

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

Parecer jurídico.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. PREGÃO ELETRÔNICO. FASE INTERNA. AQUISIÇÃO DE GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO - GLP E ÁGUA MINERAL. BENS COMUNS. LEI Nº 14.133/2021. DECRETO MUNICIPAL Nº 005/2024. ANÁLISE JURÍDICA. REGULARIDADE FORMAL/LEGAL. PROSSEGUIMENTO DOS TRÂMITES ADMINISTRATIVOS.

1. DO RELATÓRIO:

Trata o presente parecer da fase interna do Processo Licitatório nº 052/2024, Pregão Eletrônico nº 004/2024, que tem por objeto a aquisição Gás Liquefeito de Petróleo – GLP e água mineral.

Os seguintes documentos são relevantes para a análise jurídica:

- Ofício de Solicitação (Documento de Formalização da Demanda);
- Estudo Técnico Preliminar;
- Termo de Referência;
- Edital;
- Minuta de Contrato;

É a síntese do necessário.

2. DA APRECIÇÃO JURÍDICA

A presente manifestação jurídica tem o propósito de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade.

O referido controle se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura contratação, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade

De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

Cabe esclarecer que não é papel da assessoria jurídica exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos e nem de atos já praticados, sendo objeto de análise os aspectos formais/legais da fase interna.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

3. DO PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO – FASE PREPARATÓRIA (INTERNA)

De acordo com Marçal Justen Filho¹, a fase interna (preparatória) é destinada ao atendimento de formalidades indispensáveis ao sucesso da licitação e da execução contratual, sendo necessário para tanto que a Administração identifique suas necessidades e, ao mesmo, a disponibilidade no mercado de bens/serviços adequados para contratação:

*“A fase prévia ou interna à licitação envolve o **cumprimento de formalidades essenciais e indispensáveis ao êxito do certame** e à **obtenção de contrato adequado e satisfatório**. Não se passa diversamente no tocante ao pregão.*

(...)

*(...) Então, na fase interna preliminar, a **Administração deve diagnosticar suas necessidades e verificar a disponibilidade no mercado de bens adequados para contratação.**”*

Para Celso Antônio Bandeira de Melo², a fase interna é aquela em que **a promotora do certame, em seu recesso, exerce todos os atos condicionantes à sua abertura, antes da convocação dos interessados.**

A Lei nº 14.133/21 define que fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento, elencando sem seu art. 18 providências e documentos que devem instruir os autos, *in verbis*:

*Art. 18. A **fase preparatória** do processo licitatório é **caracterizada pelo planejamento** e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:*

*I - a **descrição da necessidade da contratação** fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;*

*II - a **definição do objeto** para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;*

*III - a **definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;***

*IV - o **orçamento estimado**, com as composições dos preços utilizados para sua formação;*

*V - a **elaboração do edital de licitação;***

*VI - a **elaboração de minuta de contrato**, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;*

*VII - o **regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia**, observados os potenciais de economia de escala;*

¹Justen Filho, Marçal. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, 4 ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002 e os Decretos Federais nº 3.555/00 e 5.450/05. São Paulo, Dialética, 2005, pág. 69.

²Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 33 ed. rev., e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 597

GLEIDSON ASSUNÇÃO

SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

VIII - a **modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa** e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a **motivação circunstanciada das condições do edital**, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a **análise dos riscos** que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a **motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação**, observado o art. 24 desta Lei.

O professor Matheus Carvalho³ defende que a fase preparatória confere caráter técnico à etapa do processo em que prevalecem as escolhas dos gestores e que o planejamento alcançou status de princípio nas licitações e contratações públicas:

“O art. 18 abre o capítulo referente à fase preparatória dos processos licitatórios, tratando a instrução do processo licitatório, enumerando todos os resultados necessários e suficientes para a realização da licitação. O dispositivo valoriza o planejamento, buscando procedimentalizar as ações da Administração, de forma a conferir um caráter técnico para a fase em que prevalecem as escolhas dos gestores, ou seja, discricionariedade.

(...)

O planejamento das ações governamentais, **alçado ao status de princípio geral das licitações e contratos administrativos**, a ser observado na aplicação da lei 14.133/21, encontra o seu maior corolário no artigo objeto dos presentes comentários (...). Nesse sentido, **o princípio do planejamento não é meramente uma norma de conteúdo aberto**, tendo sido dotado de um arsenal de normas-regra que o tornam efetivo na seara das contratações públicas, e não uma norma de finalidade hermenêutica.

(....)

A noção geral de planejamento, no direito administrativo, remete à compreensão de que **o gestor público, para bem exercer suas funções, deve buscar antever acontecimentos e arquitetar ações futuras**, de forma que a Administração seja dotada de conhecimentos suficientes acerca de suas necessidades e da melhor forma de supri-las.”

Em síntese, a fase preparatória é notabilizada pelo conjunto de atos administrativos praticados de forma predominantemente técnica pela Administração Pública sem a participação de terceiros.

Traçadas as linhas gerais, passemos a análise dos elementos/documentos que a integram.

4. DO DOCUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DA DEMANDA – DFD

A fase interna do Pregão tem início com a manifestação de determinado agente público, onde deve ser explicitada a necessidade adquirir ou receber bens e serviços comuns através da contratação de particulares.

³Carvalho, Matheus. Nova Lei de Licitações Comentada e Comparada / Matheus Carvalho, João Paulo Oliveira, Paulo Germano Rocha. – 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPdivm, 2023, pág. 164-165.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

A requisição do setor interessado, modernamente denominada de Documento de Formalização da Demanda – DFD, marca o início do processo de contratação.

O professor Jacoby Fernandes⁴ afirma que **o primeiro passo de qualquer procedimento licitatório é a requisição do objeto** subscrita por agente público com vistas à futura contratação, a quem compete expor porque precisa, o consumo previsto, a quantidade demandada e a forma de utilização.

Sidney Bittencourt⁵ resume com propriedade esse momento inicial da fase preparatória:

“A fase de preparação tem início com a “requisição do interessado”.

Assim, tendo sido observada por certo setor da Administração a necessidade de aquisição de um bem ou contratação de algum serviço, deverá ser providenciada solicitação formal à autoridade competente.

A requisição é o documento que dá origem à licitação (ou, se for o caso, a sua dispensa ou inexigibilidade).”

No presente caso, os Documentos de Formalização da Demanda indicam, sucintamente, a descrição mínima do objeto, a justificativa da necessidade da contratação e identificam a área e o servidor requisitante.

5. DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR - ETP

O art. 6º, XX, da Lei nº 14.133/21, define o Estudo Técnico Preliminar - ETP como sendo o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento da contratação, servindo como esteio ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico, caso a contratação seja viável:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:
(...)

XX - estudo técnico preliminar: **documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação** que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e **dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico** a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

Ronny Charles⁶ sustenta que a função do ETP é agregar novos elementos de planejamento, exigindo da Administração Pública reflexão prévia à definição do objeto, especialmente em relação às soluções disponíveis e questões técnicas relevantes ao melhor atendimento da pretensão contratual:

*“Partindo do documento que formaliza a demanda, o **Estudo Técnico Preliminar agrega novos elementos de planejamento**, entre eles: requisitos de contratação, levantamento de mercado, justificativas técnicas, como em relação ao parcelamento da solução, ao uso de algumas das ferramentas admitidas para o procedimento licitatório, regime de execução, dentre outros.*

*A função do ETP é **agregar novos elementos de planejamento**, avaliando entre outras coisas: as soluções disponíveis no mercado para o atendimento da pretensão contratual, eventuais requisitos necessários à contratação, ponderações sobre a modelagem contratual como em relação ao parcelamento ou não da solução, contratação com ou sem dedicação exclusiva de mão-de-obra, entre outros.*

⁴Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses, Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico, 6 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pág. 388-389.

⁵Bittencourt, Sidney. Nova Lei de Licitações passo a passo: comentando, artigo por artigo, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pág.

⁶Torres, Ronny Charles Lopes de, Lei de licitações públicas comentadas. 12 ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivum, 2021, pág. 138-139.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

(...)

Com o ETP, objetiva-se uma maior reflexão do órgão, nesta fase do planejamento, prévia à definição estabelecida pelo documento de planejamento (projeto básico, ETP ou anteprojeto de engenharia). Em suma, a função do ETP é gerar reflexão prévia à definição do objeto licitatório, notadamente em relação às soluções disponíveis e questões técnicas pertinentes, para melhor atendimento da pretensão contratual."

O artigo 18, § 1º, da Lei nº 14.133/21, dispõe que o ETP deve explicitar o problema a ser resolvido e a respectiva solução, o que deve ser materializado através dos seguintes elementos:

Art. 18. (...)

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá **evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução**, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

No presente caso, os setores demandantes elaboraram, isoladamente, os Estudos Técnicos Preliminares contemplando os seguintes elementos: **a)** descrição da necessidade da contratação; **b)** alinhamento entre a contratação o planejamento da administração; **c)** requisitos da contratação; **d)** estimativa de quantidade; **e)** levantamento de mercado; **f)** estimativa do valor da contratação; **g)** descrição da solução como um todo; **h)** justificativa para o parcelamento da contratação; **i)** demonstrativo resultados pretendidos; **j)** providências prévias à celebração do contrato; **k)** contratações correlatas; **l)** possíveis impactos ambientais e **m)** posicionamento conclusivo.

É válido registrar que o Município de Aliança regulamentou, através do Decreto nº 005/2024, a fase interna para aquisição de bens e serviços, reproduzindo em seu art. 8º, a integralidade do texto do art. 18, §1º, da Lei nº 14.133/21, o que tornaria repetitivo e inócuo cotejá-lo com o ETP.

Apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, ao setor requisitante, o ETP contém as previsões necessárias relacionadas no art. 18, §1º, da Lei nº 14.133/2021 e 8º, do Decreto Municipal nº 005/2024.

6. DO TERMO DE REFERÊNCIA

Segundo Carlos Cox⁷, o termo de referência deve ser elaborado a partir dos estudos técnicos preliminares, devendo conter maior nível de especificidade do objeto, critérios de seleção do fornecedor/prestação de serviços, forma de execução e gestão do contrato:

"O termo de referência consiste no artefato de planejamento elaborado a partir dos estudos técnicos preliminares e que deve conter a especificação do objeto, o modelo de execução e gestão do contrato, bem como a estratégia de seleção do fornecedor."

Em resumo, o termo de referência tem a característica de ser um instrumento (documento) que se fundamenta nos dados e informações do ETP e que permite especificar o que será contratado (a solução), como será contratado (estratégia de seleção) e como será a dinâmica da execução e gestão de obrigações (modelo de gestão do contrato)."

O termo de referência deve contemplar as exigências do artigo 6º, XXIII, da Lei nº 14.133/21:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto**, incluídos **sua natureza**, os **quantitativos**, o **prazo do contrato** e, **se for o caso**, a **possibilidade de sua prorrogação**;
- b) fundamentação da contratação**, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo**, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação**;

⁷Cox, Carlos Henrique Harper. Planejamento Operacional Das Contratações Públicas: Conforme a Lei Nº 14.133/2021. São Paulo: Editora JusPodivum, 2024, pág. 317.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

e) **modelo de execução do objeto**, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;

f) **modelo de gestão do contrato**, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;

g) **critérios de medição e de pagamento**;

h) **forma e critérios de seleção do fornecedor**;

i) **estimativas do valor da contratação**, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;

j) **adequação orçamentária**;

Especificamente em relação a compras, também devem ser observadas as exigências do art. 40, §1º, da Lei nº 14.133/2021:

Art. 40. **O planejamento de compras** deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

(...)

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do **caput** do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - **especificação do produto**, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - **indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso**;

III - **especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso**.

In casu, o Termo de Referência abordou os requisitos previstos nos artigos 6º, XXIII e 40, §1º, da Lei nº 14.133/2021, visto que presentes: **a)** definição do objeto, especificações do produto, quantitativos e prazo do contrato (**itens 01, 03 e 8.1**); **b)** fundamentação da contratação (**item 2.12**); **c)** descrição da solução (**item 2.13**); **d)** requisitos da contratação (**item 2.14**); **e)** modelo de execução, local de entrega e regras de recebimento provisório e definitivo (**item 06**); **f)** modelo de gestão do contrato (**item 16**); **h)** critérios de pagamento (**item 17**); **i)** critérios de seleção do fornecedor (**item 05**); **j)** estimativa do valor da contratação (**item 03**) e **k)** adequação orçamentária (**item 21**).

Como dito no tópico anterior, o Município de Aliança regulamentou a fase interna para compras e serviços comuns através do Decreto nº 005/2024, tratando especificamente em relação no termo de referência no art. 17, dispositivo este com conteúdo similar às disposições dos artigos 6º, XXIII e 40, §1º da Lei 14.133/21.

No intuito de evitar repetições desnecessárias, serão transcritos apenas os elementos do termo de referência que diferenciam o art. 17, do Decreto Municipal nº 005/2024, dos artigos 6º, XXIII e 40, §1º da Lei 14.133/21:

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

Art. 17. O TR é documento obrigatório para todos os processos licitatórios e contratações diretas destinados a aquisições de bens e contratação de serviços, devendo conter, no que couber, os seguintes parâmetros e elementos descritivos, dentre outros que se fizerem necessários:

(....)

III - intervalo de valores entre os lances, quando for o caso;

IV - justificativa para o parcelamento ou não da contratação, que poderá consistir na referência ao estudo técnico preliminar quando este for realizado e divulgado previamente ao processamento da licitação ou da contratação direta;

V - previsão da vedação ou da participação de empresas sob a forma de consórcio no processo de contratação e justificativa para o caso de vedação;

(...)

X - justificativa para a adoção de orçamento sigiloso, se for o caso;

(...)

XII - estabelecimento, nas hipóteses previstas pela Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, de reserva de cota ou a exclusividade da licitação para os beneficiários da norma;

XIII - modalidade de licitação, critério de julgamento e modo de disputa, apresentando motivação sobre a adequação e eficiência da combinação desses parâmetros;

XIV - prazo de validade, condições da proposta e, quando for o caso, a exigência de amostra, exame de conformidade ou prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração;

XV - parâmetros objetivos de avaliação de propostas quando se tratar de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço;

(...)

XVIII - prazo para a assinatura do contrato;

(...)

XX - obrigações da contratante;

XXI - obrigações da contratada;

XXII - previsão e condições de prestação da garantia contratual, quando exigida;

XXIII - previsão das condições para subcontratação ou justificativa para sua vedação na contratação pretendida;

XXVII - direitos autorais e propriedade intelectual, bem como sigilo e segurança dos dados, se for o caso;

XXVIII - demais condições necessárias à execução dos serviços ou fornecimento.

Observa-se dos autos que o Termo de Referência contemplou os requisitos do art. 17, do Decreto Municipal nº 005/2024, aplicáveis ao caso, a saber: **a)** intervalo de valores entre os lances (**item 5.13.1 "c"**); **b)** justificativa para o parcelamento ou não da contratação (**item 2.15**); **c)** previsão da vedação ou da participação de empresas sob a forma de consórcio (**item 2.16**); **d)** modalidade de licitação, critério de

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

julgamento e modo de disputa (itens 5.1 e 5.13.1 "b"); e) prazo para a assinatura do contrato (item 10.2); f) obrigações do contratante (item 12); g) obrigações do contratado (item 11) e h) subcontratação (item 14).

Apesar de se tratar de documento extremamente técnico, cuja avaliação cabe, em última instância, ao setor requisitante, o termo de referência contém as previsões necessárias relacionadas no art. 6º, XIII, da Lei nº 14.133/2021 e 17, do Decreto nº 005/2024.

Estabelecidas as diretrizes específicas da pretensa contratação, exsurge a necessidade de licitar o objeto.

7. DA OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE LICITAR – REGRA GERAL

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 Silva⁸ define licitação como procedimento voltado à seleção de proposta mais vantajosa à Administração Pública para execução de obras, prestação de serviços, compras ou alienações de forma isonômica e dentro da moralidade:

"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 vantajosa 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 Meirelles⁹ definiu licitação como uma série de atos que vinculam a Administração e os licitantes na seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público, de forma igualitária, eficiente e moral:

"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."

⁸Da Silva, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, 36ª ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 676.

⁹Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 42ª ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 310.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

Noutras palavras, a licitação pode ser entendida como o plexo de atos concatenados, regidos pelos princípios da Administração Pública, com vistas à seleção, mediante critérios objetivos, de particular que ofereça a proposta mais vantajosa à satisfação de determinado interesse público.

8. DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO

Demonstrada a fundamentação doutrinária e constitucional sobre licitação, faz-se necessário retornar aos conceitos previstos no art. 6º, da Lei nº 14.333/21, mais especificamente no inciso XLI, onde o pregão é descrito como modalidade de licitação obrigatória quando da aquisição de bens e serviços comuns, com critério de seleção pelo menor preço ou maior desconto:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

Maria Sylvia Zanela Di Pietro¹⁰ 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 Fernanda Marinela¹¹, o pregão eletrônico notabiliza-se por ser realizado à distância e pela internet, tendo como norte agilidade, transparência, segurança, interação de sistemas, redução de custos aos fornecedores, dentre outros aspectos:

“O pregão, na forma eletrônica, como modalidade de licitação do tipo menor preço realiza-se quando a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns for feita a distância, em sessão pública, por meio de sistema que promova a comunicação pela internet. (...)”

O pregão eletrônico foi introduzido para a busca de algumas finalidades e vantagens, tais como: agilidade nas aquisições de bens e serviços, garantia de transparência, maior segurança, otimização dos recursos, interação de diversos sistemas, redução de custos aos fornecedores e inibição à formação de cartéis.”

No presente caso, a modalidade pregão eletrônico é plenamente cabível, vez que o objeto da licitação consiste na aquisição, pelo menor preço, de Gás Liquefeito de Petróleo – GLP e água mineral que, salvo melhor juízo, podem ser consideradas como bens comuns.

9. DO EDITAL

Concluídas as etapas de formalização da demanda, realização dos estudos técnicos preliminares, elaboração do termo de referência e identificada a modalidade de licitação cabível, a Administração, com base em todas as informações obtidas naquelas etapas, deve elaborar o edital, de modo a tornar público o interesse de selecionar proposta mais vantajosa através de normas vinculantes, tanto para o órgão contratante, quanto para terceiros, com bem exposto por Marçal Justen Filho¹²:

“O edital consagra regras cujo conteúdo e pertinência decorrem das informações e decisões produzidas durante a fase preparatória da licitação. Isso significa que a disciplina do edital não pode ser produzida a

¹⁰Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo, 30ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pág. 458.

¹¹Marinela, Fernanda. Direito Administrativo. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 521.

¹²Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 409-410.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

partir der escolhas subjetivas originais de uma autoridade. Tais escolhas são o resultado das informações e das conclusões produzidas durante a fase anterior do procedimento licitatório.

(...)

O edital é o instrumento para conhecimento de terceiros da existência de um certame destinado a selecionar a proposta mais vantajosa e das condições pertinentes à disputa e à contratação posterior.

(...)

O edital veicula normas de conduta vinculantes para a Administração Pública e para os terceiros. Essas normas dispõem sobre as atividades dos agentes administrativos e dos particulares, desenvolvidas ao longo das etapas subsequentes da licitação."

Joel de Menezes Niebuhr¹³ assevera que o instrumento convocatório (edital) convoca interessados em participar da licitação pública e estabelece as regras que nortearão o processo de disputa:

"(...) Com esse propósito, a Administração deve estabelecer regras sobre as quais os interessados em firmar com ela o contrato devem disputá-lo e tornar as regras públicas, convocando-os a oferecer as suas propostas. A Administração deve estabelecer tais regras de modo objetivo e claro, de forma escrita, veiculadas em documento, que é chamado de instrumento convocatório.

(...) Como se está tratando de licitação pública, o instrumento convocatório é o documento que convoca os interessados para participar do processo de licitação pública, para oferecer propostas, estabelecendo todas as regras a respeito dela.

O instrumento convocatório, portanto, tem dupla função. Em primeiro lugar, ele prescreve as regras sobre a licitação pública, ele a disciplina. Em segundo lugar, ele convoca os interessados a participar dela, ele é o meio para dar publicidade ao certame, chamando os interessados para oferecer suas propostas."

O art. 25, da Lei nº 14.133/21, disciplina as diretrizes mínimas do edital de licitação:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

No presente caso, o edital atende ao disposto no artigo em epígrafe, visto que presentes os seguintes requisitos: **a) objeto da licitação (item 01); b) regras referentes à convocação (preâmbulo e itens 02, 04, 05, 06, 07 e 08); c) critérios de julgamento (preâmbulo e itens 8.11 e 8.20); d) habilitação (item 11); e) recursos (item 13); f) penalidades (item 22.1); g) critérios de fiscalização e gestão do contrato e forma da entrega (itens 19.1 e 19.2) e h) condições de pagamento (item 21.1).**

O Município de Aliança também regulamentou o conteúdo mínimo do instrumento convocatório, diga-se de passagem, de forma bastante similar ao art. 25, da Lei nº 14.133/21, razão pela qual serão transcritos apenas os incisos do art. 28, do Decreto nº 005/2024, que diferem da legislação federal:

Art. 28. O edital ou instrumento convocatório é documento obrigatório para todos os processos licitatórios e tem por finalidade fixar as condições necessárias à participação dos licitantes, ao desenvolvimento do certame e à futura contratação, devendo conter, no mínimo, os seguintes elementos:

(...)

II - a modalidade e a forma de realização da licitação, eletrônica ou presencial;

¹³Niebuhr, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pág. 275.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

III - o modo de disputa, os critérios de classificação para cada etapa da disputa, bem como as regras e prazo para apresentação de propostas e de lances;

IV - os requisitos de conformidade das propostas;

V - os critérios de desempate e os critérios de julgamento;

(...)

VII - o prazo de validade da proposta;

VIII - os prazos e meios para apresentação de pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos;

IX - a possibilidade e as condições de subcontratação e de participação de empresas sob a forma de consórcios;

X - a exigência de prova de qualidade do produto, do processo de fabricação ou do serviço, quando for o caso, por meio de:

a) indicação de marca ou modelo;

b) apresentação de amostra;

c) realização de prova de conceito ou de outros testes;

d) apresentação de certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar; e

e) de carta de solidariedade emitida pelo fabricante

(...)

XII - as formas, condições e prazos de pagamento, bem como o critério de reajustamento do preço, independentemente do prazo de duração do contrato

(...)

XIII - a exigência de garantias e seguros, quando for o caso;

(...)

XVI - outras indicações específicas da licitação;

Infere-se que o edital atende ao disposto na legislação local, visto que presentes os seguintes requisitos aplicáveis ao caso: **a)** modalidade e a forma de realização da licitação (**preâmbulo**); **b)** modo de disputa, os critérios de classificação, regras e prazo para apresentação de propostas e lances (**itens 07 e 08**); **c)** requisitos das propostas (**item 07**); **d)** os critérios de desempate (**itens 8.24, 8.25, 8.26, 8.27, 8.28, 8.29 e 8.30**); **e)** prazo de validade da proposta (**item 7.8.**); **f)** prazos e meios para apresentação de pedidos de esclarecimentos e impugnações (**item 23**); **g)** subcontratação e participação de empresas sob a forma de consórcios (**item 18.9 e 4.4.12.1**) e **h)** critério de reajustamento do preço (**item 21.2**).

Observo que o objeto do certame será disputado em regime de ampla concorrência, cota reservada e itens exclusivos à participação de microempresa e empresa de pequeno porte.

Os itens 05, 06 e 07 são destinados à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, vez que possui valor global abaixo de R\$ 80.000,00, conforme prevê o art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06:

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, **a administração pública:**

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);

José Anacleto Abduch Santos¹⁴ esclarece que a Administração Pública possui o dever de assegurar a participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte em contratações abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil) reais:

“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.”

Para os itens 02 e 04, que serão licitados em regime de ampla concorrência, o edital previu a possibilidade do empate ficto (**item 8.25**), assegurando às microempresas e empresas de pequeno porte o direito de ofertar valor inferior ao do primeiro colocado, como previsto nos artigos 44, §2º, e 45, I, §3º, da Lei Complementar nº 123/06:

Art. 44. Nas licitações **será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.**

§ 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.

§ 2º **Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.**

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;

(...)

§ 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.

Ao analisar o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães¹⁵ afirmam que a Lei Complementar nº 123/06 criou empate artificial (ficto), porém válido no ordenamento jurídico:

“Como se vê, a LC nº 123/06 cria artificialmente um empate na hipótese onde a microempresa (ou a empresa de pequeno porte) esteja com a proposta superior em até 5% ou 10% em relação àquela que não ostente dita condição empresarial.

¹⁴Santos, José Anacleto Abduch. Licitações & o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2015, pág. 125.

¹⁵Santana, Jair Eduardo; Guimarães, Edgar. Licitações e o estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06. 3 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, pág. 52-53.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

(...)

Aí está um dos privilégios dado a tais empresas (ME/EPP), no tocante às propostas. Estamos diante do que chamamos de empate ficto. Ficto porque ele não é real; é um empate imaginado, inventado, fingido, falso ou simulado. Mas, válido porque a ordem jurídica assim estabeleceu."

Os itens 01 e 03 correspondem à reserva de cota 25% destinada à participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte, como prevê o art. 48, III, da Lei Complementar nº 123/06:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, **a administração pública:**

(...)

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.

Jonas Lima¹⁶ explica que a reserva de cota tem a função de incentivar a divisão de partes de determinada contratação da Administração Pública e inserir os pequenos empreendimentos na esfera dos contratos governamentais:

"Essa regra está nitidamente voltada para licitações em geral, ou seja, dos editais abertos tanto a pequenas quanto a grandes empresas, mas com caráter de política destinada a incentivar a divisão de partes de uma contratação governamental para atingir mais de uma pequena empresa, olhando bastante para o lado das pequenas. Assim, a Lei Complementar nº 123/2006 incorporou essa idéia, reforçando a necessidade de inserir os pequenos empreendimentos no mundo dos contratos governamentais."

Além de prever empate ficto, itens exclusivos e reserva de cota, o instrumento convocatório assegurou às microempresas e empresas de pequeno porte o direito à regularização fiscal tardia (item 11.11.3), nos termos dos artigos 42 e 43 da 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.**

Art. 43. **As microempresas e as 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 esta apresente alguma restrição.**

§ 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.

O referido benefício não afasta das microempresas e empresas de pequeno a obrigação de comprovar regularidade fiscal, havendo apenas a mudança do momento da apresentação, como bem explica José Anacleto Abduch Santos¹⁷:

"O propósito da lei não foi o de prestigiar o devedor contumaz, ou o contribuinte inadimplente. Tanto é que a norma não afasta a exigência de prova da regularidade fiscal, apenas a posterga. Até o final do certame, o

¹⁶Lima, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. Licitações à luz do novo estatuto da microempresa (Lei Complementar nº 123/2006): incluindo o Decreto nº 6.204/2007, legislação correlata, experiências internacionais e análise de editais. São Paulo: Servanda Editora, 2008, p. 99-100.

¹⁷Santos, José Anacleto Abduch. Op. Cit., pág. 74.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

licitante deve demonstrar a regularidade fiscal, tais quais os demais concorrentes não enquadrados, sob pena de não ser habilitado."

Por fim, é válido ressaltar que o instrumento convocatório vedou a participação de agentes públicos dentro dos limites impostos pelo art. 9º, da Lei nº 14.133/21 (item 4.4.11).

Nesse contexto, tem-se que o edital do Processo Licitatório nº 052/2024, Pregão Eletrônico nº 004/2024, que tem por objeto a aquisição Gás Liquefeito de Petróleo – GLP e água mineral, foi elaborado em consonância com o disposto nos artigos 9º e 25, da Lei nº 14.133/21, 28, do Decreto Municipal 005/2024 e 42, 43, 44, §2º, 45, I, §3º e 48 da Lei Complementar nº 123/06.

9. DA MINUTA DO CONTRATO

José Carvalho dos Santos Filho¹⁸ define contrato administrativo como **o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduz interesse público.**

O artigo 92, da Lei nº 14.133/2021, trata dos requisitos que deverão ser observados por ocasião da elaboração da minuta de termo de contrato:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o **objeto** e seus **elementos característicos**;

II - a **vinculação ao edital** de licitação e à **proposta** do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

III - a **legislação aplicável** à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV - o **regime de execução** ou a **forma de fornecimento**;

V - o **preço** e as **condições de pagamento**, os **critérios**, a **data-base** e a **periodicidade do reajustamento de preços** e os **critérios de atualização monetária** entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - os **critérios** e a **periodicidade da medição**, quando for o caso, e o **prazo para liquidação** e para **pagamento**;

VII - os **prazos de início** das etapas de execução, **conclusão**, **entrega**, **observação** e **recebimento definitivo**, quando for o caso;

VIII - o **crédito pelo qual correrá a despesa**, com a indicação da **classificação funcional programática** e da **categoria econômica**;

IX - a **matriz de risco**, quando for o caso;

X - o **prazo para resposta** ao **pedido de repactuação de preços**, quando for o caso;

XI - o **prazo para resposta** ao **pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro**, quando for o caso;

¹⁸Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, pág. 181.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

XII - as **garantias** oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

XIII - o **prazo de garantia mínima do objeto**, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, **quando for o caso**;

XIV - os **direitos e as responsabilidades das partes**, as **penalidades** cabíveis e os **valores das multas e suas bases de cálculo**;

XV - as **condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso**;

XVI - a **obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta**;

XVII - a **obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz**;

XVIII - o **modelo de gestão do contrato**, observados os requisitos definidos em regulamento;

XIX - os **casos de extinção**.

Depreende-se da análise das minutas de contratos que os requisitos do art. 92 da Lei nº 14.133/2021 aplicáveis ao caso em tela foram devidamente contemplados, vez que presentes **a) descrição do objeto (Cláusula Segunda); b) vinculação ao edital do certame e a proposta (Cláusula Décima Sexta); c) legislação aplicável (Cláusulas Primeira e Décima Sexta); d) forma de fornecimento (Cláusula Quinta); e) preço e condições de pagamento, critérios, data base, atualização monetária e reajuste, critérios e prazos para liquidação e pagamento (Cláusulas Terceira, Décima e Décima Primeira); f) prazo de entrega (Cláusula Quinta); g) critérios de recebimentos definitivo e provisório (Cláusula Nona); h) dotação orçamentária (Cláusula Quarta); i) prazo de resposta ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro (Cláusula Décima Primeira), j) obrigações das partes (Cláusulas Sexta e Sétima); k) penalidades (Cláusula Décima Terceira); l) manutenção das condições de habilitação (Cláusula Sexta), m) reserva de cargos à pessoas com deficiência, reabilitado da previdência e aprendiz (Cláusula Sexta); n) modelo de gestão do contrato (Cláusula Nona) e o) casos de extinção (Cláusula Décima Quarta).**

10. DA PUBLICIDADE DO EDITAL E DO TERMO DO CONTRATO

Ressalto que é obrigatória a divulgação e a manutenção do inteiro teor do edital de licitação, dos seus anexos e do termo de contrato no sítio oficial do Município de Aliança e no Portal Nacional de Contratações Públicas, nos termos do art. 94 da Lei nº 14.133/21.

Além disso, registro que a publicação do aviso de licitação deve ser realizada no Diário Oficial do Município de Aliança, bem como em jornal de grande circulação, como determina o art. 54, *caput* e §1º, da Lei nº 14.133/21.

Por fim, após a homologação do processo licitatório, é obrigatória a disponibilização no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) dos documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos, com previsto art. 54, §3º, da Lei nº 14.133/21.

GLEIDSON ASSUNÇÃO
SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

11. CONCLUSÃO

Em face do exposto, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência, opina-se pela regularidade formal/legal dos atos até aqui praticados no âmbito do Processo Licitatório nº 052/2024, Pregão Eletrônico nº 004/2024, que tem por objeto a aquisição Gás Liquefeito de Petróleo – GLP e água mineral.

Recife, 06 de dezembro de 2024.


GLEIDSON LUIZ DE ASSUNÇÃO MOURA
OAB/PE Nº 30.735