



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

DESPACHO COMPLEMENTAR

Ref. Processo SEI nº 4600000002.00300.2020-77

Ao crivo superior da Chefia da Consultiva, submete-se o Parecer nº 293/2020, exarado pela procuradora Maria Goretti Alencar Barros e Silva e já cancelado por esta Coordenação, com as seguintes considerações complementares em relação aos questionamentos nº 03 e 04, tal como formulados pela SECGE:

1. No tocante ao questionamento acerca da possibilidade de aquisição de produtos, com os recursos do Suprimento de Fundo Institucional, por meio de comércio eletrônico, conquanto não haja regulamentação estadual sobre a matéria, não se vislumbra óbice absoluto à implementação de tal sistemática de aquisição. A própria Lei Geral de Licitações, em relação às compras, autorizou expressamente, no rol do art. 15, que a Administração adote condições semelhantes às do setor privado, com o fito de atingir a boa aplicação dos recursos financeiros para a consumação das necessidades públicas.

Eis o teor do dispositivo sob comento:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(....)

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado"

Nas lições de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2009, p. 175):

A Lei determina a aplicação, no setor público, das práticas adotadas no setor privado. No seu campo próprio de atuação, o Estado necessita de agilidade e de eficiência. Deve, de um lado, garantir-se contra fornecedores incapacitados. De outro lado, tem de atuar com rapidez e eficácia, contratando com a presteza necessária. O art. 15 evidencia que a contratação administrativa não deve ser mais onerosa e menos eficiente do que a do setor privado."

Nessa linha de intelecção, e tendo em vista que as compras eletrônicas muitas vezes encerram vantajosidade econômica incomparável, seria desarrazoado



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

alijar aprioristicamente a Administração Pública desse mercado. Cabe então aqui tecer algumas considerações sobre as compras feitas pela internet e sua possibilidade na esfera estadual, a partir da análise das particularidades do e-commerce e sua adequação para as compras governamentais.

Não há dúvida de que a internet já impactou o processo de compras no setor público, na medida em que, utilizando-se das tecnologias disponíveis nos meios eletrônicos, foi possível ampliar a visibilidade dos certames, permitir cotações de preços mais ampliadas e com isso redução de custos administrativos, agregando inegável valor ao princípio da eficiência.

A propósito, o Tribunal de Contas da União, em seu Manual de Compras Diretas do TCU (<https://portal.tcu.gov.br/licitacoes-e-contratos-do-tcu/licitacoes/manuais-e-orientacoes/>), autoriza a utilização de propostas de preços de lojas on line para composição da estimativa de preços de órgão público, como se vê:

"Adota-se, no TCU, o mínimo de 3 (três) propostas para que a estimativa seja considerada válida. Dessas, admite-se a utilização de propostas de preços obtidas em lojas virtuais na Internet, bem como propostas obtidas por consulta pessoal à loja física ou por telefone" (grifos nossos).

Agora surge a hipótese de ampliar os benefícios da internet para as aquisições do ente público nos casos de compras de pequeno valor.

Em relação a ausência de estabelecimento comercial físico, a priori, não se percebe qualquer empecilho apto a afastar esta modalidade de compra pela Administração estadual. O Tribunal de Contas da União, inclusive, já se manifestou sobre o assunto, tendo afirmado que a exigência de loja física em certos casos representa um fator impeditivo da competitividade:

"A exigência de loja física em determinada localidade para prestação de serviços de agenciamento de viagens, com exclusão da possibilidade de prestação desses serviços por meio de agência virtual, afronta o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993. (Acórdão n.º 6798/2012-1ª Câmara, TC-011.879/2012-2, rel. Min. José Múcio Monteiro, 8.11.2012.)

Por outro lado, nas compras em sites da internet, é bem de ver que o pagamento é realizado antes da emissão da nota fiscal e da entrega do produto, ou seja, o pagamento ocorre antes da liquidação.

O TCU em diversos julgados já se pronunciou acerca do tema, permitindo em situações específicas o pagamento antecipado, como se observa na jurisprudência colacionada abaixo:

O pagamento antecipado em contrato administrativo é procedimento excepcional que somente deve ser admitido quando presentes as devidas



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

justificativas e observadas certas condições, como a prestação de garantia e a concessão de desconto pelo contratado. (Processo TC 009.773/2001-4, data da sessão 18/04/2018)

Para conciliar a dispensa fulcrada no art. 24, II, da Lei de Licitações com as condições necessárias para validade de pagamento antecipado, a redução de preço e outras vantagens obtidas pela Administração deverão estar, portanto, expressamente consignadas na documentação que instrui o processo de aquisição, de forma a ficar demonstrado que os descontos auferidos no preço justificaram a adoção da medida.

Importa ressaltar que as cotações realizadas nos sites de comércio eletrônico devem incluir o valor do frete ao custo do produto, momento em que também se verificará se o município está inserido na cobertura territorial de entrega do bem.

Dadas as peculiaridades das operações de compras virtuais, mostra-se indispensável a leitura e concordância da política de venda do e-commerce, notadamente, em face da entrega, garantia e devolução dos bens, descritos, via de regra, nos Termos e Condições de uso do site.

Ademais, o gestor público continuará consultando todos os documentos imprescindíveis à aceitação da proposta, como, por exemplo, consulta do CNPJ e a regularidade junto ao INSS da empresa fornecedora.

Nesse sentido, o procedimento de compra direta por meio eletrônico deve se revestir de ampliadas cautelas, cabendo ao ordenador de despesa adotar uma postura de máxima diligência sobretudo quanto ao dever de documentação para bem instruir o processo administrativo de aquisição e a futura prestação de contas, além de dar cumprimento às normas de direito financeiro e aos requisitos previstos no decreto regulamentador do Suprimento de Fundos Institucional, mais precisamente, aos ditames do §2º do art. 6º, que trata dos documentos necessários a comprovar o pagamento eletrônico.

2. Quanto à liberação da exigência de documentos de regularidade fiscal, registra-se, em aditamento, que a jurisprudência do TCU tem entendido que o disposto no § 1º do art. 32 da Lei de Licitações não contempla de modo exaustivo o elenco de situações em que se pode dispensar a documentação de habilitação dos licitantes.

Reputa-se que a dispensa de apresentação dos documentos será admissível quando o montante quantitativo da contratação for reduzido, independentemente da natureza do contrato e mesmo que o objeto envolva prestação de serviços.

No caso do convite, o valor a ser contratado é diminuto e a lei supõe, por



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

isso, que a prestação a ser executada será tão simples que dispensará maiores exigências de capacitação técnica, regularidade fiscal e qualificação econômico-financeira, etc, e que o custo do desenvolvimento da fase de habilitação não seria justificável pelo valor da contratação.

Ora, se é justificável a dispensa de comprovação de regularidade fiscal nos casos de convite, em razão do diminuto valor do contrato, pode-se pensar que o será, com ainda mais razão, nas hipóteses de contratação direta baseadas nos incisos I e II do artigo 24 da Lei de Licitações, em que os valores dos contratos podem atingir, no máximo, 10% do maior valor previsto para a modalidade convite.

No Acórdão TC nº 2.616/2008 - Plenário, firmou-se então a tese de que a comprovação de regularidade fiscal também poderá ser dispensada nos casos de contratações realizadas mediante dispensa de licitação com fulcro no art. 24, incisos I e II, da Lei 8.666/93.

Esta corrente de entendimento retira seu fundamento de validade do art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993. Apesar de o dispositivo não fazer menção aos casos de dispensa de licitação fundamentados no art. 24, incisos I e II (dispensa em razão do reduzido valor), o Plenário do TCU, no julgado acima referenciado, entendeu que o permissivo também se aplica por analogia aos casos de dispensa em razão do valor.

Eis a base argumentativa que sustenta este entendimento, explicitada no Voto do referido acórdão:

'12. Com relação à dispensa de que trata o art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a sua compreensão remete, a meu ver, à **relação custo x benefício da contratação**. A dispensa deve decorrer do fato de a Administração não identificar na situação risco à satisfação do interesse público, uma vez que não se vislumbraria a possibilidade de ocorrência de inadimplência do contratado. Significa dizer que o gestor está capacitado a identificar a desnecessidade de verificação da habilitação do licitante em face da certeza da satisfação da futura contratação. '

O Ministro-relator ainda menciona os princípios da eficiência administrativa e da proporcionalidade que sustentam a tese, nos termos abaixo:

'14. As contratações tratadas neste recurso são de pequena monta e, regra geral, referem-se a situações urgentes ou imprevistas, além de envolverem objetos de extrema simplicidade. **Criar exigências para esse tipo de contratação significa, a meu ver, afrontar os princípios da eficiência e da proporcionalidade.** Impor ao gestor que cumpra, nesses casos, fases



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

preliminares de verificação de habilitação acrescenta pesado ônus ao interesse público, tanto de satisfação de objeto, quanto financeiro, que não encontram justificativas na exata compreensão dos dispositivos constitucionais e legais mencionados. Diante de eventuais obstáculos, que, na verdade, não têm qualquer relevância perante o diminuto objeto que se pretende ver satisfeito, os diversos interesses devem ser sopesados para, em nome dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assegurar a satisfação do interesse essencial que deve ser suprido, no caso, o público' (grifo nosso).

Em homenagem aos princípios da eficiência, economicidade e racionalidade, entendeu-se que o valor da contratação nestes casos não compensa os gastos da Administração Pública com a instrução do processo, sendo possível reduzir procedimentos desnecessários às pequenas compras, de reduzida materialidade, uma vez que a Lei de Licitações determinou formalidades proporcionais à necessidade de aquisição da Administração.

Em que pese a aceitação desta tese, verifica-se que a orientação continua a mesma com relação à inafastabilidade da exigência prevista no § 3º do art. 195 da Constituição da República, de modo que faz-se sempre necessária a comprovação da regularidade perante a Seguridade Social, mesmo nos casos de dispensa de licitação baseada no baixo valor.

Neste sentido entendeu o eminente Ministro-relator:

'11. Conjugando-se essas disposições [art. 37, inciso XXI e art. 195, § 3º, ambos da Constituição Federal], verifica-se, conforme ensinamento de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, Ed. Dialética, págs. 315/316), ser excepcional a regra do referido art. 195, § 3º, consagrando espécie de 'punição' determinada pela própria Constituição Federal. Seria, portanto, ao ver do doutrinador, 'a única ressalva permitida, no âmbito de regularidade fiscal, ao disposto no art. 37, inciso XXI (...)'. Nesse sentido, não haveria permissão ao aplicador da lei para incluir outras restrições, em face do art. 29, inciso III, da Lei nº 8.666/93 ('III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;'), por ser incompatível com o texto constitucional'.

No mesmo sentido, o Acórdão TC nº 1.661/2011 – Plenário, assim consignou:



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

'A comprovação de regularidade com a Fazenda Federal, a que se refere o art. 29, III, da Lei nº 8.666/1993, poderá ser dispensada nos casos de contratações realizadas mediante dispensa de licitação com fulcro no art. 24, incisos I e II, dessa mesma lei'

A partir deste entendimento, tem-se, portanto, que nas contratações diretas por dispensa de licitação em razão do valor, como é o caso das contratações instrumentalizadas com os recursos do Fundo de Suprimentos Institucional, é possível dispensar a apresentação de parte dos documentos de habilitação, como a comprovação de regularidade perante a Fazenda Pública. Porém, em qualquer caso, é preciso verificar se a empresa encontra-se em situação de regularidade perante a Seguridade Social, em razão do disposto no § 3º do art. 195 da Carta Magna.

Feitas essas considerações suplementares ao Parecer nº 293/2020, remetam-se os autos à apreciação final da Chefia.

Em, 17.08.2020.

Isabele Sahb Nóbrega
Coordenador(a) do Núcleo de Licitações e Contratos
