PARECER JURIDICO LICITATÓRIO/ROS/2017.

"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/MT, designado pela Portaria n.º 085/2017 de 02/01/2017, submete para apreciação jurídica a minuta de **EDITAL DE LICITAÇÃO PREGÃO PRESENCIAL Nº 037/2017 – com a respectiva minuta de contrato**, tendo como finalidade de aquisição do seguinte objeto abaixo descrito:

> **"Pregão presencial para aquisição de uma carreta 0 km basculante, dois eixos com capacidade até 18 m^3, sem pneus, com pistão frontal destinada ao transporte de cascalho e areia (caçamba com altura compatível para carregamento através de pá carregadeira), com prazo de fabricação/entrega conforme o contrato, entregue na sede da cidade de santo Antônio do leste/MT."**

2. INTRODUÇÃO.

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

Um dia um determinado membro de uma Comissão de Licitação perguntou: "por que, da existência de uma introdução nos pareceres jurídicos? Eu expliquei: **"a introdução é uma forma de falar da Administração Pública, nas suas mais variadas vertentes Administrativas e Constitucionais. Muitas das vezes a introdução não guarda uma correlação com o objeto do parecer, porém, guarda**

correlação com os objetivos da Administração Pública. É a maneira mais objetiva e clara de levar ao conhecimento de todos as matizes que compõem o Direito Administrativo e o Direito Constitucional."

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:

Antes traçamos breve entendimento sobre o princípio da 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[2], 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. Alem desse circulo acaba-se 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.**

[1] Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.
[2] Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

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

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."[3]

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

"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>>.[4]

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 próprio **princípio da utilidade pública**.

[3] Princípios de Direito Administrativo, Editora Revista dos Tribunais, 6º edição, 1982, pág. 15.
[4] Ob. cit. pág. 15/16.

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

Chamo 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."**[5]

O **interesse público** é o norteador da nossa atividade e do nosso pensamento.

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 tema **"Regime Jurídico e interesse público"** transcrevo:

> **"A fim de que o Estado brasileiro, ou qualquer outro sujeito a regime democrático, possa cumprir seus objetivos, é necessário que o ordenamento jurídico lhe confira determinadas *prerrogativas*, e não se pode querer que a realização de tão elevados misteres seja alcançada por meio de instrumentos existentes no próprio setor privado, no mercado."**[6]

Em observação a lição de **Lucas Rocha Furtado** o mesmo leciona completando a sua interpretação jurídica, transcrevo:

> **"As prerrogativas criadas pelo Direito Administrativo, e que constituem a sua principal características, existem para permitir a realização**

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

[6] Curso de Direito Administrativo, Editora Fórum, 2º Edição Revista e Ampliada, 2010, págs. 84.

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

> **dos objetivos do Estado de Direito, Social e Democrático, e essas prerrogativas estão diretamente relacionadas ao atendimento do interesse público."**[7]

Mais ainda voltado para as lições de **Lucas Rocha Furtado** podemos realçar o que seja interesse público:

> **"Indiscutível que o Estado é o titular mais qualificado para a formulação e o exercício desses interesses. Não possui, todavia, a exclusividade em nenhum desses momentos – definição do que é o interesse público ou legitimidade para o seu exercício. O conceito de interesse público não é *metajurídico*. Não é possível admitir a existência de interesses públicos previamente definidos fora da ordem jurídica, ordem jurídica que pressupõe a observância dos direitos fundamentais, fonte de inspiração para elaboração de inúmeras regras e princípios constitucionais. O interesse público será concretizado por meio do processo de elaboração do Direito Positivo. Cabe à Constituição Federal,**

[7] Ob. cit. págs. 84.

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

como principal fonte do Direito Administrativo, e à lei identificarem o que é o interesse público, definir como se deve proceder para dar a ele executoriedade e quem possui legitimidade para, em seu nome dar a ele executoriedade e quem possui legitimidade para, em seu nome exercer alguma prerrogativa. De se observar, todavia, a necessidade da legislação se conformar com a Constituição que alberga em seu núcleo os direitos fundamentais."[8]

Ainda podemos extrair do Jurista **Lucas Rocha Furtado** a seguinte assertiva:

"A definição do interesse público decorre, em primeiro lugar, da realização dos direitos fundamentais concretizados em qualquer texto constitucional moderno, inclusive na Constituição Federal brasileira de 1988. Interesse público é aquele que realiza direito fundamental."[9]

[8] Ob. cit. págs. 84.
[9] Ob. cit. pág. 85.

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

O Jurista **Lucas Rocha Furtado** acima citado como introdução do presente parecer, ao tratar do direito positivo como norma regradora do Direito Administrativo, positiva assim como instrumento normativo a Constituição Federal de onde nasce o interesse público.

Para o consagrado Jurista **Agustin Gordillo** Professor Titular Regular da cátedra de Direito Administrativo (desde 1960) e de Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Decano das Faculdades de Direito da Universidade de Buenos Aires (1973) da Universidade Nacional de La Plata (1969), em seu clássico livro **"Princípios Gerais de Direito Público"** assim leciona sobre aquilo que o Jurista **Lucas Rocha Furtado** qualifica como **"o interesse público será concretizado por meio do processo de elaboração do Direito Positivo"** veja a lição:

> **"Também deve ser feita uma advertência de ordem metodológica quanto a necessidade de resolver os problemas de Direito Administrativo por certo tendo em conta as construções da doutrina, mas partindo antes de mais nada da realidade normativa de cada país. O Direito positivo administrativo varia de uma país a outro e construções que podem ser lógicas e jurídicas em um resultam por vezes ilógicas e antijurídicas em outro. No direito Administrativo predomina grandemente a doutrina nacional e comparada, mas não deve ser esquecida a construção sobre a base das normas constitucionais e legais operantes em cada país...**
>
> **...O conhecimento da realidade, base indispensável de toda elaboração científica, deve,**

pois, se iniciar pelo conhecimento da realidade normativa."[10]

Alerta o consagrado Jurista **Agustin Gordillo** sobre a construção jurídica, lecionando que:

"O importante é que as construções jurídicas não se façam somente com base em valorização apriorísticas, mas também com base num conhecimento da realidade mesma."[11]

Necessário se faz ainda buscar o entendimento da interpretação do que seja **interesse público**.

Neste sentido trago as lições do **Jurista Prof. Diogenes Gasparini** Advogado, Mestre e Doutor pela PUC-SP, Prof. Da Escola Superior de Direito Constitucional–SP e ex Professor Titular e Professor Honoris Causa da Faculdade de Direito de São Bernardo, transcrevo:

"Resta, assim, saber o que é interesse público. Este é o que se refere a toda a sociedade. É o interesse do todo social, da comunidade

[10] Princípios Gerais de Direito Público, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, exemplar 2272, pág. 12/13.
[11] Ob. cit. pág. 13.

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

considerada por inteiro. Nesse sentido é a lição de De Plácido e Silva (Vocabulário jurídico, 10.ed., Rio de Janeiro, Forense, v.2, p.498): "Ao contrario do particular, é o que se assenta em fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Está, pois, adstrito a todos os fatos ou a **todas as coisas que se entendam de beneficio comum** ou para proveito geral, ou que se imponham para uma necessidade coletiva". É o "pertinente à sociedade como um todo", assegura Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso, cit., p.90).

Esse **proveito geral é o interesse primário** a que se refere Renato Alessi (Instituciones de derecho administrativo, Barcelona, Bosch, trad. Da 3. Ed. italiana, t. I, p. 184). **É o único que pode ser perseguido pela Administração Pública**, pois como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (Curso, cit., p.90), **é o que a lei consagra** e entrega à compita do Estado como representando do corpo social". Constata-se o interesse

primário, por exemplo, na desapropriação de certo terreno para construção na implantação de uma escola destinada à prestação de ensino fundamental, dado que nos termos da Constituição da Republica, art. 205, a educação é dever do Estado (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município); na outorga de bolsa de estudo, visando a pesquisa em certas áreas do conhecimento humano a quem para tanto tenha sido qualificado, dado caber ao Estado prover e incentivar o desenvolvimento cientifico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (art. 218 da CF); no pagamento de salário mínimo a servidor, pois se trata de direito assegurado a essa espécie de trabalhador pela Lei Maior (art. 39, § 3°, c/c art. 7°, IV); na construção, instalação e funcionamento de um hospital, dado que a saúde é direito de todos e dever do Estado (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município), consoante previsto no art. 196 da Constituição Federal.

O interesse que só diz respeito à Administração Pública ou que de modo geral não condiz com o interesse de toda a coletividade é chamado por Renato Alessi (Instituciones, cit., p. 184) de *interesse secundário*."[12]

Destaco o **magistério do Jurista Marçal Justen Filho Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**, sobre o interesse público qualificando algumas vertentes transcrevo:

[12] Direito Administrativo, Editora Saraiva, 12ª edição, 2007, p'gas. 15/16.

"O eventual conflito entre interesse público e direito subjetivo.

O direito subjetivo é protegido inclusive em face dos interesses da coletividade e do Estado. **O conflito entre o dito interesse público e o direito subjetivo se resolve, usualmente, em favor deste ultimo**. O direito administrativo apresenta uma serie de instrumentos para defesa dos direito subjetivos privados em face das ações e omissões dos agentes públicos. O mandado de segurança é a figura mais evidente.

Somente se admite a limitação ou o sacrifício do direito subjetivo privado em face do interesse público nas hipóteses determinadas em lei. Mas isso nunca significa a eliminação pura e simples do conteúdo do direito subjetivo. A constituição impõe que o sacrifício do direito subjetivo privado deve ser antecedida da indenização correspondente e adequada. O princípio geral está consagrado a propósito da desapropriação no art. 5°, XXIV, da CF/88.

O aprofundamento do conceito de "interesse público".

Mas a questão exige, ainda o aprofundamento do próprio conceito de interesse público. A doutrina costuma invocar o "interesse público", mas sem

definir a expressão nem apresentar um conceito mais preciso. Aliás, Tércio Sampaio Ferraz Junior observou que "interesse público" é "lugar comum", e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, permitindo utilização mais eficiente[13] – o que deve ser entendido não como vantagem, mas como sério defeito. Afinal, a indeterminação dos critérios de validade dos atos governamentais dificulta seu controle.

Não é fácil definir "interesse público", inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta uma exatidão de conteúdo. Mas a função primordial atribuída ao interesse público exige contornos mais precisos.

Conceituação negativa (excludente) de interesse público.

Inicialmente, é possível uma conceituação negativa destinada a indicar aquilo que o interesse público não é, antes de tentar determinar aquilo que poderia ser.

[13] Interesse Público, Revista do Ministério Público do Trabalho da 2° Região, São Paulo, Centro de Estudos, n.1, p. 10.

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

O interesse público não se confunde com interesse do Estado.

O primeiro equívoco é confundir interesse público com interesse estatal, o que fera um raciocínio circular: o interesse público é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. Como decorrência, todo interesse público seria estatal e todo interesse estatal seria público. Essa concepção é incompatível com a Constituição, e a maior evidencia reside na existência de interesses públicos não estatais (o que envolve, em especial, o chamado terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais).

Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. **O estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado.**

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

Como se vê, essa concepção é indefensável, sendo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Logo, o interesse público não por ser de titularidade do Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público.

O interesse público não se confunde com interesse do agente público.

Também é necessário distinguir o interesse público do interesse privado do sujeito que exerce função administrativa. O exercício da função pública não pode ser afetado pelos interesses privados e egoísticos do agente público. Eles continuam a ser interesses privados, submetidos às regras comuns, que disciplinam a generalidade de interesses dos integrantes da comunidade. A propriedade privada não é alterada se o proprietário adquirir a condição de agente público. Logo, não se pode cogitar de um regime

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

especial e diverso para tributação sobre bens de agentes públicos.

O tema relaciona-se com a questão do interesse privado do sujeito como exercente da função pública. Por exemplo, o governante pode ter interesse em evitar a divulgação de noticias que possam prejudicar sua manutenção no cargo eletivo. Mas esse interesse privado e particular dele, inconfundível com interesse público.

A substituição de "interesse público" por interesses coletivos".

Isso não conduz ao abandono do conceito de interesses comuns ou relevantes. Existem interesses a serem atendidos por meio da atividade administrativa. **Esses interesses podem ser de titularidade individual, coletiva ou difusa.** Mas o que se rejeita é a concepção de **interesse público** como o critério fundamental do direito administrativo, o qual **se estrutura em torno de conceitos de**

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

procedimento democrático e de direitos fundamentais."[14]

O **Jurista e Professor Hely Lopes Meirelles** que dispensa apresentações assim leciona:

"Os **fins da administração pública** se resumem num único objetivo: **O bem comum da coletividade administrada.** Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não instituiu a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. **Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.**

Em última análise, **os fins da Administração se consubstanciam na defesa do interesse público**, assim entendidas

[14] Curso de Direito Administrativo, 4° ed. 2009, Editora Saraiva. P 58/59/60/61/68.

aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrativa, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade."[15]

O **Jurista Celso Antônio Bandeira de Mello** Advogado administrativista, escritor e professor universitário brasileiro, professor titular de direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo leciona nos seguintes termos:

"Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.

Em rigor, o necessário é aclarar-se o que está contido na afirmação de que interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social, para precatar-se contra o erro de atribuir-lhe o status de algo que existe por si mesmo, dotado de consciência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha qualquer interesse das partes. O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como

[15] Direito Administrativo Brasileiro, Editora Revista dos Tribunais, 15ª edição, 1990, pág. 77.

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

se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é "função" qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação."

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua realidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem."[16]

Ainda nesta vertente jurídica.

O constitucionalista Dr. **Luis Roberto Barroso**, hoje **Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF –** assim leciona:

"...o regime jurídico de direito público funda-se na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse

[16] Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores LTDA, 27ª edição, pág. 59.

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

público. A autoridade pública só pode adotar, legitimamente, as condutas determinadas ou autorizadas pela ordem jurídica. Os bens públicos são, em linha de princípio, indisponíveis e, por essa razão, inalienáveis. A atuação do Estado na prática de atos de império independe da concordância do administrado, que apenas suportará as suas consequências, como ocorre na desapropriação. Os entes públicos, como regra, somente poderão firmar contratos mediante licitação e admitir pessoal mediante concurso público...".[17]

Vejamos resumidamente, algumas premissas.

O Jurista **Lucas Rocha Furtado** assim expressou:

"...definição do interesse público decorre, em primeiro lugar, da realização dos direitos fundamentais concretizados em qualquer texto constitucional...".

O Jurista **Prof. Diogenes Gasparini** diz que:

"É o único que pode ser perseguido pela Administração Pública, pois como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello (Curso, cit., p.90), é o que a lei consagra...".

O Jurista **Marçal Justen Filho** assim deixou assertivo:

"...se estrutura em torno de conceitos de procedimento democrático e de direitos fundamentais...".

[17] Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Editora Saraiva, 5ª edição, 2015, pág. 81.

O **Jurista e Professor Hely Lopes Meirelles** que leciona:

> **"Os fins da administração pública se resumem num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo...".**

O **Jurista Celso Antônio Bandeira de Mello** assim resume:

> **"...interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua realidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem...".**

O Dr. **Luis Roberto Barroso**, leciona:

> **"...o regime jurídico de direito público funda-se na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público...".**

Feito esta introdução, sobre o **interesse público**, passamos ao mérito.

Passamos análise da minuta do edital e do contrato, **excepcionamos/ressalvamos** neste momento que o **objeto na sua sistematização e divisibilidade ou não, análise de preços (Economista/Administrador/Contador etc...) e de quantitativos, qualitativos, financeiros, Matemáticos** postos no processo licitatório **não** foram analisados pela assessoria jurídica por não ser do nosso **conhecimento cientifico**, assim, evidencia-se que a análise aqui realizada se restringe a verificar, aspecto jurídico formal, sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo também adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública Municipal, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

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

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

3. DO MÉRITO DO PARECER.

3.1. 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.**
>
> **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**

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

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.

(...)

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

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*."[18]

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

3.2. LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS.

3.2.1. 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).

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

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

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)."

3.2.2. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAIS.

3.2.2.1. 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

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

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)

§ 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

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

efetuados no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da apresentação da fatura. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)."

3.2.2.2. 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 n° 8.666/93.**
>
> **A Lei n° 10.520/02 restringe a utilização do pregão a algumas situações especiais, relacionadas à contratação pela Administração Pública de bens e serviços comuns.**
>
> **A manter o mesmo exemplo – a compra de veículos – se o administrador segue a Lei n° 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.**

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

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 n° 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 n° 5.450, de 2005, que trata do pregão eletrônico, em 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.

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

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

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:

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."[19]

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:

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;

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

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;

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

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;

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

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

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 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;

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

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;

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.

3.2.2.3. 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...

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

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:

§ 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."

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

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."[20]

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), 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

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

fidedignidade nos cálculos de custo, insumos, tributos e BDI, que representam os totais de preços nos licitações e contratos."[21]

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."

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

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

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

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..."**[22]

[22] **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.

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 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."**[23]

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

3.2.3. 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. 9° que aplica-se subsidiariamente aos procedimentos licitatórios na modalidade pregão a lei 8.666/93 vejamos a redação do citado artigo:

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

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

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

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, 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 n° 8.666**, de 1993, nos pregões dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas

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

administrações indiretas, **quando sua legislações forem omissas."**[24]

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 n° 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 n° 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**

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

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.

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."[25]

3.2.4. 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

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

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 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

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

empresas de pequeno porte", que é o objetivo do presente estudo."[26]

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 nº 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 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

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

segundo colocado, em observância ao inciso XVI do art. 4° da Lei n° 10.520/02."[27]

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.

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

[27] Ob. Cit. pág. 420.

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 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**

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-se do regime da LC n° 123, estará obrigado a declarar essa situação previamente."[28]

Essas são as peculiaridades do Pregão que deve ser observadas pela Comissão de Licitação/e/ou/equipe de pregoeiro sem prejuízos de outras observações legais e complementares.

[28] O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas (2ª edição, revista e atualizada, de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007), Editora Dialética, 2007, págs. 45,46,47,49.

3.3. DA ANÁLISE DA MINUTA DE EDITAL E DA MINUTA DE CONTRATO DE LICITAÇÃO – O PROCESSO LICITATÓRIO MODALIDADE PREGÃO PRESENCIAL Nº 037/2017.

3.3.1. DA MINUTA DO EDITAL – ANÁLISE.

Passo análise da **minuta de edital – EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 037/2017, MODALIDADE PREGÃO –** 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."**[29]

O art. 3º da Lei n.º 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,**

[29] Ob. Cit. págs. 106.

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:

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 e submetido para análise, descrevo abaixo:

"1. DO OBJETO

1.1 – A presente licitação tem como objeto o Pregão presencial para aquisição de uma carreta 0 km basculante, dois eixos com capacidade até

56

18 m³, sem pneus, com pistão frontal destinada ao transporte de cascalho e areia (caçamba com altura compatível para carregamento através de pá carregadeira), com prazo de fabricação/entrega conforme o contrato, entregue na sede da cidade de santo Antônio do leste/MT, conforme solicitação da Secretaria Municipal de Viação e Obras.

1.1.1 - O CRV (certificado de Registro Veicular), deverá estar em nome do proprietário licitante sem reserva de domínio, livre e desembaraçado de qualquer ônus ou gravame, multas etc.

1.1.2 O pagamento será efetuado a vista após a efetiva transferência do CRV (certidão de registro veicular) para o nome e CNPJ – desta Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Leste e após vistoria técnica por equipe designada por este município.

1.2 – As descrições detalhadas, contendo as especificações do veículo a serem adquiridos, estão discriminadas no Anexo I deste Instrumento Convocatório e deverão 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 do veículo com as especificações contidas no Anexo I deste Instrumento Convocatório e deverá ocorrer

num prazo máximo de 10 (dez) dias corridos.

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."

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."[30]

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:

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

Secretaria Municipal de Viação Obras e Serviços Públicos Coordenadoria de Viação.

02.09.003.15.452.5011.1114 – Aquisição de Caminhão

44.90.52 – Equipamento e Material Permanente.

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;

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."[31]

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

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 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;**

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

11.1.2.5. Os documentos necessários à Habilitação que puderem ser extraídos via 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 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. 11são 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, 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) 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. Documentos Relativos à Habilitação 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

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

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.

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) 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 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.

11.7. Ao Pregoeiro é facultado efetuar consulta ONLINE 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 a 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.

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

> **11.11. A empresa vencedora obriga-se a fornecer, no prazo de até 2 dias úteis do recebimento das ordens, nova proposta de preços, com a redução proporcional dos mesmos, sob pena de incidir nas penalidades 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..."[32]

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:

"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.

[32] Ob. Cit. pág. 77.

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

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."[33]

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:

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

"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.

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."[34]

Na minuta do edital no item 13 trata dos **"Recursos"** que ficou assim exposto no edital:

"13. DOS RECURSOS

13.1. Os recursos deverão ser interpostos,

verbalmente, no final da sessão, após a declaração do vencedor pelo Pregoeiro, devendo a licitante interessada indicar o(s) ato(s) atacado(s) e a síntese das suas razões (motivação), que serão registrados em ata;

13.2. O Pregoeiro indeferirá liminarmente recursos intempestivos, imotivados ou propostos por quem não tem poderes, negando-lhes, desse modo, processamento, devendo tal decisão, com seu fundamento, ser consignada em ata;

13.3. Interposto o recurso e apresentada sua motivação sucinta na reunião, a licitante poderá juntar, no prazo de 03 (três) dias, contados do dia subsequente à realização do pregão, memoriais contendo razões que reforcem os fundamentos iniciais. Não será permitida a extensão do recurso, nos memoriais mencionados, a atos não impugnados na sessão;

13.4 As demais licitantes, ficando intimadas desde logo na própria sessão, poderão apresentar suas contrarrazões no mesmo local e no mesmo lapso do subitem anterior, contado do encerramento do prazo do recorrente para a apresentação das razões, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

13.5. A falta de manifestação imediata e motivada da intenção de interpor recurso, no momento da sessão deste Pregão, implicará decadência e preclusão desse direito da licitante, podendo o Pregoeiro adjudicar o objeto à vencedora;

[34] Direitos dos Licitantes, Malheiros Editores, 3º edição, 1992, pág. 53.

13.6. Preenchidas as condições da admissibilidade, o recurso será processado da seguinte forma:

13.6.1. O Pregoeiro aguardará os prazos destinados à apresentação dos memoriais de razões e contrarrazões;

13.6.2. Encerrados os prazos acima, a Pregoeiro irá analisar o recurso impetrado por escrito, suas razões e contrarrazões, podendo reconsiderar sua decisão, no prazo de 05 (cinco) dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir à autoridade superior devidamente informado, devendo, nesse caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados do recebimento do recurso;

13.7. O acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

13.8. Os autos permanecerão com vista franqueada aos interessados no Setor de Licitações da Prefeitura Municipal de Santo Antônio do Leste, em dias úteis, no horário de 07 às 11 horas e de 13 às 17 horas;

13.9. Decididos os recursos e constatada a regularidade dos atos procedimentais pelo Senhor Prefeito Municipal, este adjudicará o objeto do Pregão Presencial e homologará o procedimento licitatório;

13.10. O resultado do recurso será divulgado mediante publicação no Diário Oficial dos Municípios – AMM (associação mato-grossense

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

dos municípios)

13.11. O recurso contra decisão do Pregoeiro não terá efeito suspensivo quanto à disputa.

13.12. Ocorrendo manifestação ou interposição de recurso de caráter meramente protelatório, ensejando assim o retardamento da execução do certame, a autoridade competente poderá, assegurado o contraditório e a ampla defesa, aplicar a pena estabelecida no artigo 7º da Lei nº 10.520/02 e legislação vigente."

Adentrando ao campo dos temos descrito **no item 14 – "DA ADJUDICAÇÃO E 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."**[35]

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**

[35] Licitação, Editora RT, pág. 85.

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

> **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.**
>
> **El acto de adjudicación forma parte integrante el procedimiento administrativo precontratual..."**[36]

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 procedimento licitatório, exaurindo a competência discricionária sobre o tema.**
>
> **Homologado o procedimento, cabe à autoridade superior realizar a adjudicação, ou seja, ato**

[36] Licitacion Pública, Ediciones Ciudad Argentina, 2º edicion, 1995, pág. 419.

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."[37]

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

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, *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

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

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."[38]

As Juristas **EDITE MESQUITA HUPSEL – Procuradora do Estado da Bahia, Professora de Direito Administrativo da Universidade Católica de Salvador – UCSAL – Professora da Fundação da Escola Superior do Ministério Público** e **LEYLA BIANCA CORREIA LIMA DA COSTA - Procuradora do Estado da**

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

Bahia, Professora de Direito Administrativo da Universidade Católica de Salvador – UCSAL – Professora da Fundação da Escola Superior do Ministério Público, dissertam sobre o ato administrativo de **homologação**:

> **"O ato de homologação decorre do poder de controle hierárquico da autoridade superior e tem natureza de ato de confirmação. Pressupõe juízo de legalidade do processo e juízo de conveniência e oportunidade da contratação.**
>
> **Após a homologação, a mesma autoridade faz a adjudicação."**[39]

Destaco neste momento, extraindo-se do edital sob análise sobre a questão de transparência e da interação com os possíveis licitantes constante do **item 5**, descrevo abaixo:

> **"5. DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO E DA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL**
>
> **5.1. Em até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a realização da Sessão do Pregão, poderá ser feito pedido de esclarecimentos sobre este Edital, via e-mail licitacao@santoantoniodoleste.mt.gov.br**
>
> **5.2. Decairá do direito de impugnar os termos deste Edital aquele que não o fizer em até 02 (dois) dias úteis antes da data designada para a sessão do Pregão, nas formas supracitadas, apontando de forma clara e objetiva as falhas e/ou irregularidades que entende viciarem o mesmo.**
>
> **5.3. Caberá ao Pregoeiro, auxiliado pelo setor**

[39] Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia, Lei nº 9.433, De 01 de Março de 2005 Apresentação Alice Gonzalez Borges, Editora: Fórum, Pág. 285.

responsável pela elaboração do Termo de Referência, decidir, no prazo de 48 horas, sobre a impugnação interposta, bem como prestar os esclarecimentos na forma solicitada.

5.4. Caso procedente e acolhida a impugnação do Edital, seus vícios serão sanados e, caso afete a formulação das propostas, nova data será designada pela Administração para a realização do certame."

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 tema:

"O art. 41, §2º, da Lei de Licitações fixa prazo para que licitante possa impugnar os termos do edital. Expirado o prazo ali previsto, decairá o participante da licitação do direito de impugná-lo. Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode, por exemplo, esperar ser inabilitado ou desclassificado para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo licitatório.

Mas não são apenas os licitantes que têm legitimidade para impugnar o edital. O art. 41, §1º, dispõe que "qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias

úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §1º do art. 113".[40]

Dentro dessa perspectiva contida no **item 5** que trata da **impugnação**, ato que precede a abertura da licitação e aos recursos, neste sentido, trata-se de **transparência** da Administração Pública Municipal na busca efetiva de licitantes que podem aperfeiçoar o certame licitatório, assim trago a lição do Jurista **AGUSTÍN GORDILLO** que trata sob o tema da – **publicidad y e transparencia** – como **principios de la licitación pública**, vejamos:

"Es curioso que aunque el procedimiento de licitación está concebido para satisfacer principios de publicidad y transparência em la gestión pública, son éstos lãs primeras víctimas que caen em su aplicación. Nada menos que la definición Del objeto a contratar y las normas que regirán la selección Del contratista y el contrato mismo, se efectúan sin publicidad ni participación ciudadana y em la mayor parte de los casos sin participación de los interessados potenciales."[41]

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

"16. OBRIGAÇÕES DA PREFEITURA

17. OBRIGAÇÕES DA VENCEDORA DO CERTAME LICITATÓRIO

18. CONVOCAÇÃO, EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO

[40] Curso de Direito Administrativo, Editora Fórum, 2º Edição Revista e Ampliada, 2010, págs. 484/485.
[41] Tratado de Derecho Administrativo, Editoras Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 2, 5ª edición, 2003.

DOS MATERIAIS

19. DO PAGAMENTO

20. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

21. DO RECEBIMENTO E ACEITAÇÃO

22. DAS CONDIÇÕES GERAIS

23. ANEXOS DO EDITAL DE LICITAÇÃO"

24. DO FORO."

É importante ressaltar que o edital traz como **ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA** e **itens**.

Sem adentrar os aspectos técnicos do **TERMO DE REFERÊNCIA (por falta de conhecimento cientifico)**, trago lições jurídicas para situar o tema, com base no 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 a seguinte lição:

> **"A função dos termos de referência ou dos pedidos de aquisição (redigidos pelo órgão público executor do projeto) é justamente a de caracterizar cada uma dessas contratações (que serão realizadas pelo organismo internacional cooperante), descrevendo os elementos necessários e suficientes para que os interessados (fornecedores de bens e prestadores de serviços) possam formular suas propostas, vinculam-se ao edital da licitação ou ao ato que a dispensar). Um ponto crítico do controle de um projeto de cooperação reside na compatibilidade do objeto de cada demanda (expressa em um termo referência ou um pedido de compra) com o objetivo e os produtos definidos no ato**

complementar. (TCU. Acórdão nº 1.339/2009, Plenário. Rel. José Jorge. Julg. 17.6.2009)

É útil ainda registrar que, de acordo com a definição contida no art. 9º,§2º, do Decreto nº 5.450/2005, o estabelecimento de métodos, deveres do contratado, prazos e condições de execução é realmente função do termo de referência. De outra parte, não o é fixar requisitos de qualificação técnica dos licitantes. (TCU. Acórdão nº 2.543/2007, Plenário. Rel. Ubiratan Aguiar. Julg. 28.11.2007)

(...) redija o termo de referência em observância ao disposto no art. 8º, inciso I, do Decreto nº 3.555, de 2000, com relação à necessidade de se definir o objeto a ser contratado de maneira precisa, sem ambigüidades ou imprecisões em relação ao edital, evitando, outrossim, exigências desnecessárias e observando, ainda, que a função do termo de referência não se confunde com aquela do edital, devendo a confecção daquele se ater ao disposto no inciso II do citado dispositivo legal; (...). (TCU. Relação nº 48/2004,2ª Câmara. Rel. Lincoln Magalhães da Rocha. Julg. 25.11.2004)"[42]

O **Juristas HENRIQUE GUERREIRO DE CARVALHO MAIA e MÔNICA BANDEIRA DE MELLO LEFÈVRE** sobre o tema **TERMO DE REFERÊNCIA** assim dissertaram:

"O Termo de referência tem conteúdo similar ao projeto básico previsto na Lei nº 8.666. Prova

[42] Ob. cit. pags. 327/328.

disso é que o art. 4º do Decreto nº 7.581 elenca, entre os documentos e atos que deverão ser elaborados ou praticados na fase interna das licitações do RDC, tanto o termo de referência (inciso VIII) como o projeto básico ou executivo (inciso VIII). Nos termos do decreto, o termo de referência se presta a "caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos". Já os projetos básico e executivo destina-se à "contratação de obras e serviços de engenharia".

Não se trata de previsão inovadora em matéria de licitações públicas no Brasil. O Decreto nº 3.555, que regulamentou a modalidade de licitação denominada pregão, já previa a necessidade de termo de referência para a correta descrição do objeto licitado nas licitações que adotassem a modalidade pregão. Posteriormente, as previsões atinentes ao termo de referência foram complementadas pelo Decreto nº 5.450, que disciplinou o pregão eletrônico. De acordo com as disposições do art. 8º , do Decreto nº 3.555 e do art. 9º do Decreto nº 5.450, pode-se definir o termo de referência como um documento elaborado de forma objetiva que conterá a definição e as especificidades do objeto licitado (no caso de serviços que não envolvam engenharia ou fornecimento de bens), os custos econômico-financeiros atinentes Ao contrato e o

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

modo como esse será cumprido – inclusive como ocorrerá a sua fiscalização."[43]

O **Jurista Jair Eduardo Santana** Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor no Tribunal de Contas de Minas Gerais e Juiz de Direito de Entrância Especial leciona sobre o **TERMO DE REFERÊNCIA**:

"A autoridade superior, identificada nas normas em estudo pela designação "autoridade competente", atua durante todo o certame, desde a fase interna, até a contratual, exercendo atribuições de grande importância, tem poder decisório e fiscalizatório e é a autoridade máxima dentro da estrutura do pregão.

Em cada unidade administrativa deverá estar identificada tal pessoa conforme divisão das alçadas decisórias.

Vale lembrar que muitas atividades que serão elencadas adiante ficam sob o domínio da autoridade superior, mas pode não ser ela quem as materializa em pessoa; há tarefas que são repassadas a subordinados seus.

Suas atribuições são:

1) determinar a abertura de licitação, através da formalização da justificativa de necessidade da contratação, especificando, neste ato, detalhes que orientarão o edital, tais como a definição do objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, sanções

[43] O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n.º 12.462 e Decreto n.º 7.581 / Coordenadores Marçal Justen Filho; Cesar A. Guimarães Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2012, págs. 58.

por inadimplemento, estabelecer as cláusulas do contrato, inclusive com fixação de prazos para fornecimento;

2) definir o valor estimado do objeto do certame, em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, com base no termo de referência, que foi elaborado pelo requisitante do bem ou da contratação do serviço;

(...)

Mas, antes da confecção do edital propriamente dito, é preciso haver a elaboração do termo de referência, que é documento de suma importância para a definição do objeto do certame, o qual traz em si informações relevantes, tais como características do bem ou do serviço a ser adquirido/contratado (as quais devem ser precisas, suficientes e claras), bem como custos a serem despendidos pela Administração Pública com a realização do procedimento."[44]

Passamos análise da minuta de contrato.

3.3.2. DA MINUTA DO CONTRATO DE LICITAÇÃO – ANEXO VIII – LICITAÇÃO PREGÃO PRESENCIAL Nº 037/2017.

3.3.2.1. DA INTRODUÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO.

[44] Pregão – Presencial e Eletrônico, Editora Forum, 2006, pág. 80 e 107.

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

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...**
>
> **...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***

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

> ***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 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**

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

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

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 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**

[46] Aplicação do Código Civil às Licitações e Contratos, Editora Del Rey, 2004, págs. 1/120/122.
[47] Ob. Cit. pág. 6.

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

> **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]

3.3.2.2. DA ANÁLISE DA MINUTA DO CONTRATO DE LICITAÇÃO – ANEXO VIII – LICITAÇÃO PREGÃO PRESENCIAL Nº 037/2017.

Passo análise da **MINUTA DE CONTRATO – ANEXO VIII** da **LICITAÇÃO PREGÃO PRESENCIAL Nº 037/2017 –** apresentado pela Comissão de Licitação.

Passamos ao objeto da minuta de contrato:

> **"CLÁUSULA PRIMEIRA – O OBJETO E SEUS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS.**
>
> **1.1 – Este contrato tem por objeto aquisição de uma carreta 0 km basculante, dois eixos com capacidade até 18 m³, sem pneus, com pistão frontal destinada ao transporte de cascalho e areia (caçamba com altura compatível para carregamento através de pá carregadeira), com prazo de fabricação/entrega conforme o contrato, entregue na sede da cidade de santo Antônio do leste/MT, conforme solicitação da Secretaria Municipal de Viação e Obras, consoante anexo I do edital de licitação Pregão Presencial nº 037/2017."**

Na **CLÁUSULA SEGUNDA – item 2.1 –** da **minuta de contrato** trata-se do **"REGIME DE EXECUÇÃO OU A FORMA DE FORNECIMENTO."**

A **CLÁUSULA TERCEIRA** da **minuta de contrato** descreve a seguinte determinação:

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

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

"CLÁUSULA TERCEIRA – O PREÇO E AS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO, OS CRITÉRIOS, DATA-BASE E PERIODICIDADE DO REAJUSTAMENTO DE PREÇOS, OS CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA ENTRE A DATA DO ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES E A DO EFETIVO PAGAMENTO.

I) O PREÇO E AS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO.

3.1 – O valor total do presente contrato é de R$ XX.XXX,XX (Valor por extenso em reais).

3.2 – O valor total fixado para o presente contrato será pago conforme emissão da nota fiscal o valor do pagamento serão realizados até 10 (dez) dias do mês subsequente da apresentação das respectivas Notas Fiscais, que deverão fazer acompanhadas das requisições de fornecimento.

II) DATA-BASE E PERIDIOCIDADE DO REAJUSTAMENTO DE PREÇOS,CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA ENTRE A DATA DO ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES E A DO EFETIVO PAGAMENTO.

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

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

3.3 Para comprovação do aumento do preço de custo, a contratada deverá apresentar, no mínimo, 2 (duas) notas fiscais com data de até 60

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

(sessenta) dias, contados da assinatura do contrato; juntamente com, no mínimo, 2 (duas) notas fiscais atuais.

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

Na **CLÁUSULA QUARTA** da **minuta de contrato** prescreve a seguinte orientação **"OS PRAZOS DE INÍCIO DE ETAPAS DE EXECUÇÃO, DE CONCLUSÃO, DE ENTREGA, DE OBSERVAÇÃO E DE RECEBIMENTO DEFINITIVO, CONFORME O CASO"**.

Na **CLÁUSULA QUINTA** da **minuta de contrato** prescreve a seguinte orientação:

"CLÁUSULA QUINTA – O CRÉDITO PELO QUAL CORRERÁ A DESPESA, COM A INDICAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO FUNCIONAL PROGRAMÁTICA E DA CATEGORIA ECONÔMICA.

5.1 – As despesas oriundas da celebração da presente avença correrão à conta das seguintes dotações orçamentárias:

Secretaria Municipal de Viação Obras e Serviços Públicos Coordenadoria de Viação.

02.09.003.15.452.5011.1114 – Aquisição de Caminhão

44.90.52 – Equipamento e Material Permanente."

Na **CLÁUSULA SEXTA** da **minuta de contrato** prescreve estabelecendo as seguintes diretrizes:

"CLÁUSULA SEXTA – OS DIREITOS E AS RESPONSABILIDADES DAS PARTES, AS

PENALIDADES CABÍVEIS E OS VALORES DAS MULTAS.

6.1 – Da Contratante:

6.2 – Da Contratada..."

Na **CLÁUSULA SETIMA** da **minuta de contrato** prescreve os casos de **RESCISÃO** estabelece as seguintes diretrizes:

"CLÁUSULA SETIMA - OS CASOS DE RESCISÃO E ALTERAÇÕES CONTRATUAIS.

7.1 – 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:

7.2 – Unilateralmente pela Administração nos seguintes casos:

a) Quando houver modificação do objeto 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 objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

7.3 – 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 materiais objeto do presente contrato;

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

7.4 – O presente contrato poderá ser rescindido, devendo a parte que o desejar, comunicar a outra

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

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, 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;

7.5 – 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;"

Na **minuta de contrato** sob análise destaco as seguintes cláusulas abaixo descritas:

"EM CASO DE RESCISÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 77 DESTA LEI.

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

CLÁUSULA NONA– A VINCULAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO OU AO TERMO QUE A DISPENSOU OU A INEXIGIU, AO CONVITE E À PROPOSTA DO LICITANTE VENCEDOR.

10.1 – Esse contrato é resultante da licitação modalidade pregão presencial nº 037/2017...

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

CLÁUSULA DÉCIMA – A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À EXECUÇÃO DO CONTRATO E ESPECIALMENTE AOS CASOS OMISSOS.

10.1 – O presente contrato está vinculado em todos os seus termos ao Processo Licitatório Nº 057/2017, realizado na modalidade de Pregão Presencial Nº 036/2017 de 24 de outubro de 2017 e seus respectivos anexos, bem como à proposta de preços vencedora, que faz parte integrante deste contrato independentemente de sua transcrição.

CLÁUSULA DÉCIMA – A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À EXECUÇÃO DO CONTRATO E ESPECIALMENTE AOS CASOS OMISSOS.

10.1 – O presente contrato está vinculado em todos os seus termos ao Processo Licitatório Nº 058/2017, realizado na modalidade de Pregão Presencial Nº 037/2017... ...e seus respectivos anexos, bem como à proposta de preços vencedora, que faz parte integrante deste contrato independentemente de sua transcrição.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – A OBRIGAÇÃO DO CONTRATADO DE MANTER, DURANTE TODA A EXECUÇÃO DO CONTRATO, EM COMPATIBILIDADE COM AS OBRIGAÇÕES POR ELE ASSUMIDAS, TODAS AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO E QUALIFICAÇÃO EXIGIDAS NA LICITAÇÃO.

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

11.1 – O contratado (a) deverá manter durante todo o contrato as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

12 - DO FORO

12.1. As partes elegem como domicilio legal, o foro da Comarca de Primavera do Leste, para dirimir quaisquer litígios decorrentes da aplicação deste contrato."

4. DA CONCLUSÃO DO PARECER.

4.1. ANÁLISE DA MINUTA DE EDITAL E ANÁLISE DA MINUTA DE CONTRATO.

Após estas análises jurídicas, da **MINUTA DE EDITAL** e **MINUTA DE CONTRATO** constantes do **EDITAL DE LICITAÇÃO MODALIDADE DE PREGÃO PRESENCIAL N° 037/2017** – 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."

Trago aqui as observações do **MINISTRO JOSÉ MÚCIO MONTEIRO** contidas no **ACÓRDÃO 8822/2017 – PRIMEIRA CÂMARA – Data da sessão 19/09/2017** onde relata:

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

"o caput do art. 2º da Lei 9.784/1999 prevê que a administração deve observância ao princípio da proporcionalidade. Consta no inciso VI do mesmo dispositivo legal que nos processos administrativos é vedado a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao interesse público. Tais princípios são basilares nas decisões da Administração Pública;"

Assim, nestes termos, submeto para nortear a tomada de decisão da autoridade competente o presente parecer sobre o **EDITAL DE LICITAÇÃO MODALIDADE DE PREGÃO PRESENCIAL N° 037/2017**, de acordo com pressupostos de conveniência e oportunidade administrativa.

Parecer com 101 (cento e um) laudas.

Cuiabá/MT, 23 de novembro de 2017.

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.**

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