deve se atentar que as quantidades estimadas reflitam de fato a necessidade da Administração durante o período de vigência do contrato, uma vez que quantitativos mal mensurados podem ensejar a necessidade de termos aditivos, desperdícios ou prestação insuficiente dos bens ou serviços.

IV.G. DA MINUTA DO TERMO DE REFERÊNCIA

111. Sugere-se que o teor do subitem 1.4.1.1 seja justificado, uma vez que legislação de regência não veda aditivos contratuais devidamente fundamentados.

112. Os itens 02, 03, 04 e 05 fazem simples remissão ao ETP. Contudo, cumpre frisar que o termo de referência e estudo técnico preliminar não se confundem. Apesar de complementares, cada um possui distinto propósito, conforme exposto no capítulo III deste opinativo. Assim, recomenda-se a complementação dos itens indicados, nos termos das alíneas do inciso XXIII do art. 6º da Lei 14.133/21.

113. Já no item 6.3.6. **recomenda-se que o órgão demandante informe objetivamente quais seriam as normas pertinentes, uma vez que a Administração deve ser conhecedora dos requisitos mínimos que envolvem suas contratações, bem como os licitantes devem ter ciência plena do que deles será exigido contratualmente.**

114. Os itens 09 e 10 não precisariam constar na minuta do termo de referência, uma vez que tais informações não constam no inciso XXIII do art. 6º da Lei 14.133/21 como obrigatórias. Contudo, se o órgão demandante entender cabível, não haveria prejuízo na manutenção dos itens.

115. Em relação ao item 11.7, **recomenda-se que seja priorizada a comunicação por correio eletrônico**, tendo em vista sua facilidade, segurança e rapidez.

116. No subitem 2.1.4., do anexo III do TR, que trata da amostra e sua análise, **recomenda-se a inclusão de critérios objetivos de julgamento**. Como será avaliada a cor da amostra, sua gramatura, composição e compatibilidade com o termo de referência, por exemplo? Essas questões devem constar no termo de referência. No ponto, confira-se entendimento do TCU:

> *No caso de exigência de amostra de produto, devem ser estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas. Acórdão 2077/2011-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN*

> *A desclassificação de licitante deve estar amparada em laudo ou parecer que indique, de modo completo, as deficiências na amostra do produto a ser adquirido, quando esta é exigida. Acórdão 1291/2011-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN*

> *O edital deve prever as penalidades aplicáveis às empresas que deixaram de apresentar as amostras exigidas. Acórdão 299/2011-Plenário | Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO*

IV.H. DA MINUTA DO EDITAL E DO CONTRATO

117. No que tange às minutas do edital e do contrato, estas se encontram, em linhas gerais, de acordo com o preconizado pela legislação, não contendo vícios insanáveis que maculem o processo licitatório.

118. Contudo, para fins de clareza e correta orientação aos licitantes, **recomenda-se sua a revisão e retificação caso sejam alterados itens em comum do termo de referência e estudo técnico preliminar,** compatibilizando-se o teor dos documentos.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

IV.I. DA PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

119. Nos termos do artigo 47 da Lei Complementar Federal 123/06, combinado com o artigo 48 do mesmo diploma legal e como Decreto Municipal 110/2024, deve a Administração Pública realizar processo licitatório destinado à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, *verbis:*

> *Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Vide Lei nº 14.133, de 2021)*
>
> *Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*
>
> *Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)* (Vide Lei nº 14.133, de 2021*)*
>
> *I - deverá realizar processo licitatório* ***destinado exclusivamente*** *à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);* (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) *(grifo nosso)*
>
> *(...)*
>
> *III - deverá estabelecer, em certames para* ***aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25%*** *(vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (grifo nosso)*

120. Portanto, tendo em vista a natureza divisível do objeto, mesmo tendo o órgão demandante optado pela aquisição em lote único, seria obrigatória previsão de cota para microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do inciso III do artigo acima transcrito.

121. Assim, deve o gestor justificar fundamentadamente, de forma clara e objetiva, a ausência de previsão das cotas e os motivos de aplicação do art. 49 da Lei Complementar 123/04.

V. DA CONCLUSÃO

122. Portanto, à guisa de conclusão, tem-se que o princípio constitucional da economicidade é concretizado pela obtenção da proposta mais vantajosa por parte da Administração, o que depende da efetivação do caráter competitivo do certame, **demandando para seu afastamento uma robusta fundamentação** por parte do ordenador de despesa.

123. Assim, a partir do exposto neste opinativo, a adjudicação do objeto em lotes de menor valor é consentânea com o princípio constitucional da economicidade, com as regras gerais do processo licitatório (caráter competitivo do certame), com o entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União e com a doutrina sobre o tema.

214. Todavia, **se o gestor entender por idônea e suficiente a Justificativa da Secretaria requisitante**, entendendo, em seu lícito e regular juízo de ponderação, que tal Justificativa afasta os elementos logo acima indicados e que a aquisição em tela atenderá melhor ao interesse público se se der através da adjudicação em lote único, **poderá assim proceder,** cabendo ao gestor/ordenador de despesa o ônus de sua escolha.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br

125. Assim sendo, tendo em vista a conformidade com a legislação que rege a matéria, as justificativas coligidas aos autos, bem como os esclarecimentos prestados pela área técnica, opina-se pela **viabilidade jurídica da contratação pretendida,** entendendo-se que o processo se encontra em ordem para que seja deflagrada a fase externa da licitação, **desde que:**

- **sejam acolhidas as condicionantes e recomendações indicadas neste opinativo ou justificado seu eventual não acolhimento;**

- **o órgão competente ateste que as descrições dos itens, as exigências, requisitos e demais condicionantes de ordem técnica e financeira não restringem o caráter competitivo do certame nem o direciona;**

- **órgão demandante se manifeste a respeito da vigência da ata de registro de preços referente ao Pregão nº 071/23 – Edital 286/23 – SEI . 23.0.000030877-3**

126. Registre-se, ainda, a necessidade de serem observados os prazos previstos na Lei nº 14.133/21, bem como realizadas as publicações de praxe, bem como **observar o disposto no art. 82, IV, da Lei 14.133/21 caso haja a opção pelo sistema de registro de preços.**

127. Frise-se que esta Diretoria Jurídica está disponível para esclarecimentos e orientações ao gestor pelos telefones 3425-7631 (ramal 4576) e 3236-3099, opção 01 (ramal 3020).

128. Por fim, o presente parecer possui caráter conclusivo, haja vista não ter sido observada qualquer questão prejudicial à análise jurídica, motivo pelo qual fica **dispensada a devolução dos autos a esta Diretoria Jurídica**, como recomenda a BPC nº 5[24] do Manual de Boas Práticas Consultivas.

É o parecer.

Canoas, 17 de julho de 2024.

João Rafael Dutra Müller
Procurador do Município
Chefe de Unidade de Apoio - Diretoria Jurídica/SMLC
OAB RS 58.768
Matrícula 126031

[24] *Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas*.

Rua Cândido Machado, 429 - 7º Andar - Centro - Canoas - RS
Telefone: (51) 3425-7606 – www.canoas.rs.gov.br