Parecer jurídico.

000105

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. FASE INTERNA. ANÁLISE PRÉVIA DO EDITAL. TRANSPORTE ESCOLAR. APROVAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93. REQUISITOS DAS LEIS Nº 10.520/02 E 8.666/93 E LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06. PROSSEGUIMENTO DOS TRÂMITES ADMINISTRATIVOS.

O Pregoeiro do Município de Aliança submete à análise desse Assessor Jurídico as minutas de edital e do contrato do Processo Licitatório nº 030/2021, Pregão Eletrônico nº 023/2021, que tem por objeto a prestação de serviço de transporte escolar, para verificação de suas conformidades com as Leis nº 10.520/02, 8.666/93 e Lei Complementar nº 123/06.

1. DA DELIMITAÇÃO DO PARECER JURÍDICO: MINUTAS DO EDITAL E DO CONTRATO

De proêmio, é necessário destacar que a presente análise jurídica **está relacionada à análise única e exclusiva das minutas do edital e do contrato**, como prevê o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

2. DA OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE LICITAR – ART. 37, CAPUT, XXI, DA CARTA MAGNA

De acordo com o art. 37, caput, XXI, da Constituição Federal, a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na contratação de obras, serviços, compras e alienações, o que deve ser realizado mediante processo de licitação pública que assegure igualdade entre os participantes, exigindo-lhes qualificação técnica e econômica compatíveis com as futuras obrigações:

> *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:*
> *(...)*
> *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.*

O constitucionalista José Afonso da Silva[1] ensina que:

> *"**Licitação é um procedimento administrativo destinado a provocar propostas e a escolher proponentes de contratos de execução de obras, serviços, compras ou de alienações do Poder Público.** O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção da proposta mais vantajosas para a Administração Pública. **Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.**"*

O saudoso Hely Lopes Meirelles[2] definiu licitação da seguinte maneira:

> ***"Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse** (...). Como procedimento, **desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fato de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.**"*

Noutras palavras, a licitação pode ser entendida como o plexo de atos concatenados com vistas à seleção, mediante critérios objetivos, de particular que ofereça a proposta mais vantajosa à satisfação de determinado interesse público, que na conjuntura sob análise passa pela prestação de serviço de transporte escolar.

3. DA ADEQUAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA

[1]DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, 36ª ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 676.
[2]MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 42ª ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 310.

Demonstrada a fundamentação doutrinária e constitucional sobre licitação, faz-se necessário adentrar nos ditames da Lei nº 10.520/02, onde o pregão é descrito como a modalidade destinada à aquisição de bens e serviços comuns com padrões de desempenho e qualidade objetivamente definíveis, conforme transcrição:

> *Art. 1º* ***Para aquisição de bens e serviços comuns****, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.*
> *Parágrafo único.* ***Consideram-se bens e serviços comuns****, para os fins e efeitos deste artigo,* ***aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.***

Maria Sylvia Zanela Di Pietro[3] define o pregão como ***a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública***.

Para Joel de Menezes Niebuhr[4] o pregão é ***a modalidade voltada à aquisição de bens e contratação de serviços, ambos considerados comuns, com julgamento dos preços antes da fase de habilitação, sendo admitida a renovação oral das propostas***.

No caso vertente, a licitação tem por objeto a prestação de serviço de transporte escolar que, salvo melhor juízo, pode ser considerado objeto comum.

4. DA ANÁLISE DO EDITAL PROPRIAMENTE DITA

De plano, cumpre destacar que o pregão em comento possui todos os itens **destinados à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte**, tendo em vista que o valor total orçado para contratação de cada um deles está abaixo de R$ 80.0000,00 (oitenta mil) reais, como determina o art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06.

Eis o posicionamento de José Anacleto Abduch Santos[5] sobre as prerrogativas conferidas às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas:

> **"Como regra geral, é de se sustentar que todas as licitações no exercício cujo valor não ultrapasse R$ 80.000,00, devem ser destinadas à participação exclusiva de ME e EPP.**
> **É a interpretação que mais se coaduna com o valor jurídico – fomento das ME e EPP** – objetivado pela Constituição e pela Lei Complementar. **A norma exatamente pretende retirar do administrador Público a disposição acerca da decisão sobre instaurar ou não licitação exclusiva para a participação das ME e EPP, tornando vinculada a decisão."**

Superado tal aspecto, este parecerista analisará, daqui por diante, o instrumento convocatório e o preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 3º, I e II da Lei nº 10.520/02, artigos 42, 43, 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 e, subsidiariamente, art. 40 e incisos e 55 da Lei nº 8.666/93, conforme quadro sinótico a seguir:

DISPOSITIVO LEGAL	CUMPRE	NÃO SE APLICA	ITEM (S) DO EDITAL
LEI Nº 10.520/02			
Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:			
I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e	X		11 e subitens, 8 e subitens, 9 e subitens, 10 e subitens, 20 e

[3]DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 30ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 458.
[4]NIEBHUR, Joel de Menezes, Op. Cit. 2015a, pág. 177-181.
[5]SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitações & o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015, pág. 125.

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;			subitens e Anexo X
II - a **definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara**, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;	X		1 e Anexo I – Termo de Referência
LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06			
Art. 42 Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.	X		11.13.1
Art. 43 As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que apresente alguma restrição.	X		7.4 e 11.9.6
§1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.	X		11.13.3
§2º A não regularização da documentação, no prazo previsto no §1º deste artigo, implicará a decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81, da Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.	X		11.13.4
Art. 44 Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.		X	
§1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.		X	
§2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.		X	
Art. 45 Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:			
I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;		X	
II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;		X	
III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.		X	
§1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.		X	

§2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.		X	
§3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.		X	
LEI Nº 8.666/93			
Art. 40 O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:			
I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;	X		1 e Anexo I – Termo de Referência
II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;	X		16.2, 16.12 e 17.3
III - sanções para o caso de inadimplemento;	X		20 e subitens
IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico/termo de referência;	X		22.11
V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;		X	
VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;	X		11 e subitens
VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;	X		9 e subitens, 10 e subitens e 11.13 e subitens
VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;	X		2.3 e 22.11
IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;		X	
X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de	X		Anexo I – Termo de Referência

referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;			
XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;		X	
XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;		X	
XIV - condições de pagamento, prevendo:			
a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;	X		19.1
b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;		X	
c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;	X		19.1
d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;	X		19.1 e 20 e subitens
e) exigência de seguros, quando for o caso;		X	
XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;	X		13 e subitens
XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;	X		17.3
XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.		X	
§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.	X		
§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:			
I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos,		X	

especificações e outros complementos;			
II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;	X		Anexo I – Termo de Referência
III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;	X		Anexo X
IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.	X		Anexo I – Termo de Referência
Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:			
I - o objeto e seus elementos característicos	X		Cláusula Primeira
II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;	X		Cláusula Quarta
III - 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;	X		Cláusulas Segunda, Nona e Décima
IV- os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;	X		Cláusulas Quarta e Oitava
V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;	X		Cláusula Terceira
VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;		X	
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;	X		Cláusulas Quinta, Sexta e Décima Segunda
VIII - os casos de rescisão;	X		Cláusula Décima Terceira
IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;	X		Cláusula Décima Terceira
X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;		X	

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;	X		Cláusula Décima Quarta
XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;	X		Cláusula Décima Quarta
XIII - 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.	X		Cláusula Décima Quarta
§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.	X		Cláusula Vigésima

Nesse contexto, tem-se que o instrumento convocatório atende aos requisitos previstos nas Leis 10.520/02, 8.666/93 e Lei Complementar nº 123/06.

5. DA CONCLUSÃO

Ante ao exposto e em observância ao art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, recomenda-se a continuidade dos trâmites administrativos inerentes à realização do Processo Licitatório nº 030/2021, Pregão Eletrônico nº 023/2021, que tem por objeto a prestação de serviço de transporte escolar.

Aliança, 06 de julho de 2021.

GLEIDSON LUIZ DE ASSUNÇÃO MOURA
OAB/PE Nº 30.735