

Parecer nº 2206-001/2023-AJM

**EMENTA: ANÁLISE DA MINUTA DE
EDITAL – LICITAÇÃO NA
MODALIDADE PREGÃO
ELETRÔNICO – AQUISIÇÃO DE
AGREGADOS E CIMENTO PORTLAND
TIPO II.**

Vem, à esta Assessoria Jurídica do Município, memorando da Comissão Permanente de Licitação, requerendo parecer jurídico sobre o Edital para aquisição de agregados e cimento Portland tipo II.

A Constituição da República, em seu art. 37, inciso XXI, impõe como regra fundamental na gestão pública o **Princípio de Dever Geral de Licitar**, que consiste na realização de prévio certame licitatório como pressuposto de validade na celebração dos contratos de compras, obras, serviços e alienações no âmbito dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, alcançando os três Poderes e todas as esferas do Governo. É o que deflui daquele supracitado dispositivo legal, transcrito abaixo:

“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.”

Sob a ótica constitucional, o dito princípio cumpre tripla função, objetivando: **a)** garantir livre e democrático acesso aos negócios governamentais a todos os administrados que reunirem condições de bem executar o objeto que se

pretenda contratar; **b)** atrair maior vantagem econômica para a administração quando da realização de despesa pública; e **c)** ofertar à sociedade ampla publicidade dos atos administrativos que envolvem justamente o consumo de recursos financeiros públicos.

A licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, depois de um prévio processo ordenado por atos regulares e formais, e segundo as regras definidas em instrumento editalício, seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Trata-se, na prática, de um torneio no qual os vários participantes interessados em contratar com Administração disputam entre si a oportunidade de negócio oferecida pelo ente público.

Cumpra esclarecer, como em qualquer disputa, que os procedimentos de aquisição pública, seja de serviços ou de bens, visam sempre a melhor proposta para a Administração e, dentro desse foco, a Administração deve ter cuidado para que alguns itens do Edital não gerem desclassificação ou descredenciamento por formalidade excessiva. O Tribunal de Contas da União já se manifestou nesse sentido:

O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciososa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais. (Decisão TCU nº 695/1999)

A licitação nunca pode ser considerada um fim em si mesmo, mas um meio para um fim: a busca pela contratação mais vantajosa para a Administração. Nesta senda encontramos o princípio do formalismo moderado ou da instrumentalidade das formas.

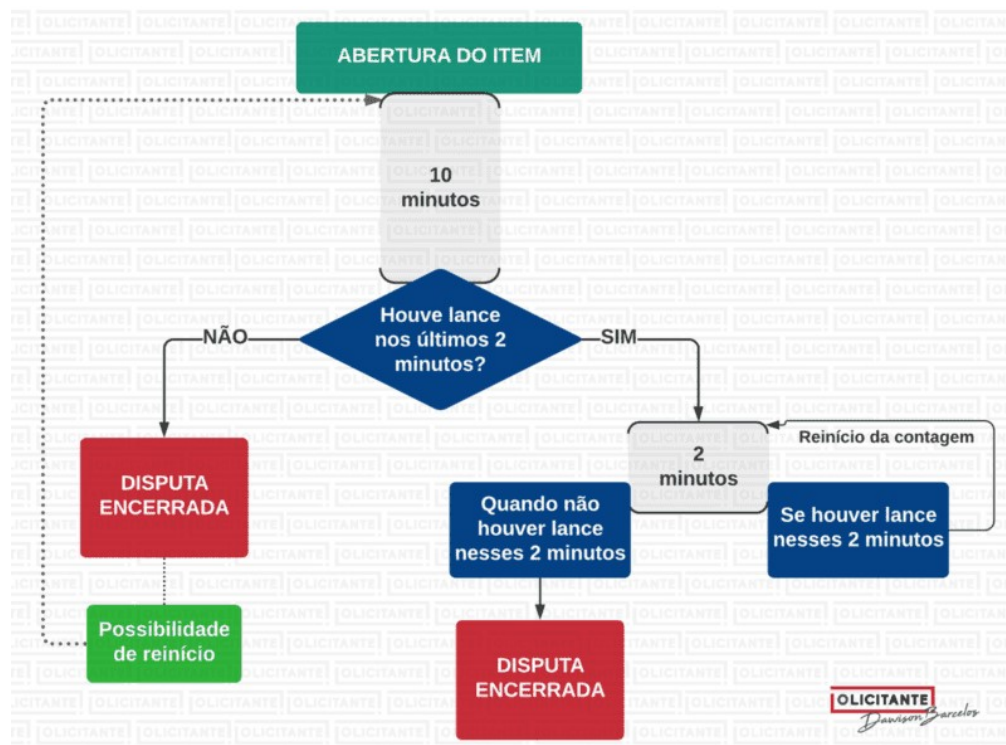
Analisando-se a minuta do Edital, continuaremos a manifestação em tópicos para melhor elucidação:

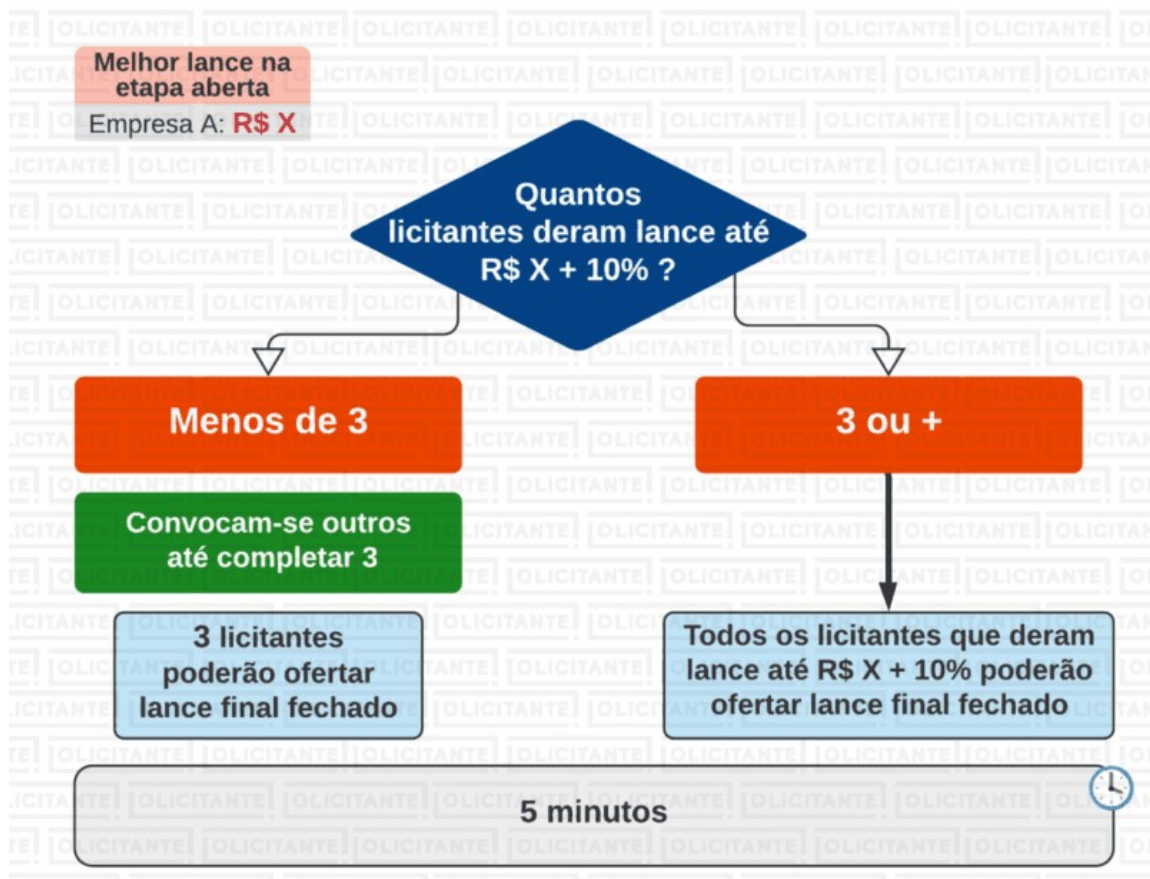
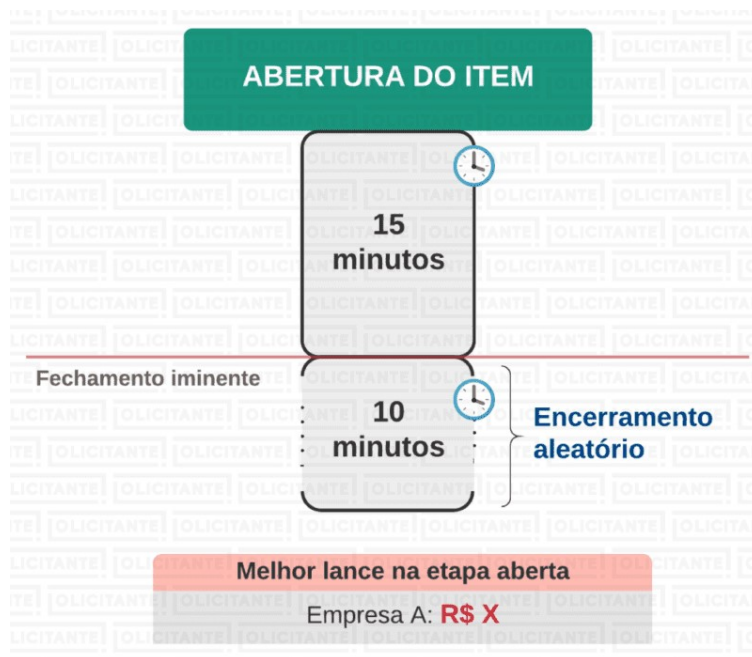
1. ESCOLHA DA MODALIDADE

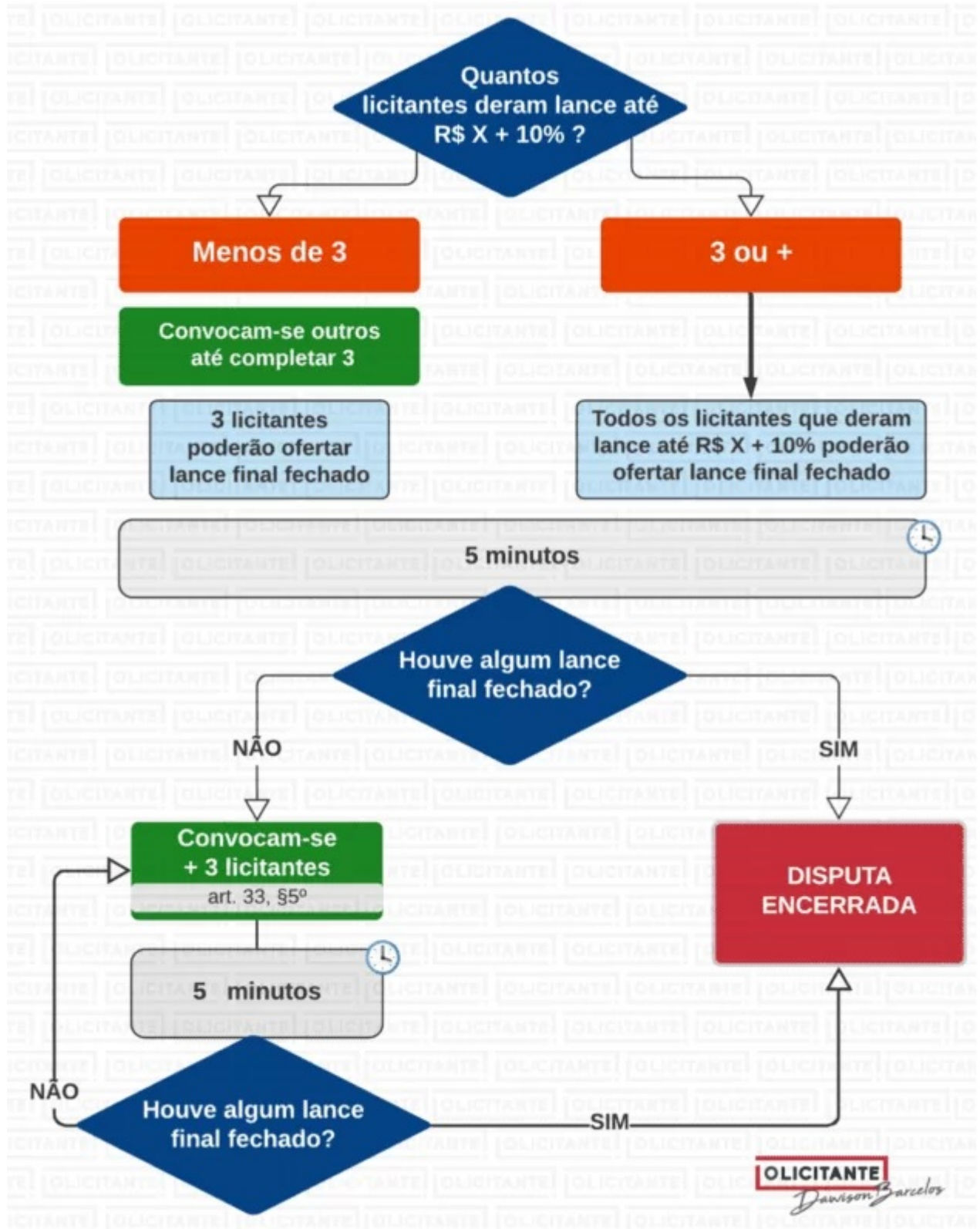
A modalidade escolhida foi o pregão eletrônico, utilizando-se do sistema de registro de preços, forma mais racional para contratação e garantia na continuidade da prestação dos serviços públicos.

Da mesma maneira, utilizando-se das alterações na legislação acerca dos modos de disputa, o Edital adotou o sistema “aberto”, não utilizando mais o tempo randômico, posto que abolido da legislação afeita à matéria. Em resumo, os modos de disputa para o pregão eletrônico, atualmente, subdividem-se em “aberto” e “aberto e fechado”

Como forma de entender os modos de disputa, é importante indicar os fluxogramas para cada modalidade:







Desta forma, a opção pelo modo de disputa aberto é adequada à obtenção da melhor proposta para a Administração Pública Municipal.

2. ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL E SEUS ANEXOS

O art. 40, da Lei nº 8.666/1993, dispõe acerca dos requisitos que devem estar contidos nos Editais de Licitação:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

Percebe-se, analisando a minuta apresentada, que todos os requisitos foram devidamente preenchidos, devendo, entretanto, o pregoeiro, atentar para alguns detalhes.

Na minuta do Edital há declaração de que a licitante cumpre os requisitos do Edital (declaração de habilitação), prevista no art. 4º, VII, da Lei 10.520/2002. Ora, tal documento é necessário por imposição legal, entretanto não deve levar ao descredenciamento ou inabilitação de qualquer licitante.

Apesar de inserta na Lei nº 10.520/2002, tal declaração se consubstancia, unicamente, à ciência, da licitante, de que **cumpr** os requisitos de habilitação. Até mesmo a aplicação do referido dispositivo legal é questionada. O Emérito Jurista Marçal Justen Filho assim leciona:

“A primeira crítica ao dispositivo reside no evidente equívoco: não se trata de uma “declaração de ciência”. Em termos técnicos, essa expressão indica uma manifestação do declarante sobre seu conhecimento tendo por objeto fatos ocorridos. É uma contradição em termos afirmar que um sujeito manifestou “declaração de ciência” de que apresentará um envelope. Na verdade, a declaração exterioriza a manifestação de vontade do interessado declarando que os envelopes que apresentará contêm os documentos exigidos pelo edital e propostas conforme as exigências impostas. Mas a segunda crítica é muito mais séria: qual a utilidade jurídica da declaração? Qual seu efeito? Não há resposta plausível, eis que o relevante é o conteúdo dos envelopes, não a declaração sobre o dito cujo. É evidente que o defeito na documentação ou na proposta não é suprida pela declaração. Ou seja, o sujeito pode apresentar dita declaração, mas isso não o dispensará de cumprir fielmente as exigências do edital. Declaração perfeita e documentação defeituosa conduzem à inabilitação do interessado”

Neste prisma, verifica-se que a declaração acima referenciada, apesar de constar no art. 4º, VII, da Lei nº 10.520/2002, não se afigura como razoável para caracterizar descredenciamento ou inabilitação, posto que pode inibir o caráter competitivo do certame licitatório. O posicionamento desta Assessoria Jurídica é pela manutenção da existência da declaração, que pode ser, inclusive, efetivada, em ata,

pelo representante legal no ato da Sessão, apenas como formalidade necessária estabelecida pela Legislação, mas nunca com poderes para inabilitar ou descredenciar o licitante. Assim, o parecer é pela aprovação da minuta apresentada, com as considerações acima especificadas.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Analisando a minuta apresentada, em atendimento ao comando acima especificado, que esta Assessoria Jurídica recomenda a observância, todos os demais requisitos foram devidamente preenchidos, aprovando a minuta do Edital.

É o Parecer, S.M.J.,
Altamira (PA), 22 de junho de 2023.

**Ely Benevides de Sousa Neto
Assessor Jurídico – OAB/PA 12.502**