



**PODER PÚBLICO MUNICIPAL
PREFEITURA MUNICIPAL DE BREVES**

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 053/2018

PREGÃO PRESENCIAL Nº 033/2018

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PREGÃO PRESENCIAL 33/2018 PMB - ANÁLISE JURÍDICA DAS MINUTAS DO EDITAL E DO CONTRATO. LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS, MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE PARA ITENS COM VALOR ATÉ R\$ 80.000,00, QUE OBJETIVA A AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO PARA ATENDER AS SECRETARIAS DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BREVES.

O presente parecer versa sobre minutas para realização de pregão presencial, com participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedores individuais (Lei Complementar 123/06 e Lei Complementar Municipal nº. 001/10), frente solicitação, em sistema de registro de preços.

As minutas do edital e contrato, foram remetidos, para a análise prévia dos aspectos jurídicos, considerando a previsão do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, não cabendo ao presente parecer.

Eis o relatório.

DA ANÁLISE JURÍDICA.

A análise das minutas, será conduzida à luz da legislação aplicável ao presente caso, qual seja, Decreto nº 3.555/2000, a Lei nº 10.520/2002; a LC Federal 123/2006, aplicando-se ainda subsidiariamente a Lei nº 8.666/1993.

O art. 38 da Lei nº 8.666/93, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.883/94, assim dispõe:

“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:



**PODER PÚBLICO MUNICIPAL
PREFEITURA MUNICIPAL DE BREVES**

(...)

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. O pregão consiste em modalidade de licitação instituída pela Lei nº 10.520/2002, para a aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. “

Da mesma forma, o art. 21, incisos VIII e IX do Decreto nº 3.555/2000 que regulamenta o Pregão Presencial, o processo licitatório deve ser instruído com a minuta de edital e seus anexos, dentre os quais a minuta do contrato.

Nos termos do parágrafo único do art. 1º do referido diploma legal, 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.

A minuta do edital em análise, traz os requisitos de habilitação que os licitantes devem apresentar no presente certame. De tal maneira, no que se refere à habilitação de interessados, todas as cláusulas e exigências inclusas no instrumento convocatório deverão estar em harmonia com a legislação aplicável.

As exigências feitas a título habilitatório limitar-se-ão, estritamente, àquelas indispensáveis a garantir/atestar o domínio de conhecimento e capacidade técnica do potencial contratado, em cumprir as obrigações por ele a serem assumidas. A assertiva é extraível do inc. XXI, do art. 37, da Constituição da República, verbis:

“Art. 37 ...

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”

As condições de habilitação, em sede de Pregão, foram disciplinadas pelo inc. XIII, do art. 4º, da Lei 10.520/02, da seguinte forma:

“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;”



**PODER PÚBLICO MUNICIPAL
PREFEITURA MUNICIPAL DE BREVES**

Sobre este aspecto, vide as considerações de Joel de Menezes NIEBHUR:

“Na modalidade pregão, como dito, a sistemática de habilitação é bem diferente. O art. 4º do inciso XIII da Lei nº 10.520/02 prescreve que a “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”.

Perceba-se que o dispositivo supracitado limita as exigências de regularidade fiscal às certidões da Fazenda Nacional, da Seguridade Social, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e das fazendas estaduais e municipais, quando for o caso. Portanto, na modalidade pregão não se deve exigir prova de inscrição no Cadastro e Pessoas Físicas ou no Cadastro de Pessoas Jurídicas (inc. I do art. 29 da Lei nº 8.666/93), nem prova de cadastro de contribuintes estadual e municipal (inc. II do art. 29 da Lei nº 8.666/93).

Some-se a isto que a Lei 10.520/02 não estabelece de antemão, quais os documentos a serem exigidos relativamente à habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, prescrevendo que o instrumento convocatório deve dispor a respeito deles. Ou seja, a Lei nº 10.520/02 roga à discricionariedade da Administração a definição dos documentos prestantes a comprovar tais aspectos da habilitação, pois, é ela quem os determina no instrumento convocatório. Com isso, a Administração não está obrigada a exigir, no instrumento convocatório, todos os documentos listados nos artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 8.666/93. Ela tem a competência para filtrar quais documentos são pertinentes, podendo, por corolário, exigi-los todos, dispensar alguns ou acrescentar outros.”¹

Assim, em sede de Pregão a Administração deverá exigir, no que couber, os documentos de regularidade fiscal indicados no inc. XIII, do art. 4º, da Lei 10.520/02, aliados à exigência de regularidade trabalhista; caberá à Administração também avaliar, caso a caso, quais elementos habilitatórios, exigidos pela Lei 8.666/93, são efetivamente relevantes para a comprovação da habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira daqueles que disputam para contratar com o Poder Público.

1 ^[1] NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2015. p. 397-398.



**PODER PÚBLICO MUNICIPAL
PREFEITURA MUNICIPAL DE BREVES**

O edital dispõe de definição do objeto de forma clara e precisa, na forma da lei, e data de recebimento e abertura de envelopes, bem como, trata das demais condições de participação no certame, dispondo de critérios objetivos para julgamento e aceitabilidade das propostas.

Por fim, cabe asseverar, que a partir do preâmbulo da minuta do instrumento, verificamos que:

1. A presente contratação se dará através do sistema do registro de preços;
2. A presente contratação se dará mediante a divisão em cotas para ampla participação e para participação exclusiva de microempresa, empresas de pequeno porte e microempendedor individual.

Quanto o Registro de Preços, o instituto está previsto na Lei 8.666/93, art. 15, II:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

.....

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

O Sistema de Registro de Preços – SRP é o conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras pela Administração Pública.

A Lei nº 8.666/1993 estabeleceu em seu art. 15, inciso II, que as compras, sempre que possível, deverão ser processadas por meio de SRP. Considerando que a Lei de Licitações estabelece normas gerais, cabe a cada ente federativo estabelecer a sua respectiva regulamentação. Na esfera federal, o assunto é tratado pelo Decreto nº 7.892/2013.

O art. 3º do Decreto nº 7.892/2013 estabelece as hipóteses em que a Administração Pública Federal pode utilizar o SRP:

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;

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

Ainda que o §3º, do art. 15, da Lei 8.666/93, preveja a regulamentação do Sistema de Registro de Preços (SRP) via decreto, a ser editado no âmbito da entidade federativa, o dispositivo em questão é autoaplicável, ou seja, Estados e Municípios poderão realizar licitação via SRP mesmo que inexistentes as respectivas regulamentações em seus âmbitos de atuação. Isso porque a previsão já contida na Lei 8.666/93 é suficiente (autoaplicável) à instituição do SRP.

Nesse sentido também são os ensinamentos de Marçal JUSTEN FILHO, *in verbis*:



**PODER PÚBLICO MUNICIPAL
PREFEITURA MUNICIPAL DE BREVES**

O art. 15 prevê a regulamentação do sistema de registro de preços por meio de decreto, a ser editado no âmbito de cada entidade federativa. Isso não significa que o dispositivo não seja autoaplicável. A afirmativa decorre de que a disciplina constante da Lei é perfeitamente suficiente para instituir-se o sistema de registro de preços. Não há necessidade de veiculação de outras regras complementares. A quase totalidade das soluções pode ser explícita ou implicitamente extraída do sistema da Lei 8.666/1993. Aliás, inúmeras inovações trazidas na regulamentação se caracterizam como ilegais, eis que ultrapassam os limites previstos legislativamente.²

Assim, frente o exposto, a análise também recai sobre a minuta da ata de registro de preços, que deve estabelecer as condições de fornecimento, em concordância com a norma em vigor, e jurisprudência dos Tribunais de Contas.

No que tange ao procedimento destinar cota para participação exclusiva de ME, EPP ou MEI, em cumprimento a mandamento constitucional, assim prevê a Lei Complementar 123/2006:

“Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)”

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 313



**PODER PÚBLICO MUNICIPAL
PREFEITURA MUNICIPAL DE BREVES**

dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).”

Assim, o art. 48 da LC 123/2006, também alterado pela LC 147/2014, prevê uma série de medidas com o fim de implementar concretamente o tratamento favorecido às ME e EPP em licitações públicas, dentre as quais, a realização de certames destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Nesse sentido, seu inciso I passou a prever que a Administração Pública deverá (e não mais poderá como constava na redação anterior), *“realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);”*, alterando de facultativo para obrigatório o caráter desta diretriz.

Destaco, que essa obrigação não incide nas hipóteses em que ficar comprovado que a reserva não é vantajosa para a administração pública ou quando representar prejuízo ao conjunto do objeto a ser contratado, conforme hipótese prevista no art. 49, do mesmo estatuto legal.

Quanto a análise da minuta do contrato, inicialmente cabe destacar que os contratos administrativos, são regidos por normas de direito público, como característica essencial a participação da administração públicas num dos polos do contrato, com supremacia de poder, o qual não ocorre nos contratos regidos pelo direito privado, pois neste consiste em a igualdade entre as partes.

Assim, o contrato administrativo é uma espécie de contrato que requer o emprego de princípios de direito público, aplicando-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Possui cláusulas e termos que impõem restrições e prerrogativas decorrentes da natureza pública da atividade administrativa.

Dessa forma, verifica-se que a minuta em questão possui as cláusulas necessárias, também chamadas de essenciais, que são aquelas que devem obrigatoriamente estar prevista em um contrato administrativo. Tais cláusulas encontram-se listadas no artigo 55, da lei 8.666/93.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, a proposição está em condições de ser aprovada, desde que observado os dispostos constantes no presente parecer.

S.m. j. é o parecer.

À consideração superior.

Breves – PA. 27 de agosto de 2018.

Valter Ferreira da Silva Filho

OAB/PA 16.906

Praça 03 de Outubro, nº 01 – Centro/CEP: 68800-000 – Breves/Pará.