ESTADO DE MATO GROSSO

MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE

PARECER JURIDICO LICITATÓRIO/ROS/2015

"EMENTA: Direito Administrativo e Direito Constitucional. Licitação. Pregão Presencial. Processo Licitatório. Registro de Preços. Minuta de Edital e Contrato. Lei de Licitações e Contratos. Lei de Responsabilidade Fiscal. Emissão de Parecer sobre a Minuta de Edital e Contrato."

1. OBJETO DO PARECER.

O Sr. Weverton Ancelmo Pereira de Sousa, Pregoeiro e Presidente da Comissão de Licitação do Município de Santo Antônio do Leste, designado pela Portaria n.º 002/2015 de 12 de janeiro de 2015, submete para apreciação jurídica **EDITAL DE LICITAÇÃO PREGÃO PRESENCIAL Nº 005/2015**, que veicula o procedimento de Registro de Preços, tendo como finalidade de aquisição do seguinte objeto abaixo descrito:

> **"1. DO OBJETO**
>
> **1.1 – A presente licitação tem como objeto o Registro de Preços para futura e eventual aquisição de gêneros alimentícios (merenda escolar PNAE), para o funcionamento das Unidades Escolares da Rede Municipal de Ensino.**
>
> **1.2 – As descrições detalhadas, contendo as especificações dos materiais a serem adquiridos, estão discriminadas no Anexo I deste Instrumento Convocatório e deverão ser minuciosamente observados pelas**

ser minuciosamente observados pelas licitantes quando da elaboração de suas propostas;

1.3 – A entrega do objeto da presente licitação ocorrerá por determinação do setor de compras desta prefeitura municipal de Santo Antônio do Leste - MT, observando-se a conformidade dos materiais com as especificações contidas no Anexo I deste Instrumento Convocatório e deverá ocorrer num prazo máximo de 02 (dois) dias corridos de cada solicitação.

Obs.: Os Lotes que contém alimentos perecíveis serão entregues nas Unidades Solicitantes conforme cronograma de entrega fornecido pelo setor de compras.

1.4 – O Demonstrativo de Preços constante deste Procedimento estará à disposição das licitantes na sala do Setor de Licitações;

1.5 – Caso entenda necessário, o (a) Pregoeiro (a) e equipe poderão suspender a sessão do Pregão para diligenciar junto às empresas licitantes para verificação dos produtos cotados; e

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

1.6 – Quando solicitadas, as licitantes enviarão, no prazo máximo de 2 (dois) dias úteis, amostras dos produtos cotados que serão analisadas pelo setor requisitante dos produtos, para fins de verificação e manifestação, sobre a qualidade do produto e quanto à adequação das características com as especificações descritas pelo Anexo I, deste Instrumento Convocatório."

2. BREVE INTRODUÇÃO.

2.1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA CONSTITUCIONAL-ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL – PRINCÍPIO DE UTILIDADE PÚBLICA.

Ensina o Grandioso e Magistral Professor **RUY CIRNE LIMA** o **"Doutor Ruy"** como foi chamado no Rio Grande, formou-se na Faculdade de Direito de Porto Alegre, em 1928, da qual foi posteriormente diretor de 1967 a 1971 e onde lecionou por 42 anos, várias disciplinas, entre elas Direito Internacional Privado, Direito Público Internacional, Direito Romano, Direito Administrativo e Ciência da Administração[1], dizendo:

"Corrida a primeira metade do século XIX, já se não discute, a sério, no Brasil a existência do Direito Administrativo. Esse Direito Administrativo gira ao redor das atribuições contenciosas das autoridades administrativas. Além desse círculo acaba-se

[1] Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

o Direito Administrativo, – tudo são operações mecanicas ou negócios de direito privado. Desde essa época se reconhece, entretanto, a existência do Direito administrativo como disciplina jurídica autônoma. E desde essa época reconhece-se, igualmente, ao Direito Administrativo o caráter de direito especial.

Demonstra-se, com efeito, o mais superficial exame das normas do Direito Administrativo a presença de materiais alheios, tirados a ramos do direito de âmbito mais geral, dispostos, porém, de forma nova, – acumulados na direção especial, que lhes imprime um princípio fundamental também novo. Não é dificil, de resto, determinar qual é esse princípio fundamental, que faz do Direito Administrativo direito especial e, ao mesmo tempo, disciplina jurídica autonoma: – é o princípio de utilidade pública."[2]

E continua o **Jurista Dr. RUY CIRNE LIMA**:

[2] Princípios de Direito Administrativo, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1982, pág. 15.

> **"A utilidade pública dá-nos, por assim dizer, o traço essencial do Direito Administrativo. A utilidade pública é a finalidade própria da administração pública, enquanto <<prove a segurança do Estado, a manutenção da ordem pública e a satisfação de todas as necessidades da sociedade>>.**[3]

Posto isto, dentro do princípio da utilidade pública, o controle da Administração Pública, em todos os seus sentidos, devem ser combinado entre outros princípios, informadores da ação administrativa, com o **princípio da utilidade pública**.

Assim.

A implantação de **"políticas públicas sociais"** é de suma importância para todos os entes Estatais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) – que devem envolver o planejamento até a efetiva realização de suas execuções para finalizar na concretização. Reuni para expressar o meu sentimento jurídico, os mais renomados e conceituados Juristas do Brasil e do exterior, para que os Municípios possam se envolver em todos os aspectos traçados pela Constituição da República Federativa do Brasil, as razões de tal sentimento foram propulsadas pelo **Jurista Diogo Freitas do Amaral, Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa** que explica a importância prática dos Municípios vazada nos seguintes termos:

[3] Ob. cit. pág. 15/16.

"Quanto ao **segundo aspecto economicamente**, ensina que: **"o conjunto da administração municipal chama a si a responsabilidade por um número muito significativo de serviços prestados à comunidade, por consideráveis investimentos públicos, nomeadamente em equipamentos colectivos, e por uma intervenção moderada mas apreciável em certos circuitos económicos fundamentais e, de um modo particular, nos sistemas de abastecimento público."**[4]

Assim.

A Constituição da República preceitua nos **"Princípios Fundamentais"** (cf. art. 1º) que **"...constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos": a cidadania (cf. inciso II do art. 3º da CR), a dignidade da pessoa humana (cf. inciso III do art. 3º da CR).**

O **Jurista Alexandre de Moraes** disserta sobre os Fundamentos da República do Brasil, vejamos as lições, com grifos nossos:

"a cidadania: representa um *status* e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas;

a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente a às

[4] Curso de Direito Administrativo, Livraria Almedina – Coimbra, Volume I, 2º edição, 1998, pág. 452.

personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos."[5]

A Constituição da República propaga em seu art. 3º que:

"Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - .....

.....;

III – erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais...;

[5] Direito Constitucional, Editora Atlas, 2003, 13º Edição, pág. 50.

IV – promover o bem de todos..."

O **Jurista José Afonso da Silva** leciona condicionando a interpretação do art. 3º aos **"Princípios relativos à organização da sociedade:** princípio da livre organização social, princípio da convivência justa e princípio da solidariedade (art. 3º, I)... **princípios relativos à prestação positiva do Estado:** (...), princípio da justiça social (art. 3º, III) e princípio da não discriminação (art. 3º, IV").[6]

A Constituição da República prescreve no art. 6º a seguinte redação ao tratar do **"Direitos Sociais"**:

> **"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição."**

O **Desembargador Kildare Gonçalves Carvalho do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** leciona sobre os **"Direitos Sociais"** vejamos:

> **"Os direitos sociais estão assim referidos no Capitulo II do Título II da Constituição, sendo, portanto, considerados como direitos fundamentais... Enquanto que os direitos individuais impõem uma abstenção por parte do Estado, preservando a autonomia dos indivíduos, os direitos sociais, como se mostrou, reclamam "atividades positivas do**

[6] Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 22ª Edição, 2003, pág. 94.

Estado, do próximo e da própria sociedade, para subministrar ao homem certos bens e condições... o conteúdo dos direitos sociais consistente em "um fazer", "um contribuir", "um ajudar", por parte dos órgãos estatais."[7]

O **Título VIII** da Constituição da República trata da **"Ordem Social"** (arts. 193 a 232) sendo a divisão constante nos vários **Capítulos** que **"efetivamente direcionam atitude do Estado Constitucional"** que subdividem-se nas seguintes determinações:

"TÍTULO VIII
DA ORDEM SOCIAL
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÃO GERAL
CAPÍTULO II
DA SEGURIDADE SOCIAL
Seção I
DISPOSIÇÕES GERAIS
Seção II
DA SAÚDE
Seção III
DA PREVIDÊNCIA SOCIAL
Seção IV
DA ASSISTÊNCIA SOCIAL
CAPÍTULO III
DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO

[7] Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positiva –, Editora Del Rey, 10º edição, 2004, págs. 442/443.

Seção I
DA EDUCAÇÃO

Seção II
DA CULTURA

Seção III
DO DESPORTO

CAPÍTULO IV
DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA

CAPÍTULO V
DA COMUNICAÇÃO SOCIAL
CAPÍTULO VI
DO MEIO AMBIENTE

CAPÍTULO VII
DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE, DO JOVEM E DO IDOSO
(Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

CAPÍTULO VIII
DOS ÍNDIOS"

Assistência social recebeu do Jurista e Professor **Hely Lopes Meirelles** um conceito vejamos a lição:

> "**O conceito de assistência social evoluiu de caridade pública ao de proteção legal do indivíduo pelo Estado. Primitivamente, o Poder Público assistia aos necessitados baseado na idéia de beneficiência; modernamente, assiste-lhes por um dever de solidariedade humana, da sociedade para com todos os membros que compõem.**

Perante o Estado – e nessa concepção se entende a União, o Estado-membro e o Município – todo ser humano se apresenta como merecedor de amparo, quer como elemento útil à economia da comunidade, quer como elemento improdutivo por deficiência física, mental ou educacional. Aos indivíduos capazes, o Poder Público deve proteção no sentido de amparar e fomentar a sua produtividade; aos incapazes, no sentido de restituir-lhes a capacidade ou de supri-la com recursos necessários, quando inexeqüível a reintegração ou aproveitamento do indivíduo no seio da comunidade social."[8]

Assim, no **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.01.00.048392-0/PI** interposto pela UNIÃO o Relator **Desembargador Federal Fagundes De Deus**, relatou enaltecendo o **conceito de assistência social**, a citação da presente jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região, é firmada com um efeito complementar a lição plasmada pelo E. Professor Hely Lopes Meirelles, ela é complementar quando discrimina com maior amplitude o conceito de **"ação social"** compreendendo **"...todas aquelas voltadas ao saneamento, à urbanização e às melhorias em geral das condições de vida da comunidade"**.

[8] Ob. cit. Pág. 330.

ESTADO DE MATO GROSSO

MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE

A **Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen Procuradora Regional da República** interroga em suas lições lecionando que:

"**Como dar eficácia às normas que definem a ordem constitucional social? Como definir e dar validade a direitos que não se realizam imediatamente, mas sim evoluem e são preenchidos com significados, que se modificam com os movimentos sociais e com a educação do povo para compreensão e defesa de tais direitos, que não pertencem a um indivíduo isoladamente, mas sim a um grupo, classe ou coletividade? Como dar eficácia a tais direitos, fugindo da definição de normas meramente programáticas?**

A ordem social constitucional estabelece obrigações para o Estado, mas também para toda a coletividade. Orienta a administração na implementação das políticas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade,

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

resguardando o cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto a omissão do Estado..."[9]

Para complementar a aplicação do termo **"assistência social"** chamo o magistério do **Jurista Advogado Fernando Herren Aguillar** Mestre em Teoria do Direito pela Academia Européia de Teoria do Direito de Bruxelas citando Léon Duguit assim explica:

"Essa forma particular de conceber o espaço do Estado em face da empresa privada, que recusa o idealismo e o essencialismo, colide frontalmente com a famosa definição de Léon Duguit:

"serviço público é toda atividade cujo desempenho deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, porque o desempenho dessa atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, que é de tal natureza que não pode ser assegurada completamente senão mediante a intervenção da força governante."[10]

A **Constituição da República** firma vários dispositivos, que consagram tanto a **ordem social**, como primado do desenvolvimento humano, a

[9] Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público – Editora Max Limonad, 2000, págs. 36/37.
[10] Controle Social de Serviços Públicos, Editora Max Limonad, 1999, pág. 119.

Emenda Constitucional n.º 31/2000 introduziu o art. 79 no Ato Das Disposições Constitucionais Transitórias com a seguinte redação:

> **"Art. 79.** É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o **Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza,** a ser regulado por lei complementar com o **objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000).**"

Com base na no magistério de **José Nilo de Castro Advogado, Mestre e Especialista em Direito Público pela UFMG, Especialista em Direito Administrativo e Doutor do Estado, e especialização em Direito Público pela Université de Droit, d'Économie et Sciences Sociales de Paris (Paris II) e Fundador e Presidente do Instituto de Direito Municipal – IDM** leciona o seguinte ensinamento:

> **"..., dentro... do poder de propulsão do Município, incumbe ao Poder Público Municipal buscar alternativas de organização, de formas mais adequadas e eficientes para**

> **prestação de serviços públicos locais e realização de obras públicas, sobretudo dentro do universo da municipalização de serviços, consoante recomenda a ciência administrativa, ciência social aplicada à Administração."**[11]

Diante do **"poder de propulsão do Município"** para alinhar as **Funções da Administração** no sentido de salvaguarda do **interesse público** e a **promoção do bem comum**, tendo como **destinatário do interesse** o **Ser humano** ou **Comunidades de Pessoas**, surge da lição o **interesse público como princípio do Direito Administrativo inclusive no seu aspecto material**, exaustivamente estudado e lecionado pelos Juristas **Hans Julius Wolff** – Juiz no Supremo Tribunal Administrativo de Müster (Alemanha), **Otto Bachof** – Juiz no Supremo Tribunal Administrativo de Stuttgart e Professor de Direito Público em Tübingen, **Rolf Stober** – Diretor do Instituto de Economia da Universidade de Hamburgo e autor de uma extensa obra na área do Direito Administrativo, **Antônio Francisco de Sousa** – Professor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre pelo Instituto de Direito Público da Universidade de Freiburg (Alemanha), vejamos a lição:

> **"O que até agora foi dito sobre fundamentos do direito administrativo objectivo deixou claro que a Administração Pública não é inteiramente livre, no sentido de que a sua acção ou omissão esteja no livre critério, ou mesmo no arbítrio, da autoridade**

[11] Direito Municipal Positivo, Editora El Rey, 6º edição, pág. 339.

administrativa. Pelo contrário, a Administração Pública está sempre vinculada aos fins das suas funções. No Estado de direito democrático, social e ambiental, a vinculação aos fins das funções da Administração Pública significa a salvaguarda e a promoção do interesse público ou do bem comum. Trata-se aqui de um princípio estrutural, não escrito, de toda a forma de manifestação da administração."[12]

E continuam a lecionar os Juristas acima citados, na conciliação sobre o **princípio da legalidade** ante a **execução material dos serviços públicos** como lecionou o **Juiz Federal Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**:

"Num Estado cujo fim é a criação e conservação de uma situação materialmente justa (Estado de Direito Material...) todo o exercício legal do poder respeitar a lei jurídica e o princípio da justiça (...). A exigência da juridicidade material tanto é válida para Administração como para tribunais, para o Governo e para o legislador (...). A exigência da juridicidade material

[12] Direito Administrativo – Vol. 1, Fundação Calouste Gulbenkian, Tradução Antônio F. Sousa, 2006, p. 424.

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

> **também é parte integrante do direito comunitário... Tal como acontece com a primazia da aplicação direito comunitário, poderão surgir no domínio da juridicidade material divergências entre as exigências dos Estados-membros e as exigências do direito comunitário...**
>
> **No entanto, a realização da juridicidade material é um ideal que, devido à imperfeição humana, nunca poderá ser inteiramente alcançado."**[13]

E continuam afirmando os Juristas acima citados, no sentido de amenizar as imperfeições humanas:

> **"O titular do interesse é naturalmente o ser humano.**
>
> **Titulares de interesses também podem ser comunidades de pessoas, especialmente no caso de estarem organizados em grupos de unidades de acção e de ordenação."**[14]

A Constitucionalização dos Direitos Sociais levam a uma organização administrativa, para finalizar a extensa introdução, invoco o magistério do renomado administrativista **Dr. Manoel De Oliveira Franco Sobrinho**:

> **"Divisão das funções de administração**

[13] Ob. Cit. Pág. 433/434.
[14] Ob. Cit. Pág. 426.

É no estudo dos diferentes planos ou níveis da organização administrativa constitucional que vamos encontrar as precisas relações existentes entre as pessoas de direito público e os liames que as unem a agentes, serviços e administrados, (11) ativando-se a administração através de atos que se jurisdicionalizam por força de limites que traduzem competência.

Sem dúvida, somente analisando as cartas constitucionais, as complexidades surpreendem os mais argutos analistas da ordem administrativa que se faz conseqüente. De nossa parte, como vimos afirmando, **a ordem administrativa é uma decorrência da ordem constitucional**. E o fenômeno Administração (organização), resulta da organização política, ou seja, da organização que se dá ao Estado.

Definindo categorias nas atividades permitidas quanto aos poderes, **as cartas constitucionais qualificam na origem o que se pode chamar competências privativas**, ou melhor, a esfera de ação dos organismos centrais e descentralizados, ação esta

> adstrita à finalidade pública, não obstante a diversificação dos meios de atividade administrativa.
>
> Portanto, a competência efetiva-se através de círculos concêntricos, do maior para o menor grau, nas relações entre poderes, órgãos e pessoas, assumindo, do geral para o particular, aspectos que possibilitam a identificação da pessoa jurídica (na maioria dos casos) com a norma e a capacidade volitiva, no sentido do atuar administrativo...
>
> Pois bem, se a atividade administrativa (ação administrativa) por exigências de divisão do trabalho, divide-se e subdivide-se em planos, níveis e ramos, segundo a importância das finalidades a perseguir, participando da prestação de serviços, órgãos ou pessoas, numa distribuição definida de atribuições, (12) fica evidente que a cada momento do procedimento há de haver competência ou alguém competente."[15]

Portanto, vamos fortalecer o **"Controle Interno"**, enfatizar os **Instrumentos de Planejamento – PPA / LDO / ORÇAMENTO MUNICIPAL**, observar a **Lei de Responsabilidade Fiscal**, tudo em razão da assertiva acima que afirma **"a ordem administrativa é uma decorrência da ordem constitucional".**

Assim, passamos a dissertar, na complementação da hermenêutica e interpretação constitucional, sobre as **normas de direito público**.

[15] – Da Competência Constitucional Administrativa, Editora Genesis, 1995, Págs. 39, 40.

Para finalizar chamo o Magistério do **Mestre e Jurista Miguel Maria de Serpa Lopes** que leciona "**interpretar uma lei é revelar o seu sentido e o seu valor fixando-lhe o grau de eficiência num dado meio social onde haja de atuar.**"[16]

Assim, passamos a dissertar, na complementação da hermenêutica e interpretação constitucional, sobre as **normas de direito público.**

2.2. NORMAS DE DIREITO PÚBLICO – INTERPRETAÇÃO JURÍDICA – APLICABILIDADE.

É importante do ponto de vista do Direito Administrativo e Direito Constitucional, adentramos o que seja as normas de Direito Público e como ocorrem as suas interpretações.

Para tanto, trago as lições delineadas pelo renomado Jurista **Carlos Maximiliano** que ocupou os cargos de Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Consultor Geral da República, Procurador Geral da República, Ministro do Supremo Tribunal Federal, leciona nos seguintes termos:

> **"LEIS DE ORDEM PÚBLICA: IMPERATIVAS OU PROIBITIVAS**
>
> **251 – Toda disposição, ainda que ampare um direito individual, atende também, embora indiretamente, ao interesse público; hoje até se entende que se protege aquele por amor a este: por exemplo, há conveniência *nacional* em ser a propriedade garantida em toda a sua plenitude.**

[16] Curso de Direito Civil, volume I, Livraria Freitas Bastos S.A., pág. 114.

A distinção entre prescrições *de ordem pública e de ordem privada* consiste no seguinte: entre as primeiras o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o *fim principal* do preceito obrigatório; é evidente que apenas de modo indireto a norma aproveita aos cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no do indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo primordial.

Os limites de um e outra espécie têm algo de impreciso; os juristas guiam-se, em toda parte, menos pelas definições do que pela enumeração paulatinamente oferecida pela jurisprudência. Quando, apesar de todo esforço de pesquisa e de lógica, ainda persiste razoável, séria dúvida sobre ser uma disposição de ordem pública ou de ordem privada, opta-se pela última; porque esta é a regra, aquela, a limitadora do direito sobre as coisas, etc., a exceção.

252 – Consideram-se de ordem pública as disposições que se enquadram nos domínios do Direito Público; entram, portanto, naquela categoria as constitucionais, as administrativas,

as penais, as processuais, as de polícia e segurança e as de organização judiciária.

(...)

266 – *Interpretação.* **As prescrições de ordem pública, em ordenando ou vedando, colimam um objetivo: estabelecer e salvaguardar o equilíbrio social.** Por isso, tomadas em conjunto, enfeixam a íntegra das condições desse equilíbrio, o que não poderia acontecer se todos os elementos do mesmo não estivessem reunidos. Atingido aquele escopo, nada se deve aditar nem suprimir. **Todo acréscimo seria inútil; toda restrição, prejudicial.** Logo é caso de exegese *estrita.*

Não há margem para interpretação extensiva, e muito menos para analogia.

É sobretudo teleológico o fundamento desse modo de proceder. Só ao legislador incumbe estabelecer as condições gerais da vida da sociedade; por esse motivo, só ele determina o que é de ordem pública, e, como tal, peremptoriamente imposto. Deve exigir o mínimo possível, mas também tudo o que seja

indispensável. Presume-se que usou linguagem clara e precisa. Tudo quanto reclamou, cumpre-se; do que deixou de exigir, nada obriga ao particular: na dúvida, decide-se pela liberdade, em todas as suas acepções, isto é, pelo exercício pleno e gozo incondicional de todos os direitos individuais.

O objetivo do preceito é assegurar a ordem social. o que não seja indispensável para atingir aquele escopo constitui norma dispositiva ou supletiva, exequível, ou derrogável, a arbítrio do indivíduo. Só excepcionalmente se impõe coerções, dentro da órbita mínima das necessidades inelutáveis.

(...)

269 – O Direito Constitucional, o Administrativo e o Processual oferecem margem para todos os métodos, recursos e efeitos de Hermenêutica. As leis *especiais* limitadoras da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se *estritamente*."[17]

[17] Hermenêutica e Aplicação do Direito, Editora Forense, 19º edição, pags. 176, 181.

Portanto, ante a lição acima devemos entender como se aplica as normas do pregão.

3. LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS.

3.1. LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL.

A Constituição da República prescreve a seguinte norma em relação às licitações públicas:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)."

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

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

3.2. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAIS.

3.2.1. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.

A **Lei n.º 8.666/93** institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Diante da legislação pertinente observa-se que a mesma estabelece no Capitulo I os Princípios que norteiam o desenvolvimento da Licitação e dos Contratos:

"Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa

para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

§ 4º (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

§ 1º Os créditos a que se refere este artigo terão seus valores corrigidos por critérios previstos no ato convocatório e que lhes preservem o valor.

§ 2º A correção de que trata o parágrafo anterior cujo pagamento será feito junto com o principal, correrá à conta das mesmas dotações orçamentárias que atenderam aos créditos a que se referem. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

§ 3º Observados o disposto no caput, os pagamentos decorrentes de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24, sem prejuízo do que dispõe seu parágrafo único, deverão ser efetuados no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da apresentação da fatura. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)."

3.2.2. LEI DO PREGÃO – PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS – OBSERVAÇÕES.

A **Lei n.º 10.520** de 17 de julho de 2002 institui no "âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **modalidade de licitação denominada pregão**, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências."

Lucas Rocha Furtado, Procurador do Ministério Público junto ao Egrégio Tribunal de Contas da União – TCU – pós graduado em Direito Administrativo pela Universidade de Salamanca/Espanha e Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília leciona com muita propriedade sobre o pregão, vejamos:

> **"O pregão surge como nova modalidade de licitação a ser utilizada, em algumas situações, alternativamente às modalidades comuns disciplinadas pela Lei nº 8.666/93.**
>
> **A Lei nº 10.520/02 restringe a utilização do pregão a algumas situações especiais, relacionadas à contratação pela Administração Pública de bens e serviços comuns.**

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

A manter o mesmo exemplo – a compra de veículos – se o administrador segue a Lei nº 8.666/93, ele irá adotar a concorrência, a tomada de preços ou convite em função do preço estimado do contrato. Caso o administrador opte pelo pregão para a mesma compra de veículos, o valor estimado do contrato irá interferir apenas na forma de dar divulgação ao pregão, podendo esta última modalidade ser utilizada seja qual for o valor a ser contratado.

Vê-se que pela redação da legislação pertinente, para contratação de bens e serviços comuns, a adoção do pregão é discricionária: se o administrador desejar, pode utilizar o pregão; se preferir, pode utilizar a Lei nº 8.666/93, adotando a concorrência, a tomada de preços ou o convite em função do valor a ser contratado.

No caso do pregão, não há limite de valor para sua utilização. No plano federal, especificamente no âmbito do Poder Executivo, a discricionariedade na adoção do pregão deixa de existir. O Decreto nº 5.450, de 2005, que trata do pregão eletrônico, em

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

seu art. 4°, *caput* e § 1°, dispõe nos termos seguintes:

Art. 4° Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1° O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

7.7.13.4. Procedimentos do pregão.

Ao afirmamos que o pregão é nova modalidade de licitação, isto importa em que ele observa procedimento diverso do adotado pelas modalidades previstas na Lei n° 8.666/93.

De acordo com a Lei de Licitações (art. 43), a concorrência, que serve de parâmetro para as demais modalidades, deve observar o seguinte procedimento:

EDITAL => HABILITAÇÃO => JULGAMENTO => HOMOLOGAÇÃO => ADJUDICAÇÃO

Rua A, n.° 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

O pregão promove algumas alterações nesse procedimento. Essas alterações lograram tornar essa modalidade muito mais célere do que as modalidades da Lei nº 8.666/93.

A primeira inovação do pregão em relação ao procedimento acima descrito consiste na inversão das fases da habilitação e do julgamento. É sabido que a fase da habilitação costuma ser a que mais causa embaraços em uma licitação. É normalmente nesta fase da licitação onde costumam ocorrer a maior parte dos recursos, é nela onde é proposta a maioria dos mandados de segurança. A solução para resolver esses problemas foi alterar o procedimento a ser observado no pregão, fazendo com que a fase da habilitação somente se realize após o julgamento das propostas. Desse modo, **as três primeiras etapas da fase externa do pregão** observam a seguinte ordem:

EDITAL => JULGAMENTO => HABILITAÇÃO

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

Durante a fase preparatória, deve, portanto, a Administração Pública dar atenção especial aos seguintes aspectos:

1. necessidade de justificar a contratação a ser celebrada, de modo a evitar desperdícios ou excessos;

2. definição precisa do objeto – bem ou serviço – a ser contratado;

3. indicação dos elementos técnicos de que se valeu a Administração para definir o objeto e elaboração de orçamento, que deverá refletir a realidade do mercado em que se busca contratar;

4. indicação do pregoeiro e de sua equipe de apoio."[18]

Assim o art. 1° da **Lei n.° 10.520/2002** define a seguinte redação:

"Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei."

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

[18] Curso de Direito Administrativo, Editora Fórum, 2° Edição Revista e Ampliada, 2010, págs. 529, 533, 534, 535, 539.

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;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

§ 2º No âmbito do Ministério da Defesa, as funções de pregoeiro e de membro da equipe de apoio poderão ser desempenhadas por militares.

Art. 4º A **fase externa do pregão** será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º;

II - do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital;

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

IV - cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei no 9.755, de 16 de dezembro de 1998;

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

Unificado de Fornecedores – Sicaf e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

Art. 5º É vedada a exigência de:

I - garantia de proposta;

II - aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame; e

III - pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

3.2.3. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – APLICAÇÃO NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES – PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE – OBSERVAÇÕES.

A Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 110/2000 – estabelece no § 1º do art. 1º o comportamento da Administração Pública diante da gestão fiscal onde estabelece o controle da despesa com pessoal como critério de responsabilidade fiscal, vejamos a redação:

"Art. 1º .....

.....

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se

previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar."

A Lei de Responsabilidade Fiscal prescreve **"ação planejada e transparente"** e que possa **"prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas"** e cita entre tais considerações o **"...cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas..."** entre as quais enquadra-se as aquisições e serviços, obras etc...

A Lei de Responsabilidade Fiscal traça no **"CAPÍTULO IV"** como deve ser o desenvolvimento **"DA DESPESA PÚBLICA"** sendo que na **"Seção I"** já estabelece como deve ser o comportamento "Da Geração da Despesa" observa o regramento positivado na **Lei Complementar n.º 110/2000** descrito abaixo:

"Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

38

§ 1° Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2° A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3° Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4° As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3o do art. 182 da Constituição."

O Jurista **Joel de Menezes Niebuhr** Advogado, Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Professor convidado de Direito

Administrativo da Escola do Ministério Público de Santa Catarina leciona sobre o entendimento e alcance da norma acima citada, vejamos:

> **"O *caput* do art. 16 trata especificamente da criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa. Dessa maneira, compreende-se que as exigências relativas à estimativa de impacto orçamentário-financeiro e à declaração de conformidade orçamentária e financeira às leis pertinentes não incidem em todos os empenhos e licitações, mas somente naqueles em que haja criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental.**
>
> **Nesses termos, a previsão do inciso I do § 4° do art. 16 serve somente para declinar em qual momento devem ser cumpridas as formalidades supracitadas (dos incisos do *caput* do art. 16), pois elas devem ser levadas a cabo de qualquer forma, se for caso de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental, o que, por si só, já as tornariam obrigatórias.**
>
> **Ou seja, vai-se criar, expandir ou aperfeiçoar a ação governamental; torna-se, pois, imperativo obedecer ao prescrito nos incisos do *caput* do art. 16, em suma, elaborar estimativa do impacto orçamentário e declarar a adequação e a compatibilidade orçamentária e financeira com as leis pertinentes. O papel dos incisos do § 4° do**

art. 16 é justamente o de esclarecer que, se a ação governamental implica empenho ou licitação, as referidas formalidades devem ser cumpridas antes que eles sejam realizados.

Esclareça-se, a esta altura, que a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes, bem como a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual, correspondem às *despesas provocadas pela* criação, expansão e aperfeiçoamento da ação governamental; e não apenas às *despesas para* a criação, expansão e aperfeiçoamento da ação governamental.

Portanto, não basta tomar em conta as despesas defluentes do contrato a ser firmado em face do procedimento licitatório; antes disso, é imprescindível avaliar as despesas que advirão da nova projeção da ação governamental como um todo, abrangendo as despesas com o contrato, custo fixo, manutenção, etc.

Para criar nova ação governamental, o custo pode ser bastante reduzido, conquanto mantê-la seja em tudo oneroso. O art. 16, desde o *caput* até a última letra do inciso II do § 4°, revela

preocupação, insista-se, com as despesas provenientes da criação, expansão e aperfeiçoamento de ação governamental como um todo.

Como o inciso I do § 4° do art. 16 da **Lei de Responsabilidade Fiscal refere-se a todas as licitações** que acarretem criação, expansão e aperfeiçoamento da ação governamental, por lógica também as realizadas por meio da modalidade pregão estão sujeitas a tais formalidades."[19]

Neste mesmo sentido trago as lições do Jurista **Carlos Pinto Coelho da Motta** Advogado pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professor de Direito Administrativo:

"3. O QUE A LRF MUDA NAS LICITAÇÕES.

A regra licitatória preexistente – a Lei 8.666/93 –, não apenas em sua concepção geral como em inúmeros ordenamentos específicos, contemplava já, de alguma forma, o necessário liame entre a geração de despesa em obras, serviços e fornecimentos e o equilíbrio das contas públicas. Exemplificam essa afirmativa, entre outros, os arts. 6°, inciso IX e alíneas *a* até *e*; 7°, § 2°, I ao IV, e seu § 6°, 14 e 38. Tais dispositivos já estabeleciam a relação receita/despesa, por meio

de requisitos como projeto básico, quantitativos e planilhas de custos, cautelas referentes a preços etc.

Como ilustração típica, basta citar, na referida Lei 8.666/93, o § 2° do art. 7°, cujo inciso III vincula a abertura de licitação para obras e serviços à *previsão de recursos orçamentários*, assegurando o pagamento das obrigações "no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma".

O inciso IV do mesmo parágrafo exige que o produto esperado da licitação "esteja contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal"... E, a seguir, suaviza: "quando for o caso".

Para compras, a *indicação orçamentária* era exigida pelo art. 14 da Lei 8.666/93. O art. 40, XIV, *b*, da citada norma permitia a divulgação, pelo edital, do cronograma de desembolso máximo por período compatível com a disponibilidade de recursos financeiros.

(...)

Quanto aos dispositivos da LRF referentes à receita, coibindo a renúncia fiscal (arts. 11 a 14),

[19] Licitação Pública e Contrato Administrativo, Editora Fórum, 2° Edição revista e ampliada, 2011, pág. 279

149

> **terão igualmente reflexos concretos nos procedimentos licitatórios e na gestão contratual.**
>
> **(...)**
>
> **Exigências como a de demonstrativo de evolução da receita e de projeção para os três anos seguintes servem de parâmetro para os estudos e estimativas do impacto orçamentário-financeiro dos contratos de serviços, compras e obras, e, por via de consequência, uma exortação à fidedignidade nos cálculos de custo, insumos, tributos e BDI, que representam os totais de preços nos licitações e contratos."**[20]

Aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal no âmbito das Licitações, em quais quer das suas modalidades, atrai o **PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE** estampado no art. 70 da Constituição da República:

> **"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."**

[20] Gestão Fiscal e Resolutividades nas Licitações, Editora Del Rey, 2001, págs. 23/24

Rua A, n.° 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

A doutrina sempre balizadora do nosso parecer, cita o Dr. **Roberto Wagner Lima Nogueira** mestre em Direito Tributário, professor do Departamento de Direito Público das Universidades Católica de Petrópolis (UCP), Procurador do Município de Areal (RJ), membro do Conselho Científico da Associação Paulista de Direito Tributário (APET), o Princípio da economicidade, vejamos:

> "o princípio da economicidade está diretamente vinculado ao princípio da eficiência. Não basta honestidade e boas intenções para validação dos atos administrativos. O princípio da economicidade previsto no art. 70 da CF impõe a adoção da solução mais conveniente e eficiente sobre o ponto de vista da gestão dos recursos públicos, porquanto toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. (23)
>
> o princípio da economicidade segundo a doutrina de Marçal Justen Filho (24) estrutura-se em três fatores que devem ser observados. *Primeiro*, avalia-se a economicidade ou não da solução no momento da prática do ato, tendo em vistas as circunstâncias e padrões razoáveis de

conduta, avaliando-se se ela se apresentou como a mais adequada frente aos conjuntos das informações possíveis de serem obtidas; *segundo*, a observância na tomada de decisão de outros valores que não somente os econômicos. O critério de seleção da melhor alternativa não é sempre a maior vantagem econômica. Por exemplo: se o menor custo envolver riscos à integridade de vidas humanas, o Estado deverá optar por outra alternativa, ainda que economicamente mais onerosa; *terceiro*, a melhor solução não pode estar exclusivamente fundada na vantagem econômica e em detrimento de formalidades jurídicas..."[21]

O princípio da economicidade ou da otimização da ação estatal é esclarecido por **Juarez Freitas** nos seguintes termos:

"No tocante ao princípio da economicidade ou da otimização da ação estatal, urge rememorar que o administrador está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo. Em outro dizer, tem o compromisso

[21] **Informações bibliográficas:** Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Tributo, gasto público e desigualdade social . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 235, 28 fev. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4903>. Acesso em: 01 abr. 2010.

indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública. A violação manifesta do princípio dar-se-á quando constatado vício de escolha assaz imperfeita dos meios ou dos parâmetros voltados para a obtenção de determinados fins administrativos. Não aparecerá, no controle à luz da economicidade, nenhum traço de invasão da discricionariedade, porém se é certo que esta precisa ser preservada, não é menos certo que qualquer discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos de adequação e sensatez."[22]

Assim, todo serviço, obras, aquisições devem pautar pelos instrumentos de planejamento previstos no Município.

3.2.4. DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI N.º 8.666/93 NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NA MODALIDADE PREGÃO.

A **Lei n.º 10.520** de 17 de julho de 2002 determina em seu art. 9º que aplica-se subsidiariamente aos procedimentos licitatórios na modalidade pregão a lei 8.666/93 vejamos a redação do citado artigo:

"Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a

[22] O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, Malheiros Editores, 1997, p. 85 86

modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993."

Ensina o saudoso **Diogenes Gasparini** Advogado, Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP – Professor da Escola Superior de Direito Constitucional de São Paulo, sobre a interpretação da aplicação subsidiária, vejamos a lição:

> "É muito difícil, senão impossível, a lei trazer em seu bojo as prescrições para todas as possibilidades de sua aplicação, nem é conveniente que isso ocorra, pois se tornaria norma concreta e deixaria de ser geral, abstrata e impessoal. **Com a Lei Federal do Pregão não foi diferente, pois previu sua regulamentação e a aplicação subsidiária da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.**
>
> **Com efeito, neste particular, o art. 9° dessa lei estabeleceu que se aplicam subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993.** Portanto, no caso de pregão a realizar-se na esfera da Administração Pública Federal, qualquer que seja sua espécie, aplicam-se as normas da Lei Federal do Pregão e dos Decretos n°s 3.555, de 2000, quando tratar-se de pregão presencial, e 5.450,

de 2005, quando cuidar-se de pregão eletrônico e subsidiariamente a Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública.

A aplicação subsidiária só é legítima quando não houver regra expressa na legislação própria do pregão para atender certas situações e, ainda assim, se essa colmatagem for compatível com os princípios e o espírito dessa modalidade licitatória. Um exemplo esclarece essa ideia. A promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo da licitação está prevista no § 3° do art. 43 da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, mas sua aplicação ao processo do pregão, cuja legislação regente nada dispôs a respeito, em caso em que esclarecimento seja requerido, não está regulada em qualquer dessas leis.

Desse modo, em relação ao pregão, é medida que não deve ser estimulada, dada sua incompatibilidade com o princípio da celeridade observável nessa modalidade licitatória.

Por outro lado, não se trata de aplicação subsidiária o atendimento do § 4° do art. 16 da Lei Complementar Federal n° 101, de 2000, chamada de Lei de Responsabilidade Fiscal, em relação às licitações, já que o pregão é uma modalidade de licitação. Com efeito,

Rua A, n.° 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

aqui se está aplicando essa lei face aos seus próprios termos, não por ser omissa a Lei Federal do Pregão.

É induvidosa, nesse particular, a aplicabilidade dessas regras e princípios bem como a **utilização subsidiária da Lei Federal nº 8.666**, de 1993, nos pregões dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas administrações indiretas, **quando sua legislações forem omissas**."[23]

O Jurista **Jair Eduardo Santana** Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor em cursos de pós graduação PUC Minas Gerais e Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais leciona sobre o assunto da **"...utilização subsidiária da Lei Federal nº 8.666..."** transcrevemos abaixo a lição:

"1.12 Instrumento convocatório (edital)

O edital do pregão é regido pela lei do pregão e, subsidiariamente, pela Lei nº 8.666/93. Por que afirmamos isso? Pelo simples fato de que a experiência tem nos mostrado editais de pregões que são semelhantes a editais de concorrência. Ora, não é esse o "espírito do pregão".

Nesta modalidade – já dissemos isto aqui em diversas oportunidades – a complexidade não tem lugar. Se o

procedimento deve ser simples, ágil, eficiente, essas mesmas características devem estar presentes no instrumento convocatório.

O que estamos advogando no presente instante **é o abandono às arcaicas e imprestáveis cláusulas e condutas administrativas que em nada auxiliam o desate do certame.** Disposições editalícias supérfluas, carregadas de preciosismos e fórmulas desnecessárias devem ser evitadas.

O edital do pregão, para nós, deve ter a medida do qualificativo dos seus objetos: **deve ser simples e comum, tanto quanto possível.**

O conteúdo do edital de pregão está na própria lei primária de regência (Lei n° 10.520/02), mais especificamente nos artigos 3°, I, II e III, e 4°, III, de onde se extrai o que chamamos de "conteúdo mínimo" do edital de pregão.

[23] Pregão – Presencial e Eletrônico – Editora Fórum, 1ª edição, 2° tiragem, 2007, págs. 51/52.

As disposições do artigo 40 (em especial) da Lei n° 8.666/93 entram em cena no edital de pregão de modo subsidiário, suplementar ou complementar conforme o caso."[24]

3.2.5. O TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE – PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS.

O Jurista **Joel de Menezes Niebuhr** Advogado, Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Professor convidado de Direito Administrativo da Escola do Ministério Público de Santa Catarina sobre o entendimento jurídico para aplicação no âmbito das **microempresas e empresas de pequeno porte**:

> **"4.6 Tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte**
>
> **A Lei Complementar n° 123/06 versa sobre o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Como se depreende do seu art. 1°, ela estabelece normas gerais que instauram tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte no âmbito da União, dos estados, do**

[24] Pregão – Presencial e Eletrônico – Manual de Implantação, Operacionalização e Controle, Editora Fórum, 2006, pág. 105 e 106.

Distrito Federal e dos municípios, sobretudo de ordem fiscal. Sem embargo, afora a questão tributária, o legislador resolveu imiscuir-se na seara da licitação pública, prescrevendo normas abertamente estranhas ao regime jurídico que lhes é próprio, já bastante complicado, diga-se de passagem, o que causa espécie e dificuldades de toda a sorte.

A Lei Complementar prescreve normas que afetam as licitações públicas nos seus artigos 42 a 49.

Os artigos 42 e 43 enunciam normas sobre a comprovação da regularidade fiscal por parte das microempresas e das empresas de pequeno porte. Os artigos 44 e 45 estatuem em favor delas "direito de preferência". O art. 46 autoriza-as a emitir cédula de crédito microempresarial, na forma de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. E, enfim, os artigos 47, 48 e 49 dispõem sobre "tratamento privilegiado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

porte", que é o objetivo do presente estudo."[25]

E continua o Jurista **Joel de Menezes Niebuhr:**

"5.10.4 Procedimento para a habilitação no pregão em que participa microempresa ou empresa de pequeno porte.

Conforme já tratado em tópico anterior, as microempresas e as empresas de pequeno porte não devem ser inabilitadas de imediato em razão de restrições nos documentos de regularidade fiscal apresentados por elas, a teor do que dispõem os artigos 42 e 43 da Lei Complementar n° 123/06. Havendo alguma restrição, a habilitação delas permanece em suspenso.

O pregoeiro deve proceder da seguinte maneira: encerrada a habilitação, havendo alguma restrição em documento de regularidade fiscal apresentado por microempresa ou empresa de pequeno porte, ele deve declará-la vencedora.

Então, deve conceder o prazo de dois dias úteis, prorrogáveis por igual período, para

[25] Licitação Pública e Contrato Administrativo, Editora Fórum, 2° Edição revista e ampliada, 2011, pág. 294/295.

que a microempresa ou empresa de pequeno porte regularize sua situação. Se ela o fizer, o pregoeiro deve habilitá-la e dar seguimento a sessão, passando à fase recursal. Se não o fizer, o pregoeiro deve inabilitá-la e passar a tratar da proposta e dos documentos de habilitação do segundo colocado, em observância ao inciso XVI do art. 4° da Lei n° 10.520/02."[26]

No complemento da lição acima, trago as lições proferidas pelo Jurista **Marçal Justen Filho** Advogado formado pela UFPR em 1977, mestre (1984) e doutor (1985) em Direito do Estado pela PUC-SP, foi Professor titular da Faculdade de Direito da UFPR de 1986 a 2006:

"Capítulo IV – **Requisitos Legais e Qualificação Formal**

A primeira questão específica proporcionada pelas **normas sobre licitação contempladas na LC n° 123 reside na comprovação do preenchimento dos requisitos para auferir os benefícios correspondentes.**

[26] Ob. Cit. pág. 420.

Rua A, n.° 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

Como é evidente, qualquer tratamento diferenciado em favor de pequenas empresas deverá ser cercado de cautelas para evitar a frustração da finalidade buscada. Se grandes empresas puderem ser atingidas pelo benefício, o resultado prático será a desnaturação do sistema.

A configuração de uma ME ou de uma EPP é objeto de disciplina específica da LC n° 123. É necessário ressaltar que essa qualificação foi delineada especificamente para a outorga de benefícios tributários. Ou seja, não se trata de estabelecer um regime, fixando exigências e proibições destinadas a assegurar preponderantemente certos resultados no âmbito das licitações públicas. Afinal, a LC n° 123 destinou-se essencialmente a produzir o tratamento preferencial tributário das pequenas empresas. Mas existem também benefícios no âmbito das licitações. Logo, torna-se indispensável examinar tais requisitos, ainda que o operador jurídico não tenha por escopo o reconhecimento ou a rejeição de vantagens tributárias.

IV.2 – Controle Administrativo do Preenchimento dos Requisitos

A Administração deverá adotar controle específico no tocante ao preenchimento dos requisitos previstos na LC n° 123.

IV.2.1 – A qualificação formal

Em princípio, a qualificação como ME ou EPP consta do próprio nome empresarial do sujeito. Assim está previsto no art. 72 da LC n° 123. Portanto, é possível identificar a condição do sujeito tão somente pelo exame de seu nome empresarial.

IV.2.2 – A insuficiência do exame do nome empresarial

No entanto, é impossível eliminar o risco de que a empresa, não obstante tenha deixado de fazer jus aos benefícios, omita a alteração em seu nome empresarial. Assim se passará quando a entidade, constituída como ME ou EPP, deixar de preencher os requisitos para

Rua A, n.° 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

tanto e omitir a alteração de sua inscrição no Registro apropriado.

Daí se segue que a percepção dos benefícios, no âmbito de licitações, impõe à Administração Pública o dever de verificação da presença dos referidos requisitos.

IV.2.3 – O ingresso no Simples

Tal como exposto no item anterior, é inadequado condicionar a fruição dos benefícios licitatórios à demonstração de que o sujeito participa do sistema Simples.

Portanto, a comprovação de que o sujeito está inscrito no Simples gera apenas uma presunção de preenchimento dos requisitos para também se beneficiar das vantagens no âmbito licitatório.

IV.3 – A Qualificação Específica

Portanto, a Administração Pública não poderá restringir o seu exame à mera verificação do nome comercial do interessado. Nem será adequado exigir a comprovação da inscrição perante o Simples. Será necessário

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

164

adotar um controle específico sobre o tema.

(...)

IV.3.4 – A questão no âmbito do pregão

Reputa-se que a qualificação prévia se impõe com ainda maior necessidade no tocante ao pregão.

Quando se tratar de pregão comum, a ausência de exame prévio da habilitação impedirá à Administração Pública o acesso à documentação constitutiva do licitante. Portanto, a ausência de uma formalidade de qualificação prévia das pequenas empresas geraria incidentes incompatíveis com a natureza do pregão.

A primeira questão a ser enfrentada relacionar-se-ia ao próprio conteúdo da declaração de regularidade, exigida dos participantes por força do art. 4°, inc. VII, da Lei n° 10.520. Ora, se o sujeito não dispuser de regularidade fiscal e pretender beneficiar-

Rua A, n.° 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

se do regime da LC n° 123, estará obrigado a declarar essa situação previamente."[27]

Após todas as considerações acima citadas passamos as considerações do **Registro de Preços** como instrumento de efetividade nas aquisições e serviços públicos.

3.2.6. DO REGISTRO DE PREÇOS – DETALHES – LEGAIS – LEI 8.666/93 – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.

Em observação a Lei n.° 8.666/93 extraímos do art. 15 as seguintes colocações em relação ao Registro de Preços:

"Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (Regulamento)

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

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

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as

[27] O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas (2° edição, revista e atualizada, de acordo com a Lei

peculiaridades do mercado, visando economicidade;

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 1° O **registro de preços** será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2° Os **preços registrados** serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3° O sistema de **registro de preços** será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§ 4° A existência de **preços registrados não obriga a Administração a**

Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007). Editora Dialética. 2007. págs. 45,46,47,49

firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

A **Dra. Eliana Goulart Leão** Procuradora do Município de São Paulo, Advogada, Especialista em Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental disserta sobre o **Sistema de Registro de Preços – SRP**:

"O sistema de registro de preços consiste num procedimento especial de licitações e contratação que pode ser adotado para compras cujos objetos constem em materiais, produtos ou gêneros de consumo frequente pelo Poder Público. Sua utilização agiliza incrivelmente as aquisições na área pública, permitindo que

estas sejam efetuadas sem grandes entraves burocráticos. Além disso, constitui ele um método eficaz para a adaptação, às contingências da vida moderna, dos princípios constitucionais e legais norteadores das atividades da Administração, contribuindo para tanto com a eliminação de uma série de medidas supérfluas e desnecessárias.

Por *sistema* deve-se entender uma série ordenada de elementos interagentes, estruturados de forma a possibilitar o atingimento de um resultado ou finalidade comum. O sistema de registro de preços, como procedimento administrativo que é, compreende uma sequência de atos administrativos interligados, cuja prática possibilita a realização de aquisições pelo Poder Público de acordo com as exigências constitucionais e legais."[28]

E continua a explicitar a sua lição a **Dra. Eliana Goulart Leão** agora sobre a **publicação trimestral dos preços**, vejamos:

"Determina o art. 15, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93:

"§2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial."

Este mandamento da lei não constitui norma geral norteadora do sistema de registro de preços. É uma norma específica cuja expedição decorre da competência atribuída pela Constituição às entidades federadas em virtude da autonomia administrativa que a elas confere. É livre à União, aos estados-membros, aos municípios e ao Distrito Federal determinar a periodicidade das publicações dos seus atos administrativos, obrigatórios em decorrência do princípio constitucional da publicidade (CF, art. 37, *caput*).

Assim sendo, de acordo com § 2º do art. 15 da Lei das Licitações, no âmbito administrativo federal, os preços registrados deverão ser publicados trimestralmente. Outros períodos poderão ser determinados em leis específicas estaduais, municipais ou do Distrito Federal para a mesma publicação.

De acordo com o **princípio da publicidade dos atos da Administração preconiza no art.**

[28] O Sistema de Registro de Preços, Editora Brasília Jurídica, 2º edição, 2001, pág. 15.

37, *caput*, da Carta Política de 1988, e também no art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, a Administração deverá tornar públicos todos os seus atos que importarem em decisão, ou melhor, dos quais decorrem efeitos jurídicos. E o registro de preços comporta uma decisão administrativa tendente à sua realização, gerando uma expectativa de direitos e obrigações.

Uma interpretação um pouco forçada dos mandamentos contidos nos §§ 5º e 6º do mesmo artigo leva ao entendimento de que se referem estes mais à pesquisas de preços necessárias ao sistema do que a este último. De acordo com esses dispositivos, a Administração é obrigada a ter um quadro geral de preços, de preferência informatizado, que possibilitará a impugnação dos valores neles constantes por qualquer cidadão. Consideramos que não se trata, no caso, de impugnação de preços registrados, mas sim de preços resultantes das pesquisas que servirão de base às aquisições por intermédio do registro. Ressalte-se que estas considerações são baseadas mais em suposições do que em qualquer outra coisa. O mais correto seria reconhecer uma falha da lei neste ponto, confundindo o quadro, arquivo ou lista de preços com o sistema de registro de preços.

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

> **É bastante comum o fato de o sistema de registro de preços ser confundido com o rol das providências tendentes à elaboração dos 'quadros de preços', 'listas de preços', 'arquivos de preços' ou até mesmo 'cadastro de fornecedores."**[29]

E continua a explicitar a sua lição a **Dra. Eliana Goulart Leão** agora sobre a **ampla pesquisa de mercado**, vejamos:

> **"A lei das Licitações, no dispositivo transcrito, determina que as concorrências realizadas com a finalidade de registrar preços sejam precedidas de 'ampla pesquisa de mercado', mas não veda o processamento daquelas durante o prazo de validade do registro, em que serão de especial valia para o controle dos preços registrados, em relação aos valores vigentes na praça.**
>
> **Durante a vigência de uma ata (ou validade do registro), poderão ser feitas pesquisas a respeito dos preços nela registrados para o objeto, sendo que, se constatada a superioridade destes, à**

[29] Ob. Cit. págs. 69/70.

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

Administração será preferível a abertura de uma licitação especificamente para a compra da quantidade pretendida na ocasião, ou então a adoção de outro procedimento legalmente autorizado para tanto, além da verificação da conveniência ou não do cancelamento da ata. **A compatibilidade dos preços registrados com os de mercado** não deve ser considerada em graus extremos. Por exemplo, se existirem preços registrados no valor de R$ 11,00 (onze reais) por unidade, não se poderá dizer, no caso de realização de uma pesquisa de mercado que constatou o valor unitário de R$ 10,00 (dez reais), que os valores registrados sejam incompatíveis com os de mercado, de maneira a ensejar o cancelamento da ata. Deve haver uma certa razoabilidade e ponderação nessa parte, para que não sejam cometidas injustiças ou improbidades.

A **pesquisa dos preços** de mercado é **obrigatória** no sistema de registro de

173

preços e tem por objetivo fornecer o embasamento necessário à comissão de licitação para o julgamento das propostas apresentadas na licitação.

Devido as seu fim específico, **as pesquisas dos preços de mercado devem ser construídas de modo que possam ser executadas com agilidade e rapidez**, pois uma das vantagens do sistema de registro é evitar processos burocráticos demorados.

A legislação, ao exigir uma pesquisa ampla: Lei nº 8.666/93 art. 15, § 1º: 'O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado', deixou propositalmente em aberto as definições das bases da pesquisa. Isto porque, por ampla podemos entender o mais ampla possível, dentro de condições possíveis, ou seja, tempo e custo.

É preciso considerar que as pesquisas serão repetidas durante o ano, na época da licitação ou quando

houver alterações comprováveis nos custos e preços de mercado, ou mesmo periodicamente, se a Administração julgar conveniente.

Uma pesquisa científica tem que considerar a influência de todos os elementos que compõem seu universo, seja coletando os dados de todos os elementos, sem exceção, ou retirando amostras representativas de suas partes para a elaboração das estimativas dos parâmetros que definem a distribuição desses fatores.

O conjunto de todas as empresas que comercializam determinado produto define o universo da pesquisa dos preços de mercado".[30]

E continua a explicitar a sua lição a **Dra. Eliana Goulart Leão** agora sobre a **ata de registros de preços**, vejamos:

"A Ata de Registro de Preços é o documento em que se registram, de acordo com o edital da concorrência, os preços das propostas classificadas e que estabelece as exigências e

[30] Ob. Cit. pág. 73.

condições para os futuros contratos a serem celebrados entre as suas detentoras e a Administração.

A ata de registro de preços não é um contrato de fornecimento, mas sim um instrumento obrigacional unilateral, regido pelo direito público, sem conotação de contraprestacionalidade própria dos contratos resultantes das licitações comuns. Nela, apenas as empresas fornecedoras se obrigam a, quando da celebração de contratos futuros, proceder de acordo com as condições e exigências estabelecidas. Pode-se, sem compromisso doutrinário, comparar a ata de registro de preços a uma espécie de protocolo de intenções entre a Administração e os fornecedores que tiveram seus preços registrados para a celebração de contratos futuros. Nela constam apenas as obrigações a serem cumpridas pelas empresas fornecedoras quando da celebração de futuros ajustes para fornecimento do objeto.

É bastante interessante observar que, mesmo não sendo ela um contrato de fornecimento, é na ata

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

176

que são estabelecidas todas as condições e exigências a serem impostas em ajustes com declaração posterior. Esses contratos 'futuros', na realidade, serão consubstanciados nas notas de empenho (ou instrumentos equivalentes) que a Administração emitir para pagamento da despesa correspondente a cada ordem de fornecimento por ela dirigida às empresas detentoras.

Leciona com propriedade **Edgar Guimarães** Advogado, Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e **Joel de Menezes Niebuhr** Advogado, Doutor em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Professor convidado de Direito Administrativo da Escola do Ministério Público de Santa Catarina leciona sobre o entendimento e alcance da norma acima citada, sobre **ata de registros de preços** vejamos:

"Assinada a ata de registro de preços, a Administração não adquire os quatrocentos pneus de uma vez, nem assume o compromisso de adquiri-los. A Administração adquirirá os pneus gradualmente, de acordo com as suas demandas.

No primeiro mês de vigência da ata de registro de preços, dez pneus, noutro trinta pneus, noutro quinze, e assim de acordo com a sua demanda. Se for necessário, durante o prazo de validade da ata, adquirir os trezentos pneus, que corresponde à estimativa inicial da Administração, então ela irá adquirir e pagar pelos trezentos pneus. Se for necessário adquirir somente duzentos e cinquenta pneus, então ela irá adquirir somente duzentos e cinquenta pneus. Se a estimativa inicial da Administração, de trezentos pneus, for insuficiente, não haverá problemas, ela poderá, se for o caso, contratar até quatrocentos pneus, que corresponde ao quantitativo total licitado e consignado na ata de registro de preços."[31]

E continuam **Edgar Guimarães**, e **Joel de Menezes Niebuhr** sobre **ata de registros de preços** explicitando que a mesma não confunde com contrato vejamos lição:

[31] Registros de Preços – Aspectos práticos e jurídicos – Editora Fórum, 2008, pág. 27.

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

"Como dito, **a ata de registro de preços não se confunde com o contrato.**

O registro de preços abrange três etapas: licitação, ata de registro de preços e contrato.

Encerrada a licitação, o fornecedor assina a ata de registro de preços e, depois disto, de acordo com a demanda da Administração, contratos.

O prazo da ata de registro de preços não se sujeita às regras do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, que dizem respeito, diga-se mais uma vez, aos contratos. A duração da ata de registro de preços é de até um ano. Entretanto, este prazo de um ano não precisa coincidir com o crédito orçamentário. Ou seja, a Administração pode dispor de ata que vá de julho a julho, de março a março, conforme a conveniência dela. Dentro desse prazo, de validade da ata de registro de preços, a Administração poderá firmar vários

contratos, de acordo com a sua demanda, que serão registrados, por sua vez, pelo artigo 57 da Lei nº 8.666/93."[32]

E continuam **Edgar Guimarães**, e **Joel de Menezes Niebuhr** sobre **elaboração do edital** explicitando que a mesma não confunde com contrato vejamos lição:

> **"Regras a serem observadas na elaboração do edital.**
>
> **Conforme manifestação deste autor, registrada em trabalho publicado anterior mente, por força do que dispõe o princípio da legalidade, as ações do administrador público estão sujeitas às disposições legais, sendo apenas caracterizadas como legítimas se conformes ao ordenamento jurídico.**
>
> **O administrador, portanto, não está autorizado a incluir no edital do certame qualquer dispositivo contrário às normas constitucionais, legais e regulamentares atinentes aos autos administrativos em geral,**

[32] Ob. Cit. pág. 33.

sob pena de anulação do instrumento viciado.

A elaboração do instrumento convocatório regedor do procedimento licitatório para registro de preços deve, no que couber, respeitar as regras gerais contidas no artigo 40 da Lei nº 8.666/93, aquelas constantes na Lei nº 10.520/02, se a modalidade adotada for pregão, as disposições do Decreto Federal nº 3.931/01, se a entidade instituidora pertencer à esfera federal, e ainda as prescrições da Lei Complementar nº 123/06.

Assim, *grosso modo,* a licitação para registrar preços, com algumas pequenas peculiaridades, é instaurada, processada e julgada de acordo com o regime jurídico aplicável a qualquer outro certame.

Uma dessas peculiaridades diz respeito À ênfase que deve ser dada À finalidade da licitação, ou seja, o edital deve deixar muito claro que o objetivo da competição é apenas *registrar* fornecedores e seus respectivos preços para o objeto ali especificado, sem qualquer obrigatoriedade de contratação.

Outras particularidades estão dispostas nos incisos do artigo 9º do Decreto Federal nº 3.931/01, como, por exemplo, **a fixação de preço máximo que a Administração se propõe a pagar, a quantidade mínima de unidades a ser cotada por item (no caso de bens), prazo de validade do registro, órgãos e entidades participantes, a oferta de desconto sobre a tabela de preços, a apresentação de proposta diferenciada**

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

por região quando o contrato for executados em locais diferentes."[33]

Leciona **Sidney Bittencourt** é Mestre em Direito pela UGE, Assessor-Chefe da Assessora Jurídica de Licitações, Contratos e Atos Administrativosd da Diretoria de Administração da Marinha, órgão normatizador da matéria na Marinha do Brasil sobre **ata de registros de preços** vejamos:

> **"Realizar, quando necessário, prévia reunião com licitantes, visando informá-los das peculiaridades do SRO e coordenar, com os órgão participantes, a qualificação mínima dos respectivos gestores indicados (inciso IX).**
>
> **A realização de reuniões com os possíveis futuros fornecedores e prestadores de serviços, objetivando buscar subsídios para a elaboração do edital e da minuta de contrato, além de definir com clareza os deveres e responsabilidades, é procedimento corriqueiro no âmbito das licitações, apesar de não estar positivado em nenhuma norma.**
>
> **Agora, principalmente em face das peculiaridades do SRP, resolveu o elaborador do texto regulamentar dispor o procedimento de maneira clara.**
>
> **As reuniões com os Órgãos Participantes são mais do que salutares, tendo vestes de**

[33] Ob. Cit. págs.

obrigatoriedade, de modo que se possa dar andamento no certame sem percalços.

O texto normativo faz carga quanto à coordenação da qualificação mínima dos gestores a serem indicados pelos Órgãos Participantes. Note-se que o § 4º, logo à frente, dispõe que cabe ao Órgão Participante indicar o gestor do contrato, estabelecendo competências além daquelas prescritas no art. 67 da Lei nº 8.666/93. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes enumera com desenvoltura as informações que deverão ser passadas pela Administração nessa reunião, todas voltadas para as peculiaridades do SRP:

- o SRP não constitui compromisso de compra;

- permite a cotação de quantidades inferiores à exigida, nos limites mínimos denominados lotes;

- o preço pode variar até pelo local de entrega;

Os licitantes que cotarem abaixo do preço apresentado no edital poderão ter seus preços registrados;

- em condições excepcionais, os preços registrados poderão ser revistos para menos ou para mais;

- o registro será válido por um ano;

- os licitantes que tiverem preços registrados terão preferência em outra licitação no mesmo

órgão, quando em condições de igualdade na oferta;

- será exigida a prontidão do fornecedor ou prestador do serviço para o cumprimento do contrato;

- será exigido que, não podendo o fornecedor atender AP interesse da Administração, o fato seja comunicado antes do pedido de fornecimento, como condição mínima para exonerar-se de penalidade;

- poderão fornecer a outros órgãos, além dos denominados Órgãos Participantes, sem licitação, nos termos do art. 8º do decreto, desde que não comprometam a capacidade de fornecimento assumida na ata;

- as condições de participação e cancelamento do registro e as penalidades cabíveis;

- trata-se de um instrumento novo, pautado na honestidade da relação entre agentes públicos e fornecedores e poderá, com o êxito pretendido, ser um marco nas licitações públicas."[34]

Essas são as peculiaridades do Pregão para o Registro de Preço que deve ser observadas pela Comissão de Licitação/e/ou/equipe de pregoeiro.

Passamos análise somente do **edital** na sua estrutura *jurídica*, **excepcionamos** neste momento que o **objeto** e **análise de preços**

[34] Licitação de Registro de Preços, Editora Fórum, 2º edição, 2008, pág. 70.

ESTADO DE MATO GROSSO
MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE

(quantitativos, qualitativos, financeiros, Matemáticos) posto no processo licitatório **não** foram analisados pela assessoria jurídica por não ser do nosso **conhecimento cientifico**.

4. DA ANÁLISE DA MINUTA DE EDITAL DA MINUTA DE CONTRATO DE LICITAÇÃO – O PROCESSO LICITATÓRIO Nº 006/2015, EDITAL DE LICITAÇÃO PREGÃO Nº 005/2015 – MODALIDADE PREGÃO – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA REGISTRO DE PREÇOS.

4.1. DA MINUTA DO EDITAL – ANÁLISE.

Passo análise da **minuta de edital – PROCESSO LICITATÓRIO Nº 006/2015, EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 005/2015, MODALIDADE PREGÃO – PROCEDIMENTO DE REGISTRO DE PREÇOS –** apresentado pela Comissão de Licitação.

Trago a baila a lição proferida pelo Jurista **Jair Eduardo Santana** sobre o conteúdo do Edital:

> **"o conteúdo do Edital de pregão está na própria lei primária de regência (Lei n.º 10.520/02), mais especificamente nos artigos 3º, I, II e III, e 4º, III, de onde se extrai o que chamamos de "conteúdo mínimo" do edital de pregão.**
>
> **As disposições do artigo 40 (em especial) da Lei 8.666/93 entram em cena no edital de pregão de modo subsidiário, suplementar ou complementar conforme o caso."**[35]

[35] Ob. Cit. págs. 106.

O art. 3° da Lei n.° 10.520/02 estabelecem as seguintes orientações:

> **"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;**
>
> **II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;**
>
> **III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados..."**

Vejamos a conteúdo do art. 4°, III da Lei n.° 10.520/02:

> **"Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:**

81

> **III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso."**

Adentrando ao caso concreto.

O objeto foi delineado no edital submetido para análise, descrevo abaixo resumidamente:

> **"1. DO OBJETO**
>
> **1.1 – A presente licitação tem como objeto o Registro de Preços para futura e eventual aquisição de gêneros alimentícios (merenda escolar PNAE), para o funcionamento das Unidades Escolares da Rede Municipal de Ensino."**

O Jurista **Márcio Dos Santos Barros**, Advogado, Administrador de Empresas, Economista, ocupou o Cargo de Secretário-Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e Professor do Instituto Serzedello Correia ensina que o entendimento estampado no inciso I do art. 40 leva a seguinte interpretação:

> **"É essencial que a descrição do objeto da licitação seja sucinta, mas jamais incompleta, clara, mas jamais simplista; até porque, ele não poderá ser alterado durante o procedimento licitatório. O objeto do contrato**

a ser assinado com o licitante vencedor será exatamente aquele estabelecido no edital. Para acréscimos e supressões no objeto contratado, ver art. 65, § 1º."[36]

Compulsando o Edital de Licitação apresentado para análise destaco especificação da **"DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA"** conforme acima citado, as implementações das ações governamentais devem ser minuciosamente detalhadas, vejamos o detalhamento da dotação orçamentária:

"2 . DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

2.1 - A despesa decorrente do objeto desta licitação ocorrerá à conta da Dotação Orçamentária:
Gabinete da Secretaria Municipal de Educação.
06.01.12.361.5007.5041.33.90.32 – Material de Distribuição gratuita.
Manutenção do Programa PNAE/FNDE."

O Planejamento Orçamentário de um Município reflete sobre as finanças públicas, fortalecendo o equilíbrio entre receitas e despesas.

No artigo 165 da Constituição Federal, preceitua a seguinte redação:

"Art. 165 - Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
I – o Plano Plurianual;

[36] Comentários Sobre a Licitações e Contratos Administrativos, Editora NDJ, Fevereiro/2005, pág. 502.

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

II – as Diretrizes Orçamentárias;

III – os orçamentos anuais."

Buscamos, no Jurista **Ives Granda Martins**, o entendimento do artigo acima:

> **"Do ponto de vista técnico, todavia, bem agiu o constituinte outorgando a iniciativa legislativa para definir os Orçamentos Nacionais para o ano seguinte ao Poder Executivo.**
>
> **É este que conhece a realidade sobre a qual atua, com o que oferta elementos de melhor julgamento para que o legislador aprove ou não a peça orçamentária, impedindo, por outro lado, que projetos de ocasião, populares e demagógicos, sejam apresentados desestimulando-se a máquina administrativa sobre a qual cabe ao Poder Público atuar."**[37]

Essa força impositiva nasce da Constituição da República, e delimita a atuação Municipal na hora de efetuar despesas, seja elas de qualquer natureza, sempre sujeito a observação da norma jurídica (Constitucional e Infraconstitucional), nessa ótica de observações devem ser obrigatoriamente incluídos os **princípios**

[37] – Comentários a Constituição do Brasil, 6º V, Tomo II.

constitucionais, especialmente o da segurança jurídica e da economicidade.

Outro aspecto que extraio do edital ora, sob análise, trata dos **documentos de habilitação** destaco entre eles os seguintes:

> **"11. DOS DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO**
>
> **11.1. Será considerada habilitada a licitante que apresentar os documentos a seguir listados, observando que:**
>
> **11.1.1. A licitante que declarar que cumpre os requisitos de habilitação e não os cumprir será inabilitado e sujeito às penalidades legais;**
>
> **11.1.2. Constituem motivos para inabilitação da licitante, ressalvada a hipótese de saneamento da documentação, prevista no subitem 4.1.1:**
>
> **11.1.2.1. A não apresentação da documentação exigida para habilitação;**
>
> **11.1.2.2. A substituição dos documentos exigidos para habilitação por protocolos de requerimento de certidão;**
>
> **11.1.2.3. A apresentação de documentação de habilitação que contrariar qualquer**

dispositivo deste Edital e seus Anexos;

11.1.2.4. Os documentos que não possuírem prazo de validade, somente serão aceitos com data não excedente a 90 (noventa) dias de antecedência da data prevista para apresentação das propostas, exceto atestado;

11.1.2.5. Os documentos necessários à Habilitação que puderem ser extraídos através da internet comprovando sua validade serão impressos, excepcionalmente, pelo Pregoeiro ou um dos membros da equipe de apoio, apenas para efeitos de comprovação de autenticidade daqueles apresentados;

11.1.2.6. O envelope referente aos documentos de habilitação deverá conter os documentos em originais atualizados, ou cópia de cada documento, individualmente autenticada, ou ainda, cópias simples autenticadas pelo Pregoeiro ou sua Equipe de Apoio, não se aplicando aos documentos que puderem ser extraídos via internet.

Obs.: O licitante que desejar que suas cópias sejam autenticadas pela Comissão deverá

trazer as mesmas com antecedência mínima de 1(um) dia da data marcada para abertura do certame, devendo estar acompanhadas dos respectivos originais.

11.2. Os documentos de habilitação, que deverão ser apresentados na sessão pública, de forma numerada, sequencial e inseridos no envelope n. 2são os seguintes:

DOCUMENTAÇÃO PARA EMPRESAS CADASTRADAS NA PREFEITURA

11.3 - Para a habilitação das empresas cadastradas nesta Prefeitura e que tenham o Certificado de Registro Cadastral – CRC dentro do prazo de validade, faz-se necessária à apresentação, em única via, em envelope separado, não transparente e devidamente lacrado denominado **ENVELOPE N.º 2– DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO,** dos seguintes documentos, sob pena de inabilitação:

a) Declaração de que inexistem fatos supervenientes ao seu cadastramento junto a esta **PREFEITURA,** impeditivos para a sua habilitação na presente licitação (podendo

ser adotado o modelo constante do Anexo IV deste Edital).

a.1) No caso de microempresa e empresa de pequeno porte que, nos termos da Lei Complementar n. 123/2006, possuir alguma restrição na documentação referente à regularidade fiscal, esta deverá ser mencionada, como ressalva, na supracitada declaração.

a.2) A microempresa ou empresa de pequeno porte que usufruir dos benefícios de que trata a Lei Complementar n. 123/2006 deverá apresentar, na forma da lei, juntamente com os documentos de habilitação, e declaração de que não se encontra em nenhuma das situações do § 4º do art. 3º da mesma lei.

b) Declaração que não possui em seu quadro de pessoal, empregado(s) com menos de 18 (dezoito) anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre e menores de 16 (dezesseis) anos em qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 (quatorze) anos, nos termos do inciso XXXIII, do artigo 7° da Constituição da República,

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

inciso V, artigo 27 da Lei n. 8.666/93 (conforme modelo Anexo III);

c) Declaração da própria Empresa de que não existe em seu quadro de empregados, servidores públicos exercendo funções de gerência, administração ou tomada de decisão (conforme modelo Anexo III).

d) Certidão Negativa de Débitos Municipais, emitida pela Secretaria Municipal de Fazenda, devidamente válida;

e) Certidão Negativa de Débito (CND), devidamente válida, emitida pelo INSS;

f) Certidão de Regularidade do FGTS (CRF), devidamente válida, emitida pela Caixa Econômica Federal, que comprove inexistência de débito perante o FGTS.

g) Certificado de Registro Cadastral – CRC, emitido por esta Prefeitura Municipal, dentro do prazo de validade.

h) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, disponível nos portais na internet: www.tst.gov.br/certidao, www.tst.jus.br/certidao.

11.4 - Na PREFEITURA, para efeitos de habilitação, serão verificados "online" apenas os seguintes documentos: Certidão Negativa de Débito (CND/INSS), Certidão de Regularidade do FGTS (CRF), Certidão Negativa de Débitos emitida pela Secretaria Municipal de Fazenda, quando houver.

11.5 - Para as empresas cadastradas nesta PREFEITURA, cujo cadastro, por ocasião da habilitação, conste os documentos elencados no item 11.3 com prazo de validade expirado, são facultados nos termos do artigo 11, inciso XIII do Decreto n.º 3.555/00, a apresentação dos correspondentes documentos saneadores junto ao (à) Pregoeiro (a), no ato de habilitação. Caso a empresa não apresente os documentos saneadores, esta deverá comprovar uma das seguintes hipóteses:

a) que a entrega dos respectivos documentos junto à Unidade Cadastradora, caracterizada exclusivamente pelo Recibo de Solicitação de Serviço, foi feita no prazo regulamentar; ou

b) Que a regularização não se efetivou em função de greve, calamidade pública, fato de

natureza grave ou problema com linha de transmissão de dados que inviabilize o acesso ao sistema.

DOCUMENTAÇÃO PARA EMPRESAS NÃO CADASTRADAS NA PREFEITURA

11.6. As empresas interessadas que não estão inscritas no cadastro acima deverão apresentar a seguinte documentação:

a) Declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de habilitação, na forma do artigo 32, § 2o, da Lei n. 8.666/93 (conforme modelo Anexo IV);

a.1) No caso de microempresa e empresa de pequeno porte que, nos termos da Lei Complementar n. 123/2006, possuir alguma restrição na documentação referente à regularidade fiscal, esta deverá ser mencionada, como ressalva, na supracitada declaração.

a.2) A microempresa ou empresa de pequeno porte que usufruir dos benefícios de que trata a Lei Complementar n. 123/2006 deverá apresentar, na forma da lei, juntamente com os documentos de habilitação, e declaração

de que não se encontra em nenhuma das situações do § 4º do art. 3º da mesma lei.

b) Declaração que não possui em seu quadro de pessoal, empregado (s) com menos de18 (dezoito) anos em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, menores de 16 (dezesseis) anos em qualquer trabalho, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 (quatorze) anos, nos termos do inciso XXXIII, do artigo 7° da Constituição da República, inciso V, artigo 27 da Lei n. 8.666/93 (conforme modelo Anexo III);

c) Declaração da própria Empresa de que não existe em seu quadro de empregados, servidores públicos exercendo funções de gerência, administração ou tomada de decisão (conforme modelo Anexo III).

11.6.1. Relativos à Qualificação Técnica:

a) Apresentar no mínimo 01 (um) atestado de capacidade técnica emitido por empresa pública ou privada, indicando claramente que a empresa tenha fornecido objeto similar ao contratado.

11.6.2. Documentos Relativos à Habilitação

92

Jurídica:

a) cédula de Identidade, quando se tratar de empresa individual;

b) registro comercial, no caso de empresa individual;

c) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

c.1) os documentos em apreço deverão estar acompanhados de todas as alterações ou da consolidação respectiva;

d) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

e) decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo Órgão competente, quando a atividade assim o exigir;

f) Alvará de Localização e Funcionamento.

g) Alvará da Vigilância Sanitária, quando for o caso.

11.6.3. A documentação relativa à Regularidade Fiscal e Trabalhista:

Consistirá na apresentação dos seguintes documentos:

a) Prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);

b) Prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

c) Certidão Conjunta Negativa de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União emitida pelo Ministério da Fazenda, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Secretaria da Receita Federal, devidamente válida;

d) Prova de regularidade com as Fazendas Municipal e Estadual;

e) Certidão Negativa de Débito de

200

competência da Procuradoria Geral do Estado do respectivo domicílio tributário;

e.1) Poderão ser apresentadas as respectivas Certidões descritas nos itens c e d de forma consolidada, de acordo com a legislação do domicílio tributário do licitante.

f) Prova de Regularidade relativa a Seguridade Social – INSS, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por Lei;

g) Prova de Regularidade relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS – CRF, emitido pela Caixa Econômica Federal;

h) Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, disponível nos portais na internet: www.tst.gov.br/certidao, www.tst.jus.br/certidao.

11.6.3.1 A prova de regularidade deverá ser feita por Certidão Negativa ou Certidão Positiva com efeitos de Negativa;

11.6.3.2. Considera-se Positiva com efeitos de Negativa a Certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido

efetivada a penhora; ou cuja exigibilidade esteja suspensa por moratória, ou depósito de seu montante integral, ou reclamações e recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo ou concessão de medida liminar em mandado de segurança.

11.6.4. A documentação relativa à Qualificação Econômico-Financeira:

Consistirá na apresentação dos seguintes documentos:

a)Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, tomando como base a variação, ocorrida no período, do ÍNDICE GERAL DE PREÇOS - DISPONIBILIDADE INTERNA - IGP-DI, publicado pela Fundação Getúlio Vargas - FGV ou de outro indicador que o venha substituir, registrado na Junta Comercial;

Serão considerados aceitos como na forma da

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

202

lei o balanço patrimonial e demonstrações contábeis assim apresentados:

1º) Sociedades regidas pela Lei n. 6.404/76 (sociedade anônima):

- publicados em Diário Oficial ou;

- publicados em jornal de grande circulação ou;

- por fotocópia registrada ou autenticada na Junta Comercial da sede ou domicílio da licitante.

2º) Sociedades por cota de responsabilidade limitada (LTDA)

- Acompanhados por fotocópia dos Termos de Abertura e de Encerramento do Livro Diário, devidamente autenticada na Junta Comercial da sede ou domicílio da licitante ou em outro órgão equivalente ou;

- Fotocópia do Balanço e das Demonstrações Contábeis devidamente registradas ou autenticadas na Junta Comercial da sede ou domicílio da licitante.

3º) Sociedade sujeita ao regime estabelecido na Lei Complementar nº 123/2006 – Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno

Porte:

- Acompanhados por fotocópia dos Termos de Abertura e de Encerramento do livro Diário, devidamente autenticado na Junta Comercial da sede ou domicílio da licitante ou em outro órgão equivalente; ou;
- declaração simplificada do último imposto de renda.

4º) Sociedade criada no exercício em curso:

- Fotocópia do Balanço de Abertura, devidamente registrado ou autenticado na Junta Comercial da sede ou domicílio das licitantes nos casos de sociedades anônimas;

5º) o balanço patrimonial, as demonstrações contábeis e o balanço de abertura deverão estar assinados pelos administradores das empresas constantes do ato constitutivo, estatuto ou contrato social e por Contador legalmente habilitado.

b) Todas as formas societárias deverão apresentar Certidão de Falência e Recuperação Judicial, emitida pelo Distribuidor da sede da pessoa jurídica;

11.7. Ao Pregoeiro é facultado efetuar

consulta ON-LINE à Base de Dados dos Órgãos expedidores dos documentos exigidos nesse Edital, através da INTERNET, ressaltando que a inviabilidade da consulta eletrônica, por quaisquer motivos, não isenta a licitante de comprovar a regularidade da documentação exigida, sob pena de inabilitação.

11.8. Se a documentação de habilitação não estiver completa, estiver incorreta ou contrariar qualquer dispositivo deste Edital, deverá o Pregoeiro considerar a proponente inabilitada, salvo as situações que ensejarem a aplicação da LC 123/06.

11.9. Sob pena de inabilitação, todos os documentos apresentados para habilitação deverão estar em nome da licitante e com número do CNPJ e endereço respectivo, observando-seque:

a)se a licitante for a matriz, todos os documentos deverão estar em nome da matriz; ou

b) se a licitante for à filial, todos os documentos deverão estar em nome da filial;

c) serão dispensados da filial aqueles documentos que, pela própria natureza, comprovadamente, forem emitidos somente em nome da matriz.

11.9.1. Portanto não poderá concorrer a matriz em nome da filial e vice-versa, salvo se a documentação de habilitação de ambas esteja regular.

11.10. Os documentos solicitados poderão ser autenticados pelo Pregoeiro e Membros da Equipe de Apoio a partir do original, observando-se que:

a) somente serão aceitas cópias legíveis;

b) não serão aceitos documentos cujas datas estejam rasuradas.

c) deverão ser apresentadas as cópias para autenticação, com os respectivos originais, com pelo menos um dia de antecedência da data marcada para a abertura do certame.

11.11. A empresa vencedora obriga-se a fornecer, no prazo de até 2 (dois) dias úteis do recebimento das ordens, nova proposta de preços, com a redução proporcional dos mesmos, sob pena de incidir nas penalidades

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

da cláusula 15."

Destaco entre os documentos de habilitação exigidos a **"Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT)"** que é **expedida gratuitamente e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.**

Chamo neste tópico sob comento, a lição do **Jurista Marçal Justen Filho** para que possamos situar o tema:

> **"3.4 Os requisitos de habilitação e as dúvidas produzidas pelo Regulamento.**
>
> **Os requisitos de habilitação devem obedecer ao disposto no art. 27 e seguintes da Lei de Licitações. Cabe aplicação do disposto no art. 32, § 1°. Ou seja, tratando-se de contratações cujo objeto for simples ou de valor reduzido, será possível a dispensa parcial de documentação – ou, em linguagem mais adequada, admitir-se-á a fixação de requisitos não tão severos para habilitação.**
> **Não se olvide que adotar requisitos complexos para habilitação importaria, na sistemática do pregão, dar oportunidade a uma litigiosidade indesejável. A inversão das fases de habilitação e julgamento destina-se a agilizar o certame.**

Tendo obtido oferta satisfatória, seria extremamente problemático remeter a Administração a uma desgastante disputa acerca da idoneidade do licitante.

Lembre-se que restringir o cabimento do pregão ao fornecimento de bens e serviços comuns significa, em última análise, reconhecer a desnecessidade de requisitos de habilitação mais severos. Ou seja, não foi casual a reserva do pregão apenas para bens e serviços comuns.

Como esses bens estão disponíveis no mercado, segundo tendências padronizadas, presume-se não apenas a desnecessidade de maior investigação acerca do objeto. Também se pode presumir que objetos comuns não demandam maior especialidade do fornecedor.

Logo, os requisitos de habilitação podem ser os mínimos possíveis..."[38]

O Jurista **Diogenes Gasparini**, Advogado e Doutor pela PUC/SP, Professor da Escola Superior de Direito Constitucional/SP leciona sobre o tema **"Exigências para Habilitação"**, lecionando:

[38] Ob. Cit. pág. 77.

"Na etapa da habilitação, o pregoeiro deverá atentar para as exigências relacionadas à idoneidade da licitante...

...A não habilitação, por sua vez, implica a eliminação da participação da licitante, bem como a desconsideração de sua proposta.

A Lei n.º 10.520/02, no que tange aos documentos habilitatórios, inspirou-se nas exigências dispostas nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93. Assim, no inc. XIII do seu art. 4º, a referida lei dispõe sobre as exigências que devem ser cumpridas na fase de habilitação, da seguinte forma:

"Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XIII – a habilitação far-se-á com verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e

> **qualificações técnica e econômico-financeira."**
>
> **As exigências habilitatórias serão, em princípio, aquelas constantes do art. 27 da Lei n.º 8.666/93, quais sejam: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inc. XXXIII do art. 7º da Constituição Federal."**[39]

Lúcia Valle Figueiredo, Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Juíza do Tribunal Regional Federal da 3º Região ao tratar do recebimento da documentação assim expressa:

> **"Habilitação é ato vinculado por meio do qual a Administração reconhece ter interessado capacidade para licitar.**
>
> **Se satisfazer, o interessado, o exigido no edital, não pode a Administração inabilitá-lo.**
>
> **Até ser proclamado habilitado existe, apenas, o interesse de vir a ser contratante estatal e, conseqüentemente, o direito de poder competir.**

[39] Pregão – Presencial e Eletrônico – Editora Fórum, 1ª edição, 2ª tiragem, 2007, págs. 279.

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

Habilitação pode ser feita para determinada licitação ou então, habilitação genérica, o que se faz por meio dos registros cadastrais.

Habilitação pode ser feita para determinada licitação ou, então, habilitação genérica, o que se faz por meio dos registros cadastrais.

O registros cadastral tem a finalidade de habilitação prévia de interessados. Depois de registrados, ficarão, estes, aptos a entrar em licitações de sua faixa de qualificação.

Dissemos ser a habilitação ato vinculado, porque o exigível do interessado, para que comprove sua qualificação, deverá expressamente estar contido no texto do edital. O edital deverá especificar que documentos devam apresentar os interessados para a comprovação de sua capacidade jurídica, técnica e financeira."[40]

Na minuta do edital trata sob no item 10 do Edital **"ANÁLISE DAS PROPOSTAS DE PREÇOS E APLICAÇÃO DOS LANCES VERBAIS"**.

Na minuta do edital no item 14 trata da **"ADJUDICAÇÃO E DA HOMOLOGAÇÃO."**

[40] Direitos dos Licitantes, Malheiros Editores, 3° edição, 1992, pág. 53.

ESTADO DE MATO GROSSO
MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE

O Jurista **Roberto Dromi**, Advogado, doutor em Direito e especialista em Direito Administrativo, Ministro de Obras e Serviços Públicos da Argentina disserta explicando que a **adjudicação** é:

> **"La adjudicación tiene lugar uma vez concluída la etapa de valoración de las propuestas. *Es el acto el cual el licitante determina*, reconoce declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo precontractual que completa el ciclo generador del acuerdo de voluntades... constitituye el acto administrativo, emitido por el licitante, por el ue declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratista. Importa una declarción unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes, y dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndolela ejecución de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación.**

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

> **El acto de adjudicación forma parte integrante el procedimiento administrativo precontratual..."**[41]

No Magistério da **Magistrada Federal Dra. Lúcia Valle Figueiredo** que foi **Procuradora Municipal** e **Assessora do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**, disserta sobre a **adjudicação** explicando que:

> **"O conceito de adjudicação varia, quase de autor para autor, uns atribuindo-lhe caráter discricionário, outros acrescentado-lhe ainda o poder de aperfeiçoar o contrato...Tal divergência doutrinária, que pretendemos abordar o problema examinando, preliminarmente a própria etimologia da palavra e o objeto da licitação...**
>
> **...Senão, vejamos. A Administração ora adjudica o objeto mediato da licitação, isto é, declara quem é o vencedor da licitação, ora adjudica o objeto mediato – o futuro contrato.**
>
> **Queremos deixar claro, a fim de evitar equivoco: ao falarmos em adjudicação, estaremos utilizando o vocábulo no sentido de atribuição do objeto imediato da licitação, ou seja na acepção de que, através da adjudicação, se constitui alguém na qualidade e proponente único à Administração...**
>
> **...A adjudicação difere da classificação das propostas. Nesta, a Administração, examinando o**

[41] Licitacion Pública, Ediciones Ciudad Argentina, 2° edicion, 1995, pág. 419.

Rua A, n.° 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

mérito das propostas trazidas ao procedimento licitatório, emite seu julgamento classificando-as objetivamente.

Tal ato – o da classificação das propostas – não constitui em provimento administrativo, mas um mero ato da Administração...

...Primordialmente, a licitação é procedimento – condição para a celebração de determinado contrato.

...E, nesta acepção, afirmamos a obrigatoriedade da adjudicação como, aliás, decorre em qualquer procedimento administrativo que, tendo começado, deverá ser *concluído*, *invalidado* ou *revogado*.

Após a adjudicação tem a Administração as seguintes opções. Com efeito, poderá:

1) homologar a licitação dando, destarte, eficácia ao ato adjudicatório;

2) anular a licitação por ter havido vício insanável em seu procedimento;

3) revogar a licitação por ser inconveniente ou inoportuna a contratação.

A Administração, ao adjudicar, apenas formaliza o julgamento, emite provimento administrativo ao declarar que o licitante X, ganhador da licitação,

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

constitui-se na situação de proponente único perante ela.

Não se cogita, como em outras legislações, que haja, por tal fato, perfeição do contrato. A adjudicação só traz ao licitante um único direito – o de não ser preterido. E isto, se a adjudicação for confirmada pela autoridade superior encarregada do controle, a quem caberá homologar a licitação.

Neste passo voltamos para clarear nosso pensamento, à etimologia da palavra. A autoridade competente, ao emitir o ato adjudicatório tão somente "dirá o direito", ou seja, declarará que ao primeiro colocado na classificação das propostas, caberá contratar com a Administração, no momento em que for conveniente e oportuno firmar o contrato...

...O meramente interessado, denominado licitante após o ato de habilitação, passa a gozar, depois da classificação, de posição individuada perante os demais licitantes. Terá o direito de ser proclamado vencedor da licitação, caso tenha sido classificado em primeiro lugar.

Não se vinculará, todavia, a Administração à celebração do contrato, se este se tornar inoportuno ou inconveniente."[42]

[42] Direitos dos Licitantes, Malheiros Editores, 3º edição, 1992, págs. 68/70/72/73.

Adentrando ao campo da **homologação** ato administrativo – resultado do processo licitatório – no autorizado Magistério de **Celso Antônio Bandeira de Melo**, leciona:

> **"É o ato pelo qual a autoridade superior a quem adjudicou manifesta sua concordância e *decide* efetivar o ajuste com o adjudicatório...Se a autoridade concluir pela não homologação deve *revogar* a licitação, sem que o adjudicatário possa se opor, salvo se lobrigar desvio de poder e puder comprová-lo. Se a autoridade verificar ilegitimidade na licitação deve anulá-la."**[43]

O **Jurista Márcio dos Santos Barros, Advogado, Administrador de Empresas, Economista, ex-Secretário-Geral de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Professor do Instituto Serzedello Coorrea**, disserta completando os ensinamentos sobre a **homologação** ensinando que:

> **"A homologação é ato da autoridade superior e possui eficácia declaratória – confirma a validade (legalidade) de todos os atos praticados no curso da licitação – e eficácia constitutiva – proclama a conveniência da licitação, uma vez que ainda persiste o interesse público que justificou o início do**

[43] Licitação, Editora RT, pág. 85.

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

procedimento licitatório, exaurindo a competência discricionária sobre o tema.

Homologado o procedimento, cabe à autoridade superior realizar a adjudicação, ou seja, ato formal que, pondo fim ao procedimento licitatório, outorga ao vencedor o objeto da licitação, criando para este a expectativa de contratar com a Administração...

Só é possível adjudicar se o procedimento licitatório já tiver sido homologado; estes dois atos devem ser publicados."[44]

O Edital sob análise especifica ainda as seguintes condições que abaixo descrevemos constantes dos itens:

"13. DOS RECURSOS.

15. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

16. USUÁRIOS DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

17. ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES

18. CONTROLE DE PREÇOS

19. CANCELAMENTO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

20. CONTRATO

21. OBRIGAÇÕES DA PREFEITURA

22. OBRIGAÇÕES DA VENCEDORA DO CERTAME LICITATÓRIO

[44] Comentários Sobre Licitações e Contratos Administrativos, Editora NDJ, 2005, pág. 502.

23. CONVOCAÇÃO, EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS MATERIAIS

24. DO PAGAMENTO

25. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

26. DO RECEBIMENTO E ACEITAÇÃO"

Observo a existência do **Anexo I** o **Termo de Referencia e itens** com as especificações dos produtos a serem licitados, porém, não foram analisados por falta de conhecimento técnico dos produtos a serem adquiridos.

Passamos a analise da minuta de contrato.

4.2. DA MINUTA DO CONTRATO DE LICITAÇÃO – ANEXO IX – ANÁLISE – PROCESSO LICITATÓRIO Nº 006/2015, EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 005/2015 – MODALIDADE PREGÃO – PROCEDIMENTO DE REGISTRO DE PREÇOS.

Passo análise da **minuta de contrato – ANEXO IX –** apresentado pela Comissão de Licitação.

O **art. 3° da Lei n.° 10.520/02** estabelecem as seguintes orientações:

"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."

Antes de adentramos análise dos requisitos da minuta de contrato que faz parte como **ANEXO IX** do Pregão retrata o seguinte **objeto**:

> **"CLÁUSULA PRIMEIRA: DO OBJETO**
>
> **1.1 – Este contrato tem por objeto o fornecimento de gêneros alimentícios para suprir as necessidades da unidades escolares deste município, consoante anexo I do edital de licitação Pregão Presencial nº 005/2015."**

Para o Renomado Jurista Dr. **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho** Catedrático da Universidade Federal do Paraná, Professor Honorário da Universidade Nacional Maior de São Marcos de Lima no Peru, Professor Honorário da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Mendoza na Argentina e Juiz Federal (aposentado) disserta:

> **"O contrato administrativo, na teoria e prática dos contratos jurídicos não apresenta mais sequer dificuldades conceituais. O instituto consagrou-se na doutrina, alcançando estável posição no quadro das relações administrativas. Na prática, a teoria, identificada com realidades, harmonizou os pressupostos...**

219

> **...A técnica *civil*, de direito privado, deu vez à técnica *administrativa*, de direito público, explicando relações, não dependência, mas de regime e sistematização, de sujeitos e de normas nos condicionamentos jurídicos, sobretudo na qualificação onde os limites estão marcados ou exatamente adequados às finalidades pretendidas.**
>
> **A ninguém é estranho aceitar o Direito Civil na formação do direito Administrativo. Principalmente numa primeira fase histórica das íntimas relações que existiram entre as instituições civis e as instituições administrativas. Lembrando que, no tocante ao Administrativo, este já não se encontra-se naquela chamada *zona nebulosa*, entre os limites do Direito Público e dos Códigos Civis."**[45]

O Jurista **Carlos Pinto Coelho Motta**, Advogado pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, Professor do Curso de Especialização em Controle Externo da Escola de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais disserta:

> **"A concepção moderna do direito administrativo possui como marco essencial a**

[45] Contratos Administrativos, Edição Saraiva, 1981, págs. 3 e 4.

220

crescente responsabilidade do Estado nos campos econômicos e social e, em decorrência, os pressupostos de objetividade e aplicabilidade da disciplina, direcionada não apenas à reflexão jurídica sobre matéria administrativa, mas, concretamente, ao aperfeiçoamento de institutos jurídicos relacionados ao ordenamento das ações nesse espaço.

Sob esse aspecto, o direito administrativo estende definidas pontes conceituais para outros ramos do direito, e vai mais além, incorporando elementos teóricos de disciplinas como, mais visivelmente, a ciência da administração, a filosofia e a sociologia. E chega, por várias sendas, à constatação de que o direito positivo, consubstanciado na letra legal e sua evolução – apesar do permanente e meritório esforço de mudança legislativa – não chega a solucionar a questão da distância entre a lei e a realidade...

...O art. 421 inaugura um dos blocos temáticos de maior relevância no Código Civil: é o primeiro artigo da Seção I –

Preliminares, do Capítulo I – Disposições Gerais, do Título V – Dos Contratos em Geral. Na introdução deste trabalho abordamos – e não será demais reiterar – o contrato público como o instrumento por excelência da ação da Administração. Foi referida, *prima facie*, a regra do art. 54 da Lei n. 8.666/93 e as sutilizas teóricas envolvidas em sua aplicação. Foram mencionados os filtros de análise e mecanismo cautelares que devem ser utilizados pelo intérprete e aplicador da lei, na transposição dos preceitos civilísticos ao campo reservado disciplinarmente ao direito público...

...A costumeira clareza e didatismo do Prof. Hely Lopes Meirelles recoloca distinção classificatória entre espécies contratuais da Administração, levando em conta os contratos semipúblicos:

...*Contrato administrativo* típico a Administração só realiza quando dele participa como Poder Público, derrogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público. Tais são os contratos de serviço

> **público, os de obra pública, os de prestação de atividades específicas da Administração, ajustados com particulares ou com outra entidade administrativa, nos moldes prefixados na lei, no regulamento ou no edital, com as correspondentes cláusulas no instrumento contratual. Em tais ajustes, a Administração afirma sua supremacia estatal fixando as condições do contrato, embora permita discussão com o particular interessado na contratação, para a redação de algumas cláusulas definitivas do negócio administrativo.**
>
> **Mas não se exige um divórcio total entre o *contrato de Direito Privado e o contrato administrativo*, bastando, no ajuste, a prevalência das normas de Direito Público para que o contrato se caracterize como *administrativo* (art. 54).**[46]

O Jurista **Carlos Pinto Coelho Motta** chama atenção da lição explicitada pelo Professor **Cretella Júnior** que afirma que **"...O caminho é simples. Abandonem-se, antes de tudo, as fórmulas tradicionais elaboradas pelo direito civil. Elas servem para o direito privado, mas não se ajustam, mesmo depois de alteradas, para a solução de problemas do**

[46] Aplicação do Código Civil às Licitações e Contratos, Editora Del Rey, 2004, págs. 1/120/122.

direito público"[47]; e condena tal afirmação alertando que **"A aceitar como definitivo esse entendimento, fechar-se-ia o espaço para transposição de conceitos, instrumentos ou soluções provenientes do Código Civil para área do direito público."**[48]

O Jurista **Manoel de Oliveira Franco Sobrinho** completa a lição dissertando que:

> **"Apesar dos diferentes regimes, "o contrato, como categoria genérica e ato jurídico", tem como ponto de partida definir "todo acordo de vontades gerador de obrigações e destinado a produzir efeitos jurídicos". Nada mais que isto.**
>
> ***Ad argumentandum,* "nem a figura do contrato é incompatível com o Direito Público, nem os contratos regulados pelo Direito Público pertencem a gênero diferente dos que conhecemos no Direito Privado". É como pessoa jurídica pública que a Administração entra em relações jurídicas com os administrados."**[49]

Na **Cláusula Terceira** da minuta do contrato trata do "**Preço e das condições de Pagamento.**"

[47] Ob. Cit. pág. 6.
[48] Ob. Cit. pág. 6.
[49] Ob. Cit. pág. 19.

Rua A, n.° 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

Na **Cláusula Quinta** da minuta do contrato trata do **"dotação orçamentária"** vejamos:

> **"CLÁUSULA QUINTA: DAS DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS;**
>
> **5.1 – As despesas oriundas da celebração da presente avença correrão à conta das seguintes dotações orçamentárias:**
>
> **Gabinete da Secretaria Municipal de Educação.**
>
> **06.001.12.361.5007.2041.33.90.32 – Material de Distribuição gratuita."**

Na **CLÁUSULA SÉTIMA** trata da **"DAS PENALIDADES"**.

A presente minuta de contrato sob análise ainda retrata as seguintes cláusulas contratuais abaixo descritas:

> **"CLÁUSULA OITAVA:DOS CASOS DE RESCISÃO**
>
> **8.1 – O presente contrato poderá ser rescindido, devendo a parte que o desejar, comunicar a outra com antecedência de 30 (trinta) dias, sem a incidência de multa à parte notificante, pela ocorrência das seguintes situações:**
>
> **a) Amigável – de um acordo entre as partes reduzidas a termo no processo de licitação,**

Rua A, n.º 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000

desde que haja conveniência técnica ou administrativa para a contratante;

b) Administrativa – por ato unilateral e escrito da Administração nos casos enumerados nos incisos I a XII, XVII e XVIII do art. 78 da Lei Nº 8.666/93;

c) Judicial – nos termos da legislação processual;

8.2 – A contratada reconhece os direitos da Administração em caso de rescisão administrativa prevista no Artigo 77 da Lei Nº 8.666/93.

8.3 – Pelo descumprimento de qualquer de suas cláusulas, pelas partes contratantes, com pagamento de multa pela parte culpada no valor equivalente a 10% (dez por cento) do total do contrato;

CLÁUSULA NONA: DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL

9.1 – O presente contrato poderá ser alterado de acordo com o art. 65 da Lei Nº 8.666/93, com as devidas justificativas conforme a seguir:

9.1.1 – Unilateralmente pela Administração nos seguintes casos:

120

a) Quando houver modificação do serviço ou das suas especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) Quando necessária à modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu serviço, nos limites permitidos por esta Lei;

9.1.2 – Por acordo das partes:

a) Quando necessária à modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes mantidos o valor inicial atualizado, vedada à antecipação do pagamento com relação ao cronograma financeiro fixado sem a correspondente entrega dos produtos serviço do presente contrato;

b) Outros casos previstos na Lei nº 8.666/93.

CLÁUSULA DÉCIMA: DO REAJUSTE DE PREÇOS

10.1 Objetivando a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, haverá reajuste nos preços dos produtos desde que comprovado aumento do custo pela contratada e aceito pela contratante, atendidas as seguintes condições:

10.1.1 Não serão concedidos reajustes cuja variação seja igual ou inferior a 2% (dois por cento).

10.1.2 Para comprovação do aumento do preço de custo, a contratada deverá apresentar, no mínimo, 2 (duas) notas fiscais com data de até 60 (sessenta) dias, contados da assinatura do contrato; juntamente com, no mínimo, 2 (duas) notas fiscais atuais.

10.1.3 Caso o aumento tenha ocorrido em componentes específicos do custo final, a contratada deverá apresentar planilha demonstrando o impacto no mesmo."

Na **Cláusula décima segunda** da minuta do contrato trata do **"DO FORO" – "12.1 – As partes contratantes elegem o foro da Comarca de Primavera do Leste – MT, para dirimir quaisquer dúvidas ou questões oriundas do presente contrato."**

Após estas análises jurídicas, da **MINUTA DE EDITAL** e **MINUTA DE CONTRATO** constantes do **PROCESSO LICITATÓRIO Nº 006/2015, EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 005/2015 – MODALIDADE DE PREGÃO –** que veiculou o **procedimento licitatório de Registro de Preços** – que estabeleceram como objeto **"... o Registro de Preços para futura e eventual aquisição de gêneros alimentícios (merenda escolar PNAE), para o funcionamento das Unidades Escolares da Rede Municipal de Ensino..."** emito Parecer Jurídico somente no seu aspecto jurídico, com ressalvas efetuadas, *s.m.j.*,

pela **APROVAÇÃO** dos atos administrativos, levando em consideração como base do meu convencimento o **Princípio da Razoabilidade** e do seu **subprincípio** o **princípio da proporcionalidade** conforme leciona a Jurista **Weida Zancaner**, Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com os seguintes argumentos: **"Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não podem ser dissociados, nem lógica nem juridicamente, pois a proporcionalidade é um dos aspectos da razoabilidade. Este princípio determina que os atos praticados pela Administração Pública devem guardar congruência, em intensidade e extensão, com a consecução do interesse público que visem atingir"**[50] assim, nestes termos, submeto para nortear a tomada de decisão da autoridade competente, de acordo com pressupostos de conveniência e oportunidade administrativa o presente parecer.

Parecer com 123 (cento e vinte e três) laudas.

Cuiabá/MT, 26 de janeiro de 2015.

RONAN DE OLIVEIRA SOUZA – Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – Faculdade de Direito de Bauru/São Paulo – **ADVOGADO – OAB/MT N.º 4.099**.

[50] Concurso Público e Constituição, Editora Fórum, 1° edição (2° tiragem), 2007, pág. 165.

Rua A, n.° 367 – Bairro Jardim Santa Inês – Fone (66) 3488-1080 / 1459 – CEP 78.628-000