

PARECER JURÍDICO

Processo Licitatório: Pregão Eletrônico - SRP

Solicitante: Secretaria Municipal de Saúde.

Objeto: Contratação de empresa para fornecimento de passagens rodoviárias intermunicipais interestaduais para atender os pacientes e acompanhantes do programa Tratamento Fora de Domicílio-TFD.

O Município de Eldorado do Carajás, Estado do Pará, por intermédio de sua Ilustre Pregoeira, submete à apreciação desta Assessora Jurídica, o presente Processo Licitatório, na qual se requer análise jurídica da legalidade dos textos do Edital, do Contrato, sem prejuízo da análise global do próprio procedimento adotado, bem como, suas fases interna e externa, a qual se objetiva a **Contratação de empresa para fornecimento de passagens rodoviárias intermunicipais interestaduais para atender os pacientes e acompanhantes do programa Tratamento Fora de Domicílio-** para o Fundo Municipal de Saúde de Eldorado do Carajás, Estado do Pará.

A priori, a referida contratação visa suprir as demandas existentes no dia-a-dia da Secretária Municipal de Saúde, uma vez que os atendimentos dela se referem a tão somente a baixa e média complexidade, e por vezes os pacientes precisam de atendimentos mais complexos e os procuram em outros Municípios e até em outros Estados, conforme justificativas nos autos, fls. 003, assim como, em análise plausível que constata realmente a necessidade da contratação, realizada no Termo de Referência assinado pelo Gestor da pasta, haja vista, ser de irrefutável relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

1.1. DO PARECER DA ASSESSORIA JURÍDICA

Em licitações e contratos administrativos, a submissão das minutas ao advogado público decorre do artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, segundo o qual "as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração."

A lei, assim exige do administrador a submissão das minutas de editais, acordos, convênios e ajustes dos contratos de licitação à avaliação da assessoria jurídica.

Determina o parágrafo único do art. 38 da LGL (BRASIL, 1993) que as minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios e ajustes, deverão ser previamente *examinadas e aprovadas* pelo órgão de assessoria jurídica da Administração.

A definição de qual será a "assessoria jurídica" depende da estrutura e regulamentação interna de cada órgão ou entidade pública.

Assim, a análise e aprovação da assessoria jurídica deve, necessariamente anteceder a divulgação do edital e se trata de requisito obrigatório para a validade jurídica do instrumento convocatório (BITTENCOURT, 2014, p. 416).

Note-se que, apesar de obrigatório, o parecer da assessoria jurídica não vincula a autoridade superior que, de fato, detém a competência para autorizar a deflagração do procedimento licitatório e, ao aprovar a minuta, transforma o documento em edital propriamente dito.

Atendo-se ao processo licitatório *sub examine* verifica-se da análise preliminar e conclusiva do Parecer Jurídico,

1. DA MODALIDADE ESCOLHIDA – PREGÃO- EXAME DA LEGALIDADE

A Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI determina que as contratações realizadas pela Administração Pública devam ser realizadas por meio de licitação que assegure igualdade de condições aos concorrentes, sendo esta, a regra para obras, serviços, compras e alienações junto ao Poder Público.

A regulamentação do referido artigo, encontra guarida no art. 2º da Lei 8.666/93. Assim, o procedimento licitatório tem a como finalidade garantir a seleção da melhor proposta para a Administração, bem como, permitir a participação isonômica dos interessados e deve fundamentar-se nos princípios que refém o Direito Administrativo, além daqueles específicos, inclusos no artigo 3º da referida Lei.

Ademais, a Lei 10.520/02 e o Decreto 5.450/03 instituíram a modalidade de Licitação denominada Pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, sendo estes caracterizados por padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo Edital.

Já o Pregão, na sua forma eletrônica fora regulamentado pelo Decreto Federal 10.024/19, Decreto 534/20 do Estado do Pará.

Assim, nos termos do parágrafo único do art. 1º, da Lei 10.520/04 e do art. 3º. II da Lei 10.024/19, *são considerados bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.*

Vale lembrar ainda que quando for utilizado recursos federais voluntários pelos Municípios em compra de bens e serviços comuns, a Decreto Federal 10.024/19, traz a sua obrigatoriedade, por questões de conveniência.

Já o Sistema de Registro de Preço é um procedimento auxiliar da licitação, previsto no art. 15, II da Lei 8.666/93, na Lei 10.520/02, art. 12, além da Lei do RDC (Lei 12.462/11) e da Lei das Estatais (Lei 13.303/2016).

Destaco aqui o Decreto Federal nº 7.892/2013, que disciplina o SRP no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União.

É necessário frisar que os Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como os Poderes Legislativo e Judiciário, devem ter seus próprios regulamentos.

Marçal Justen Filho em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, (2008, p. 201) traz inclusive a distinção entre o Sistema de Registro de Preços e a modalidade Pregão:

Vale uma análise sobre as diferenças entre a sistemática do pregão e a aquisição por meio de registro de preços. O tema foi bosquejado acima e comporta algum aprofundamento.

O pregão é uma modalidade de licitação, enquanto o registro de preços é um sistema de contratações. Isso significa que o pregão resulta num único contrato (ainda

que possa ter a execução continuada), enquanto o registro de preços propicia uma série de contratações, respeitados os quantitativos máximos e a observância do período de um ano. Dito de outro modo, o pregão se exaure com uma única contratação, enquanto o registro de preços dá oportunidade a tantas contratações quantas forem possíveis (em face dos quantitativos máximos licitados e do prazo de validade).

Quanto à utilização do Sistema de Registro de Preços, considero viável, uma vez que, pelas características do objeto podem haver contratações frequentes, as entregas serão parceladas e segundo a necessidade do órgão, e não há como definir exatamente a quantidade que será consumida durante a execução contratual, situações essas que estão em consonância com o Decreto 7.892/2013 que prevê em seu artigo 3º as hipóteses para utilização do SRP:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Além do mais, o Sistema de Registro de Preços proporciona diversas vantagens para a administração pública, tais como: Estimativa a maior do quantitativo de produtos/serviços a serem executados; Não obrigatoriedade de contratação dos mesmos, uma vez que são estimados; Registro dos preços dos serviços e produtos por 12 (doze) meses; Diminuição de área para armazenamento de estoques; Flexibilização dos prazos contratuais, podendo valer-se de 12 meses (vigência da Ata) ou até 60 meses, na forma do art. 57, da Lei 8.666/93;

Não é necessário informar inicialmente, durante o processo licitatório, a dotação orçamentária, mas sim, somente no momento da contratação; Outra vantagem importante é a centralização da licitação, no caso a Prefeitura poderá licitar o mesmo objeto/serviço para diversas Secretarias, autarquias etc;

De modo que entendo que a escolha do procedimento a ser realizado pela Equipe de Apoio e Pregoeiro foi em conformidade com a legislação e com objetivo que se pretende.

4. DOS DOCUMENTOS ANEXADOS NO PROCEDIMENTO

4.1. DA ANÁLISE DA FASE INTERNA DO CERTAME

Ressalto que o presente parecer não se restringirá ao exame exclusivo da minuta de edital, mas também dos atos do procedimento licitatório realizados até então.

Haja vista que o ato convocatório se caracteriza como uma das peças do processo, com atos anteriores que funcionam como condições necessárias à sua elaboração, sendo infrutífero analisá-lo como se fosse uma peça autônoma, apta a produzir efeitos por si só.

O exame prévio do edital tem índole jurídico-formal e consiste, via de regra, em verificar nos autos, no estado em que se encontra o procedimento licitatório,

Temos, no presente caso, licitação na modalidade Pregão – SRP, do tipo Menor Preço por item, a qual está devidamente autuada, com a requisição de realização pelo setor competente, contendo ainda, nos autos, a autorização das autoridades responsáveis para a realização do procedimento.

Ressaltamos que não existe necessidade de indicação de dotação orçamentária, uma vez que, o mesmo está sendo realizado por meio do sistema de registro de preços e a devida reserva orçamentária com a

emissão do respectivo empenho, somente ocorrerá por ocasião da contratação do licitante vencedor do certame. Todavia, em vias de facilitar o desempenho posterior do certame, nada obsta que a Pregoeira a solicite antecipadamente, fls. 08.

Quanto aos atos de designação do pregoeiro e da equipe de apoio, constam dos autos do procedimento Portaria específica, fls. 037/21 e 379/21 estando o mesmo devidamente instruído.

A legislação exige que na fase interna das licitações sejam elaborados, conforme o caso, o projeto básico e o projeto executivo. No *pregão, é útil, a presença do Termo de Referência, (fls. 04-07)*. O projeto executivo é exigido quando da contratação de obras ou serviços de engenharia. Dispensável, portanto, no presente caso.

Os autos estão **acompanhados pelo Termo de Referência (fls 04-07)**, contendo os elementos mínimos necessários à promoção do certame, havendo a descrição do que se pretende contratar, a forma de execução, às obrigações da contratada, e em especial a justificativa (fls. 02) para a contratação, realizada por todos os envolvidos.

Registre-se que *não incumbe à Assessoria Jurídica avaliar as especificações utilizadas, uma vez que pela divisão de atribuições outros envolvidos na formação do procedimento já o fizeram*. Mas esta Assessoria dado o seu caráter eminentemente técnico, recomenda-se à Administração que verifique o cumprimento deste requisito.

Consta ainda dos autos do procedimento, **o orçamento prévio, (fls, 11-19)** além do mapa de apuração de preços, embasado em cotações realizadas junto à empresas locais, o que denota o cumprimento do requisito de definição do preço de mercado, bem como de definição do valor estimado para a aquisição para atender às necessidades.

A especificação clara e precisa do objeto, bem assim de todos os elementos que o caracterizam (quantidades, metodologia e tecnologia

a serem empregados, critérios ambientais, etc.), possibilita a adequada pesquisa dos preços, imposta pelo nosso ordenamento jurídico.

A cotação de preços deve ser ampla e atualizada, de modo a refletir, efetivamente, a realidade do mercado. Para tanto, o TCU orienta que a Administração obtenha, no mínimo, três cotações válidas. Se não for possível, deve consignar a justificativa nos autos. *Contudo, foi contemplado com êxito nos autos a referida cotação.*

Assim, para evitar distorções, *“além de realizar pesquisa que seja adequada às características do objeto licitado e tão ampla quanto a característica do mercado recomendo, é salutar que a Administração busque ampliar sua base de consulta através de outras fontes de pesquisa”*, tais como bases de sistemas de compras e avaliação de contratos recentes ou vigentes a fins de comparação.

Observe-se que as empresas pesquisadas devem ser do ramo pertinente à contratação desejada (Acórdão nº 1.782/2010-Plenário) e que não pode haver vínculo societário entre as mesmas (Acórdão nº 4.561/2010-1ª Câmara), nem mesmo, servidor sócio – administrador.

Vale ressaltar que o orçamento é estimativo, por isso é recomendável que a Administração faça constar dos editais dos pregões as planilhas que o detalham, constando os preços unitários considerados, ou a informação do local onde os interessados poderão obtê-las, em observância ao princípio da publicidade, de forma que está sendo cumprido esse item.

No que tange a ***análise da minuta do edital***, verificamos que no preâmbulo do mesmo constam as informações referentes ao órgão interessado, modalidade e tipo de licitação e legislação a ser aplicada, todavia, ***não consta especificamente o objeto do certame, fls. 26, item 1.1. Fato que deve ser corrigido.***

Consta da referida minuta a indicação de endereço, local de abertura dos envelopes, **entretanto não constam a data e hora para a realização do certame**. Neste ponto, **atentar para o fato de que a data de abertura deverá ser marcada considerando 8 (oito) dias úteis entre sua publicação e a sessão em que serão recebidos os envelopes de propostas e documentos, ressaltando que não podem ser incluídos na contagem os pontos facultativos, mesmo que a comissão de licitação seja excluída por portaria dos mesmos. (fls. 26)**

No que se refere ao item **4.2.4. DA PARTICIPAÇÃO DO PREGÃO, recomendo a Pregoeira a supressão deste item**, uma vez que por meio da decisão do STJ abaixo transcrita, é possível a participação e até mesmo a contratação da empresa, com restrição nesta certidão, em face de não ser possível fazer interpretação extensiva e restritiva da norma, senão vejamos:

Ao prover o recurso de uma empresa do ramo de construções, o colegiado entendeu que, inexistindo autorização legislativa, é incabível a inabilitação automática de empresas submetidas à lei 11.101/05 unicamente em virtude da não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.

O ministro destacou que a jurisprudência do STJ tem se orientado no sentido de que a administração não pode realizar interpretação extensiva ou restritiva de direitos quando a lei assim não dispuser de forma expressa.

"A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis 8.666/93 e 11.101/05 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores."ⁱⁱ

O entendimento acerca deste tema foi recentemente ratificado, em maio de 2020 pelo TCU, no acórdão 1201/2020 Plenário. Vejamos:

**"Licitação. Qualificação econômico-financeira.
Exigência. Habilitação de licitante. Recuperação**

judicial. Admite-se a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório. (Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo).”

De forma que o TCU rejeitou a previsão contida em edital que proibia empresas que se encontravam em recuperação judicial a participar de licitação.

Aproveito o ensejo para solicitar análise por parte da Pregoeira a fim de que se inclua no Edital, como condição de participação do certame, os seguintes itens:

- ✓ **Empresas que tenham sido declaradas inidôneas por órgão da Administração Pública, direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, por meio de ato publicado no Diário Oficial da União, do Estado ou do Município, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição. Igualmente não poderão participar as empresas suspensas de licitar e contratar com o Município de Eldorado do Carajás;**
- ✓ **servidor de qualquer órgão ou entidade vinculada ao Município, bem assim, a empresa da qual tal servidor seja sócio, dirigente ou responsável técnico, desde que não tenha vinculação de parentesco com ordenador de despesa;**
- ✓ **as empresas interessadas que se encontre em processo de fusão, de cisão ou de incorporação;**
- ✓ **o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica (obras e serviços) – art. 9º, da Lei 8.666/93;**
- ✓ **Empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado – art. 9º, da Lei 8.666/93; ou**
- ✓ **Servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação – art. 9º, da Lei 8.666/93.**

Percebo também que o **Edital contém muitas declarações a serem fornecidas pelos licitantes. RECOMENDO que as mesmas sejam reduzidas, a fim de constar somente aquelas exigidas pela Lei 8.666/93,**

com o objetivo de produzir celeridade na análise documental e no franqueamento competitivo do certame.

Verificamos também que a minuta do edital traz especificações detalhadas sobre os benefícios a serem deferidos para as MPE's, bem como a forma de aplicação dos mesmos, *indicando inclusive, a não utilização justificada, da cota reservada para MPE's, no item, 6.26, em consonância com o Decreto 8538/2015 e Lei 123/06.*

Das Exigências de Habilitação

Os documentos exigidos para a habilitação dos licitantes, no geral, se amoldam às disposições das Leis 10.520/2002 e 8.666/93, e em seu conjunto garantem à administração a segurança para a contratação de empresa idônea e que realmente atue no ramo pretendido.

Todavia, **os itens 8.1.2; 8.1.3; 8.1.4; 8.1.5 e 8.1.6 podem ser consultados e exigidos, mas não como condição de habilitação para as empresas**, uma vez que não é exigência da Lei 8.666/93, razão esta que o Pregoeiro não pode fazer interpretação restritiva da lei, nem criar obstáculos à participação dos licitantes.

Em diversas decisões dos Tribunais de Contas da União, as quais me vinculo para emissão do presente, tem entendido ser ilegal a exigência de diversos documentos como requisito para habilitação em processos licitatórios, por não estarem contemplados nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93, sendo eles: 1) **Declaração de Inidoneidade Financeira (Acórdãos do Plenário TCU: 2.056/08; 2.179/11 e 2.365/17); 2) Certidão Negativa de Corregedoria de Justiça, Acórdãos Plenário TCU: 2.365/17, 7.982/2017; 3) Alvará de Vigilância Sanitária, Decisão Plenário, nº. 739/01;** 4) Prova de quitação com a fazenda pública, seguridade ou FGTS, Decisão Plenário nº. 792/02; 5) Certificado de Entidade Beneficente de Ass. Social na Saúde (CEBAS-SAÚDE) Acórdão 336/18, dentre outros.

De forma **RECOMENDO** à *Pregoeira que suprima esses itens do Edital, antes da sua publicação.*

Tendo em **vista o item 8.6.3, sobre a não exigência de registro de balanço patrimonial das micro, empresa de pequeno porte e cooperativas, no caso de fornecimento de bens para pronta entrega, RECOMENDO também que esse item deva ser suprimido do edital.** Haja vista que esse recurso não se aplica ao caso em testilha, uma vez que o objeto do certame é um SRP, com fornecimento fracionado.

Pois segundo o art. 40, § 4º, da Lei de Licitações e Contratos, compras de entrega imediata são aquelas cujo prazo de entrega seja de até 30 dias da data de apresentação das propostas. Importantes doutrinadores fazem uma equiparação entre bens para pronta entrega e entrega imediata, como Marçal Justen Filho em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª edição, 2009, página 469, o qual equipara ambos os conceitos.

Desta forma, concluiu-se, a priori, pela obrigatoriedade de registro do seu balanço em junta comercial, mesmo diante do dispositivo abaixo colacionado:

Art. 3º Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.

Dessa forma, tendo as micro e pequenas empresas obrigação legal de elaborar o balanço patrimonial e a demonstração de resultados, bem como efetuar o competente registro (art. 1.181, CC), havendo a exigência no edital de que os licitantes apresentem, entre os documentos para habilitação econômico-financeira, balanço patrimonial e demonstrações contábeis, conforme previsto no art. 31, inciso I, da Lei 8.666/1993, não há fundamento legal para que outras instruções normativas ou Decretos dispense as micro e pequenas empresas de fazê-

lo.

Da Minuta do contrato

A minuta do contrato descreve o objeto, prazo, vigência, validade, forma e período de fornecimento, obrigações de ambas as partes, origem dos recursos, forma e prazo de pagamento, sanções, direitos e responsabilidades, causas de rescisão, vinculação ao edital, eleição de foro, tudo em conformidade com o artigo 55 da Lei 8.666/93.

Ata de Registro de Preços

A ata de registro de preço cumpre o disposto no Decreto 7.892/13, art. 2º, II, contendo inclusive a sua vigência, conforme disposição do artigo 12, fato que atende a legislação.

5. CONCLUSÃO

Assim, concluída a fase interna pode ser iniciada a fase externa do certame com a publicação do edital e convocação dos licitantes para o certame, com a indicação do dia, horário e local, respeitado o prazo de 8 dias da publicação para realização do certame.

Nesse passo, opino de forma favorável ao prosseguimento do feito, contudo, atente-se para as RECOMENDAÇÕES supra mencionadas em linhas volvidas.

É o Parecer desta Assessoria Jurídica, S.M.J.

Eldorado do Carajás, 15 de outubro de 2021.

Roberta dos Santos Sfair
Assessora Jurídica
OAB-PA 21.144-A

ⁱ <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6351/Registro-de-precos-uma-alternativa-inteligente-para-economizar>

ⁱⁱ <https://www.migalhas.com.br/quentes/285084/stj--empresa-em-recuperacao-judicial-pode-participar-de-licitacao>, STJ- Processo: AREsp 309.867