

PROCESSO Nº 151/2020-FMAE/SEGEP

PARECER Nº 0110/2020 - AJUR-FMAE

Solicitante: Presidente da FMAE

Assunto: Análise sobre a regularidade do Pregão Eletrônico nº 117/2020 – Aquisição de Gêneros Alimentícios Não Perecíveis para a composição da Merenda Escolar.

Senhor Presidente,

1- RELATÓRIO.

Tratam os autos sobre o Pregão Eletrônico nº 117/2020-FMAE (Processo Administrativo 151/2020- FMAE GDOC Nº 116/2020) – Aquisição de Gêneros Alimentícios Não Perecíveis para abastecimento da rede municipal de ensino e cumprimento do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE.

Antes de adentrar no mérito da regularidade do processo em questão, há necessidade de se fazer um breve resumo sobre o tema. Concernente a aquisição de gêneros alimentícios para alimentação escolar da rede pública municipal que se materializa como direito fundamental social a educação e alimentação elencada pelo poder constituinte, no art. 6º, da CRFB, no rol exemplificativo dos direitos sociais, devendo ser aplicada pelo interprete como cláusula pétreia implícita ou mesmo reflexa¹, em razão de tutelar garantia fundamental para os alunos da rede pública municipal, que devem receber alimentação nas escolas de maneira periódica e adequada por força de preceito Constitucional do art. 227², *caput*, complementando os artigos 4º e 54³, ambos da Lei nº 8.069/90⁴.

¹ A conceituação de cláusula pétreia implícita se explica em razão de incidir de forma direta na Dignidade da Pessoa Humana, posto que o direito a boa alimentação nas escolas é uma das ferramentas de atração e desenvolvimento dos alunos, por isso, interpreto que a alimentação saudável e adequada no âmbito escolar deve ser oferecido pelos gestores como direito público subjetivo, como é feito por esta Fundação, conseqüentemente por essa municipalidade.

² Art. 227. **É dever** da família, da sociedade e do **Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem**, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, **à alimentação**, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³ Art. 54. **É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:**

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, **alimentação** e assistência à saúde.

⁴ Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Carece a observância de alguns requisitos que estão fora do Proc. Administrativo e que merecem ser frisados, como a natureza da necessidade da aquisição do objeto, no caso in concreto se materializa pela intangibilidade do serviço continuado prestado por essa fundação, pois aquisição não se trata de mera compra voluptuária, ao contrário se trata de uma obtenção de extrema necessidade para o alcance do objeto institucional da FMAE⁵, entregar e fiscalizar a alimentação escolar nas unidades escolares.

2- DA FUNDAMENTAÇÃO.

O supramencionado Procedimento Licitatório Pregão Eletrônico nº 117/2020-FMAE, tem **como finalidade o atendimento da alimentação escolar na rede municipal de ensino, sendo o órgão gerenciador nato a FMAE**, pois é quem tem o dever institucional: *planejar, coordenar, dirigir, executar, controlar e avaliar os programas, projetos e atividades de assistência ao estudante em todas as suas áreas de abrangência, no âmbito de competência da prefeitura municipal de Belém; administrar e zelar pela manutenção da estrutura física de todas as unidades a si vinculadas; manter intercâmbio com instituições congêneres do País e do exterior; cooperar com órgão e entidade pública de nível federal, estadual ou municipal ou entidades privadas, nacionais ou estrangeiras, nas ações que objetivarem a assistência ao estudante e quaisquer outras atividades a serem detalhadas no Regimento Interno da Fundação*, de acordo com a redação do art. 4º e incisos da Lei Municipal nº 7.347/86, lei de criação da FMAE.

Aduz que não obsta a participação de outros órgãos ou pessoas jurídicas de direito público, desde que cumpra os requisitos do edital.

O processo licitatório é uma sequência lógica de atos administrativos que desencadeiam um procedimento administrativo formal que tem como objetivo proporcionar à Administração Pública a aquisição de determinados bens ou prestação de determinados serviços, visando sempre a forma mais vantajosa que essa necessidade

⁵ O objeto institucional da FMAE tem natureza jurídica de interesse público primário (...) “coincide com a realização de políticas públicas voltadas para o bem estar social. Satisfaz o interesse da sociedade, do todo social. O interesse público primário justifica o regime jurídico administrativo e pode ser compreendido como o próprio interesse social, o interesse da coletividade como um todo. Pode-se afirmar também que os interesses primários estão ligados aos objetivos do Estado, que não são interesses ligados a escolhas de mera conveniência de Governo, mas sim determinações que emanam do texto constitucional, notadamente do art. 3º da Constituição Federal”. MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª edição. Ed. Malheiros. São Paulo, 2008. pág. 55.

imperera, respeitando-se os princípios constitucionais, explícitos no art. 37, *caput*, da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Nessa ótica, cabe esclarecer que:

1. **Princípio da Legalidade** é aquele que impõe à administração pública a obediência estrita à lei, sendo que todos os seus atos, indistintamente, devem estar de acordo com a lei, não sendo possível contrariá-la nem tratar de tema não previsto em lei.

2. **Princípio da Impessoalidade** é aquele em que a administração pública busca como finalidade essencial a satisfação do interesse público, sempre à procura das melhores alternativas para a sociedade como um todo. E, por "interesse público", não deve se compreender alguma concepção ideológica pessoal do agente, mas aquilo que é definido como tal pelo Direito. Portanto, o princípio da impessoalidade (ou da finalidade) decorre diretamente do princípio da legalidade. Atuar impessoalmente, portanto, significa ter sempre a finalidade de satisfazer os interesses coletivos, mesmo que, nesse processo, interesses privados sejam beneficiados ou prejudicados. O que se veda é a atuação administrativa com o objetivo de apenas beneficiar ou prejudicar pessoas ou grupos específicos. Impessoalidade também significa imparcialidade e isonomia, pois, a função da administração pública é a execução da lei, independentemente de quem sejam os interesses beneficiados ou prejudicados. Até mesmo os próprios interesses do ente governamental, enquanto pessoa jurídica, somente podem ser satisfeitos se estiverem respaldados pela lei. Os atos da administração devem sempre estar de acordo com a finalidade genérica (satisfação do interesse público) e com sua finalidade específica, que lhe é própria. A desobediência a qualquer uma dessas finalidades constitui uma espécie de abuso de poder chamada de desvio de finalidade ou de desvio de poder.

3. **Princípio da moralidade** é aquele formado por normas jurídicas provindas do ente público, seja ele federal, estadual ou municipal, e de obediência obrigatória, sob pena de imposição de uma sanção. Exige que o administrador público sempre considere as normas morais em sua conduta, de forma que sua obediência seja obrigatória, mesmo contra a expressão literal da lei. Não se trata da moral média da sociedade, mas daquela especificamente dirigida à atuação administrativa. Enquanto o indivíduo tem o direito de portar-se imoralmente, desde que não descumpra a lei, o

agente público somente deve atuar legitimamente, ou seja, de acordo com a lei e com a moral.

4. **Princípio da publicidade** é aquele em que a administração pública tem o dever de transparência, obrigando-a a levar seus atos ao conhecimento da população. As finalidades fundamentais do princípio da publicidade dos atos da administração pública são os de conferir eficácia aos atos da administração, ou seja, o ato somente torna-se obrigatório para seus destinatários quando for publicado; possibilitar o controle do ato pela população ou por outros órgãos públicos, a exemplo do Ministério Público, que atua por meio da ação civil pública ou por meio de recomendações aos órgãos públicos. Todavia, imperioso registrar que o sigilo é lícito na administração pública em situações nas quais a publicidade possa acarretar lesão a outro direito protegido constitucionalmente. Isto é, os atos do procedimento licitatório são públicos, exceto a apresentação das propostas, pois, se um dos licitantes souber das propostas dos outros, antes de apresentar a sua, haverá uma vantagem indevida e uma violação ao princípio da isonomia. Esclarece que houve publicação no Diário Oficial da União, Diário Oficial do Município e a publicação no jornal de grande circulação, de acordo com a exigência do art. 3º, *caput* e art. 39, ambos da Lei Geral de Licitações.

Assim, partindo-se dos princípios constitucionais, no âmbito da Administração Pública, tem-se que o processo licitatório visa garantir a moralidade dos atos administrativos e dos procedimentos da própria Administração, valorizando igualmente a livre iniciativa pela igualdade no oferecimento da oportunidade à população de forma geral.

No que tange à regularidade do processo licitatório propriamente dito, há necessidade de se verificar pontualmente todos os atos administrativos praticados, levando-se em conta o tipo de procedimento adotado.

No tocante aos procedimentos a serem adotados no processo licitatório, o art. 38 da Lei 8.666/93 determina que:

“Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso (fls. 128/218);

II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite (fls. 332/335);

III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite (fls. 229/230);

IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem (fls. 88/127);

V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade (fls. 219/223);

VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação (ata de adjudicação; termo de homologação – em análise);

VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões (não consta);

IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente (não consta);

X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

XI - outros comprovantes de publicações;

XII - demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. 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.

Em relação ao exame da documentação de habilitação anexa aos autos, há de se observar quais as determinações feitas no Edital, a fim de cumprir, além do princípio da legalidade, com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

No Edital, juntado aos autos, há indicação de que os licitantes terão sua habilitação parcial válida com a apresentação do SICAF. O Edital traz também a exigência de apresentação de documentação complementar, tais quais: Regularidade jurídica; Regularidade fiscal trabalhista; Falência e Concordata; Balanço Patrimonial e Demonstrações Financeiras; e Atestado de Capacidade Técnica, dentre outros.

No mais, cabe identificar que consta dos autos Carta de Apresentação das Propostas perfeitamente válidas, bem como a regularidade documental no processo em análise, conforme determina o art. 27 e seguintes da Lei 8.666/93, elemento indispensável para admissibilidade da participação do procedimento licitatório.

Durante a referida etapa, após aceitas e habilitadas as propostas dos licitantes que, segundo a análise do Sr. Pregoeiro, ofertaram o menor preço e atenderam às exigências habilitatórias, foi realizado o encerramento da fase e aberto o prazo para intenção de recursos, em atendimento ao disposto do inciso XIX do art. 12 do Decreto Municipal nº 47.429/05.

Sobre a **minuta do contrato** a ser firmado entre a Administração Pública e o licitante vencedor devem constar em suma os seguintes elementos:

- a) Prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 da Lei nº 8.666/1993, definindo se haverá convocação expressa ou simplesmente condicionada a prazo após a homologação da licitação;
- b) Prazo e condições para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- c) Condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
- d) Sanções para o caso de inadimplemento do contrato, inclusive com indicação do percentual de multa;
- e) Exigência de seguros, quando for o caso.
- f) Condições de pagamento, prevendo:
 - f.1) prazo de pagamento, não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;
 - f.2) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
 - f.3) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data a ser definida nos termos da alínea “a” deste inciso até a data do efetivo pagamento;
 - f.4) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
 - f.5) quais tributos e encargos serão retidos pela Administração Pública o ato do pagamento, inclusive as condições de substituto tributário;

f.6) critério de reajuste nos termos da Lei nº 10.192/2001.

O amparo legal da pretensa contratação buscou amparo nos artigos 54, 55 e 61 da Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores, os quais estabelecem os requisitos mínimos e necessários, para todos aqueles que virem contratar com a Administração Pública, consoante os princípios basilares que norteiam a Administração Pública previsto no artigo 37 da Constituição Cidadã.

Por fim, não pode deixar de olvidar que o regime que será adotado pelo contrato administrativo será de regime de direito público, no qual a lei impõe prerrogativas contratuais à Administração Pública, garantias que traz a podem ser chamadas pela doutrina pátria de *cláusulas exorbitantes*⁶, encontradas no art. 58, da Lei 8.666/93. Além disso, se devem interpretar tais normas mesmo que não estejam de forma explícita no contrato administrativo, com fulcro do princípio da supremacia do interesse pública em face do interesse privado.

Em suma, os contratos administrativos serão assinados pelo representante desta Fundação (Ordenador de Despesa) e o licitante vencedor-contratado, contudo, esse apenas assinará o contrato administrativo se apresentar as certidões negativa de débitos fazendários dos entes federados onde tem domicílio e do FGTS (**podendo ser substituída pela declaração contemporânea do Sicaf**), posto que, a Administração Pública não poderá aceitar ter relações contratuais com o particular faltoso, sob pena de privilegiar o licitante faltoso, ao contrário a Administração deverá incentivar, ou melhor, deve ter relações contratuais apenas com particulares adimplentes suas obrigações fiscais e extrafiscais, por força do art. 193, do CTN⁷.

Por fim, é manifestamente regular o Processo Administrativo nº 151/2020-FMAE G-DOC nº 116/2020/SEGEP, que estão formalmente instruídos com os atos tidos como essenciais, conforme descrito acima.

⁶ A nomenclatura é utilizada pela doutrina majoritária vide. DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. Atlas. 26ª ed. São Paulo. 2013, 277.

⁷Art. 193 do CTN: **Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.**

3- CONCLUSÃO:

Visto posto, esta AJUR alega que para emissão deste Parecer Jurídico foram observadas as regras constantes no Edital de convocação do Pregão Eletrônico n. 117/2020-FMAE/SEGEP, ao lado da legalidade advinda da Lei n. 8.666/93, Lei n. 10.520/02, daí atesto a regularidade jurídico-formal do procedimento licitatório, o qual entende-se apto a ser submetido à homologação da autoridade superior, em tudo observadas as formalidade legais, ressaltando sobre a necessidade de publicação do resultado da licitação e dos demais atos posteriores em observância ao princípio da publicidade administrativa.

Após a homologação, sugere-se o encaminhamento dos autos para a o Setor de Licitação a fim de dar prosseguimento ao processo licitatório, fazendo publicar o termo de homologação pertinente. Após, que seja formalizado o instrumento contratual com as empresas vencedoras do certame.

Após formalização contratual por esta Fundação, que o extrato do contrato seja publicado na forma do art. 61, parágrafo único da Lei 8.666/93. Observa-se mais que o extrato do referido contrato deve publicado no Diário Oficial do Município de Belém dentro do prazo de 10 (dez) dias, contados a partir de sua assinatura, e que a autoridade competente designe o fiscal, responsável por acompanhar o contrato.

Verificamos, também, que a minuta do Contrato do Pregão Eletrônico n° 117/2020-FMAE-SEGEP, encontra-se **regular** e em consonância com as normas contidas na lei n° 8.666/1993, o que autoriza o prosseguimento do feito.

Por fim, lembramos o caráter meramente **opinativo** deste parecer, face ser ato de administração consultiva, podendo o Ilustre Titular desta FMAE entender de forma diversa para melhor atender o interesse público e as necessidades desta Municipalidade.

É o parecer que submetemos à vossa apreciação.

Belém - PA, 26 de agosto de 2020.

Pedro Paulo Silva Melo
Assessor Jurídico AJUR/FMAE
OAB/PA 7776