



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

Assunto: Pregão Presencial nº 08/2020

Tendo em vista as atribuições desta Corte de Contas e a competência institucional da 7ª Inspeção de Controle Externo de fiscalizar a Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), no quadriênio 2019-2022, conforme a Portaria nº 1.052/2019 deste Tribunal, solicita-se manifestação quanto às situações verificadas no trabalho de fiscalização.

Foi analisado o Pregão Presencial nº 08/2020, cujo objeto é o Registro de Preços para aquisição de gêneros alimentícios para atendimento do Hospital Universitário do Oeste do Paraná.

Foram constatadas inconformidades conforme segue:

1. Parecer Jurídico Sintético

Compulsando os autos, verificou-se que o parecer jurídico não traz análise técnico-jurídica do processo. Sabe-se que o parecer deve ser devidamente fundamentado com o objetivo de verificar a adequação e a legalidade do procedimento.

Importante trazer, novamente, o entendimento do Tribunal de Contas da União, exarado no Acórdão nº 1944/2014:

Os pareceres jurídicos exigidos pelo art. 38 da Lei 8.666/1993 integram a motivação dos atos administrativos. Devem apresentar abrangência suficiente para tanto, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos a exame. **É ilegal a adoção de pareceres jurídicos sintéticos, com conteúdo genérico, sem a demonstração da efetiva análise do edital e dos anexos.** (Sem grifo no original)

Como foi constatado na análise dos autos o parecer jurídico da UNIOESTE é extremamente sucinto e não demonstra a realização de uma efetiva análise técnica e jurídica da contratação ora referida.

É necessário, portanto, que a entidade tome providências para adequar os pareceres jurídicos exarados nos procedimentos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

licitatórios de forma que contemplem uma real análise técnico-jurídica em consonância com o artigo 38 da Lei nº 8.666/1993.

2. Cláusulas editalícias restritivas de Participação – Eventual Direcionamento

O edital traz no item 5 “CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO” as seguintes previsões que restringem geograficamente a participação de empresas nos seguintes termos:

5.2 As empresas proponentes **devem ser sediadas na região ou na cidade de Cascavel para atendimento às entregas diárias** solicitadas pelo Serviço de Nutrição e Dietética. Pois os produtos utilizados para atender ao cardápio, devem ser entregues na véspera do dia de preparo. Diante disso, quanto mais próximo a localização do fornecedor, maior é probabilidade de atender a demanda diária do setor.

5.3 Para os produtos de panificação **as empresas devem ser obrigatoriamente da Cidade de Cascavel para atendimento de caráter emergencial** quando necessário.

Tais cláusulas contrariam o § 1.º, I, do artigo 3.º da Lei nº 8.666/1993, que estabelece que é vedado aos agentes públicos estabelecer cláusulas que comprometam ou restrinjam o caráter competitivo do certame, destaca-se, especialmente, a proibição de estabelecimento de “**preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes**”.

Essas cláusulas foram, inclusive, objeto de questionamento por parte de licitantes.

A empresa Café Fraternal, durante o curso do procedimento licitatório, fez as seguintes indagações por e-mail:

Prezados, bom dia

Temos algumas dúvidas a esclarecer:

- 1) É vedada a participação de empresas de fora do estado do Paraná?
- 2) Qual o prazo de entrega do produto referente ao item 83 – Café Torrado e Moído, que se trata de produto não perecível, com validade de 18 meses a partir da fabricação e que temos condições de entregar em poucos dias?



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

3) Será exigido o Selo de Pureza ABIC? E o selo de qualidade PQC-ABIC? Ambos são previstos no Edital.

A entidade, em sucinta resposta, afirmou o seguinte:

Boa tarde,
É solicitado em edital empresas no estado do Paraná **devido as entregas ser diariamente.**
O prazo de entrega é de até 5 dias.
É exigido os selos os mesmos estão descritos no descritivo do produto (sem grifo no original)

Ato contínuo, o licitante questionou ainda se a entidade tinha o “costume de pedir CAFÉ TORRADO E MOÍDO, EMBALADO À VÁCUO, diariamente”, ao que obteve a resposta de que “os gêneros alimentícios são solicitados diariamente conforme capacidade do nosso armazenamento”.

Também a Panificadora Guerini – Ltda. questionou os critérios restritivos por meio de impugnação, em que questiona a necessidade de as empresas serem **obrigatoriamente** sediadas no município de Cascavel. Assevera que tem sede em Toledo, município a apenas 35 quilômetros de Cascavel, o que tornaria perfeitamente viável o fornecimento dos produtos.

A entidade fundamentou a negativa do pedido de impugnação na necessidade de “atender aos horários de entrega de caráter emergencial, necessários para a instituição receptora, que são 6:30h e 12:30h todos os dias inclusive finais de semana e feriados, sendo que poderá ser solicitada uma terceira ou quarta entrega diária, eventualmente”.

Salienta ainda o hospital que a preferência se daria em virtude do atendimento ao art. 47 da Lei Complementar Federal nº 123/2006 sob o pretexto de promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal.

Contudo, conforme se depreende da própria decisão que denegou a impugnação e do próprio procedimento administrativo, a motivação expressa no edital, no item 8.3, seria a necessidade de os produtos serem **entregues na véspera** do dia de preparo” e que “quanto mais próximo a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

localização do fornecedor, maior é a probabilidade de atender a **demanda diária do setor**".

Faz-se importante destacar a aplicação da Teoria dos Motivos Determinantes, a qual estabelece que os motivos declarados vinculam à Administração, ou seja, o exame da legalidade, da legitimidade e da regularidade dos atos administrativos deve necessariamente observar os motivos declarados.

Contudo, ao acompanhar a execução da ata verificou-se que os motivos alegados pela administração para a restrição geográfica não se sustentam.

Reiteradamente afirmou-se a necessidade de entregas diárias, mesmo para produtos não perecíveis como o café a vácuo por exemplo. No entanto, as notas fiscais demonstram que o café em pó é entregue em intervalos de 15 dias. Ou seja, não haveria óbice algum a fornecedores de outras regiões e até mesmo de fora do Estado do Paraná.

Quanto aos itens de panificação, além das entregas diárias, afirmou-se que poderia haver entregas emergenciais. Curioso notar o que poderia ser uma entrega emergencial de pão, uma vez que mesmo para emergências médicas o HUOP prevê que o médico tem 60 minutos para o comparecimento após o acionamento. Difícil imaginar que uma entrega de pão, que permite planejamento e antecipação, possa ser mais urgente que o atendimento médico a algum paciente.

Destaca-se que o exame das notas fiscais dos produtos de panificação não permite comprovar que sejam realizadas mais de uma entrega por dia e nem mesmo a entrega diária. Entre uma nota fiscal e outra é possível observar períodos de até 20 dias sem a emissão do documento fiscal pela empresa em favor da UNIOESTE ou do Fundo Estadual de Saúde. Tal fato evidencia que ou as entregas não são realizadas diariamente ou então não está sendo observada a obrigatoriedade de que a entrega dos produtos seja acompanhada das respectivas notas fiscais, conforme determina a legislação e o edital no item 18.1.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

Desse modo, não se verificou a conexão das restrições impostas no edital com os motivos declarados e com a realidade dos fatos.

Portanto, é necessário que a Entidade apresente os esclarecimentos que entender cabíveis em virtude da situação apontada, bem como informe as emergências registradas nos últimos 12 meses referentes aos produtos de panificação, encaminhando documentação comprobatória.

3. Ausência de demonstrativo do cálculo para definição dos quantitativos previstos no edital

Examinando os autos, verifica-se que não há histórico de consumo dos itens constantes nas solicitações de compra nº 82.005, fls. 10- 25, e solicitação de compra nº 82.225, fls.28.

Embora a Entidade justifique que o quantitativo é para atender o UNIOESTE-HUOP no período de 12 meses, nota-se que não consta nos autos memória de cálculo que demonstre a metodologia adotada para obtenção das quantidades constantes nas solicitações mencionadas.

Cabe destacar que, por determinação legal as compras devem trazer a “definição das unidades e quantidades a serem adquiridas **em função do consumo e utilização prováveis**, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, **mediante técnicas adequadas de estimação**” (art. 9.º, inciso I da Lei Estadual 15.608/2007), comando reforçado pelo art. 23, § 4.º, inciso III¹ do mesmo diploma legal que exige a estimativa das quantidades **na medida das necessidades** da administração e segundo a conveniência do serviço. Por fim, o Decreto Estadual nº 4.993/2016 determina que a **aquisição de bens deve ser precedida de planejamento**², o qual deve ser adequado.

¹ III - estimativa das quantidades a serem provavelmente adquiridas ou utilizadas pela Administração, na medida de suas necessidades e segundo a conveniência do serviço, durante o prazo de validade do registro;

² Art. 2.º A aquisição de bens e contratação de serviços de que trata este Decreto deverão ser precedidas de planejamento, em harmonia com o planejamento estratégico da instituição, que



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

Assim, é necessário que a entidade apresente os critérios que embasaram o quantitativo requerido em edital, adotando medidas corretivas para que esses critérios estejam devidamente demonstrados e fundamentados em futuras contratações.

4. Concessão de Reequilíbrio Econômico-Financeiro do contrato sem motivação adequada

Verifica-se que houve a concessão de reequilíbrio econômico a diversos itens do referido registro de preço. Foram selecionados para análise o queijo mussarela, arroz polido e integral e banana.

A manutenção do reequilíbrio econômico financeiro é direito previsto constitucionalmente, no artigo 37, XXI da Constituição Federal de 1988, que prevê:

Artigo 37 –

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

O instituto da revisão dos contratos também está previsto na Lei nº 8.666/1993 em seu artigo 65, II, alínea d, que assim dispõe:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

estabeleça os produtos ou resultados a serem obtidos, quantidades e prazos para entrega das parcelas, quando couber.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

Nessa mesma esteira, também o artigo 82 do Decreto Estadual nº 4.993/2016, assim preconiza:

Art. 82. A revisão ou reequilíbrio econômico-financeiro em sentido estrito é decorrência da **teoria da imprevisão**, tendo lugar quando a interferência causadora do desequilíbrio econômico-financeiro, consistir em um fato **imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, anormal e extraordinário**.

Parágrafo único: [...]

VII - seja demonstrado nos autos a quebra de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio de apresentação de planilha de custos e documentação comprobatória correlata que demonstre que a contratação tornou-se inviável nas condições inicialmente pactuadas.

Portanto, conforme acima demonstrado com a colação dos artigos constantes da legislação pátria, tem-se que, de fato, nas hipóteses previstas em lei é possível à administração restabelecer o reequilíbrio econômico financeiro do contrato, desde que coerente com a teoria da imprevisão, que consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisíveis e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputados, refletindo sobre a economia ou na execução do contrato, autorizam a revisão do contrato para ajustá-lo a sua situação superveniente.

Sobre a questão, vale transcrever ensinamento dado por Marçal Justen Filho:

Reserva-se a expressão 'recomposição' de preços para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias. Isso se passa quando a atividade de execução do contrato sujeita-se a uma excepcional e anômala elevação (ou redução) de preços (que não é refletida nos índices comuns de inflação) ou quando os encargos contratualmente previstos são ampliados ou tornados mais onerosos.

Assim, quando o contratado solicita a revisão dos preços ajustados no contrato, deve apresentar os custos dos itens em planilha em que se possa aferir o desequilíbrio entre o valor originariamente contratado e o solicitado na revisão.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

Destaca-se que não basta a mera demonstração de que houve flutuação nos preços de mercado. A teoria da imprevisão, expressamente adotada pelo ordenamento brasileiro, exige que se demonstre a álea extraordinária, ou seja, é necessário que a variação anormal seja decorrente de fatos imprevisíveis ou então previsíveis de consequências incalculáveis, anormais e extraordinárias. Não se pode dizer que flutuações de mercado em razão da sazonalidade dos produtos e até mesmo a variação cambial sejam imprevisíveis, muito pelo contrário.

Não se verifica nos autos, de modo geral, a demonstração dessa imprevisibilidade e anormalidade nos pedidos de reequilíbrio econômico e financeiro. As manifestações do setor de licitações e mesmo o parecer jurídico abordam que foi efetivamente constatado um aumento nos preços, contudo, somente esse requisito mostra-se insuficiente para a revisão contratual, a qual exige, destaque-se novamente, a ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis.

Exemplificativamente, nos pedidos de reequilíbrio do queijo mussarela, o fornecedor limitou-se a apresentar notas fiscais de quantidades ínfimas do produto, 3 quilos no primeiro pedido e 1 quilo no segundo pedido. Não se pode concordar que a contratada apresente como documento comprobatório da impossibilidade de cumprimento do contrato o preço de um quilo de queijo mussarela vendido diretamente ao consumidor, quando sua prática de mercado é bastante diversa dessa.

Para que seja comprovada a necessidade de revisão do preço, o produto deve ser considerado nas mesmas quantidades, ou em condições similares de negociação à prevista nas cláusulas contratuais.

Por fim, em ambos os produtos citados acima, não resta claro que o fato gerador da majoração é imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, anormal e extraordinário.

Portanto, consideram-se insuficientes as informações trazidas à administração para que esta tenha deferido a revisão dos preços originariamente propostos pelas empresas contratantes.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

Ante o exposto, é necessário que a Entidade reveja os critérios de concessão do reequilíbrio econômico-financeiro de seus contratos, sendo proibido o uso do instituto previsto no artigo, 65 II, d, da Lei de Licitações de forma injustificada e em discordância com o previsto na legislação

5. Pregão Presencial em detrimento do Pregão Eletrônico

No caso em tela, verifica-se que o certame foi realizado na modalidade de Pregão Presencial. Ocorre que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná orienta que, via de regra, deve ser adotada a modalidade eletrônica para o pregão, devendo a opção pela modalidade presencial ser devidamente justificada nos autos, comprovada a sua vantajosidade.

Nesse sentido, o Acórdão nº 2605/2018:

- a) Observada a legislação municipal, que deve previamente regulamentar a matéria, deve o gestor observar que, **por regra, o pregão, na sua forma eletrônica, consiste na modalidade que se mostra mais adequada para a aquisição de bens e serviços comuns**, podendo, contudo, conforme o caso em concreto, ser preterido a forma presencial, desde que devidamente justificado, a amparar a maior vantagem à Administração e observância aos demais princípios inerentes às licitações, nos exatos termos dos arts. 3º, I, da Lei n.º 10.520/2002 e 50 da Lei n.º 9.784/99;
- b) A opção pelo pregão presencial em detrimento do eletrônico sempre **deverá ser amparada por justificativa**, nos termos dos arts. 3º, I, da Lei n.º 10.520/2002 e 50 da Lei n.º 9.784/99.

Por derradeiro, o artigo. 3.º, I,³ da Lei nº 10.520/2002 dispõe que a autoridade competente justificará a necessidade de contratação, bem como a escolha da modalidade.

Ao ensejo da conclusão desse item, há de verificar que não ficou evidenciada a inviabilidade do certame ser realizado na modalidade Pregão

³ Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

7ª Inspeção de Controle Externo

Eletrônico, bem como, inexistem justificativas pela opção pelo Pregão Presencial.

Assim, a entidade deve, via de regra, observar a modalidade eletrônica do pregão à modalidade presencial, devendo a opção pela segunda ser adequada e previamente justificada nos autos do procedimento licitatório.

Diante das prerrogativas previstas no Regimento Interno desse Tribunal de Contas e dada a urgência que a presente situação exige, concede-se o prazo de **05 (cinco) dias úteis** para apresentação das informações solicitadas.