

Parecer nº 2109-001/2023-AJM

**EMENTA: ANÁLISE DA MINUTA DE
EDITAL – LICITAÇÃO NA
MODALIDADE PREGÃO
ELETRÔNICO – AQUISIÇÃO DE
CERTIFICADOS DIGITAIS PADRÃO
ICP-BRASIL.**

Vem, à esta Assessoria Jurídica do Município, memorando da Comissão Permanente de Licitação, requerendo parecer jurídico sobre o Edital para aquisição de certificados digitais padrão ICP/Brasil.

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)

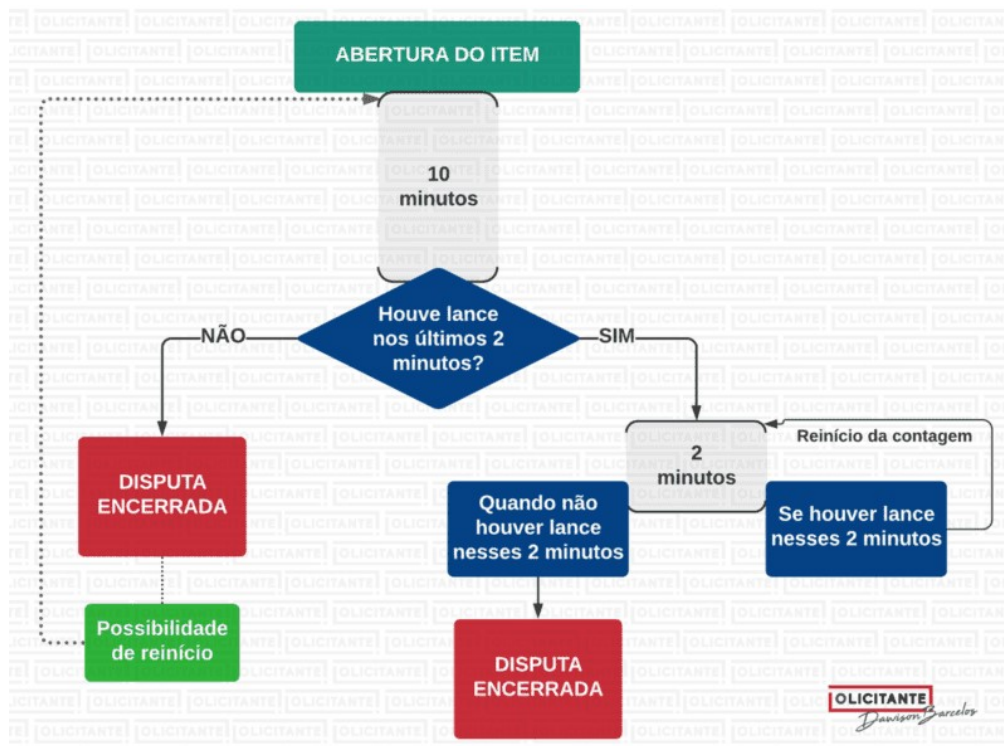
A licitação nunca pode ser considerada um fim em si mesmo, mas um meio para um fim: a busca pela contratação mais vantajosa para a Administração. Nesta senda encontramos o princípio do formalismo moderado ou da instrumentalidade das formas.

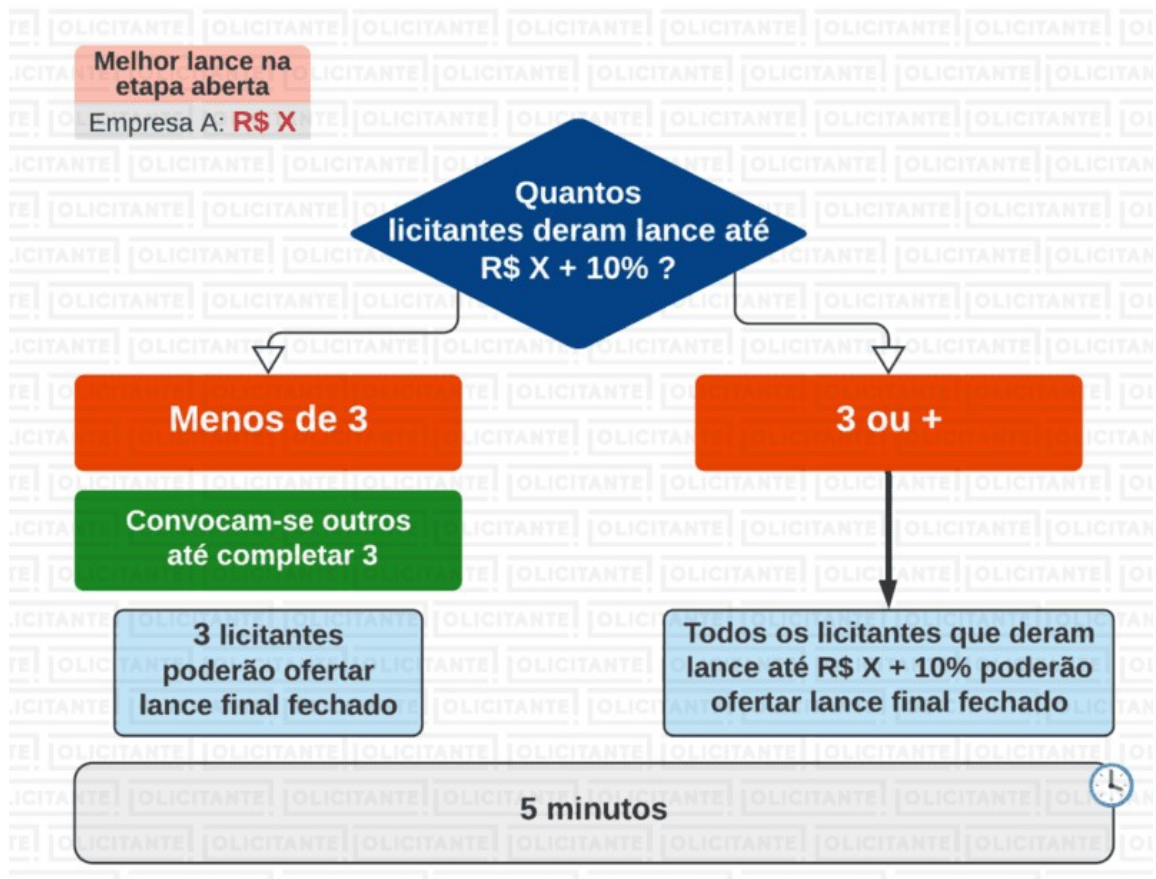
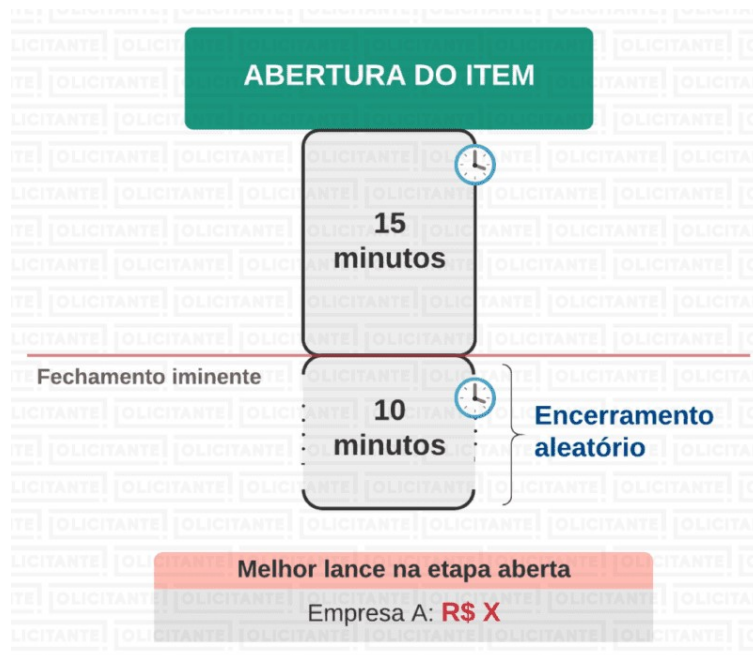
Analisando-se a minuta do Edital, continuaremos a manifestação em tópicos para melhor elucidação:

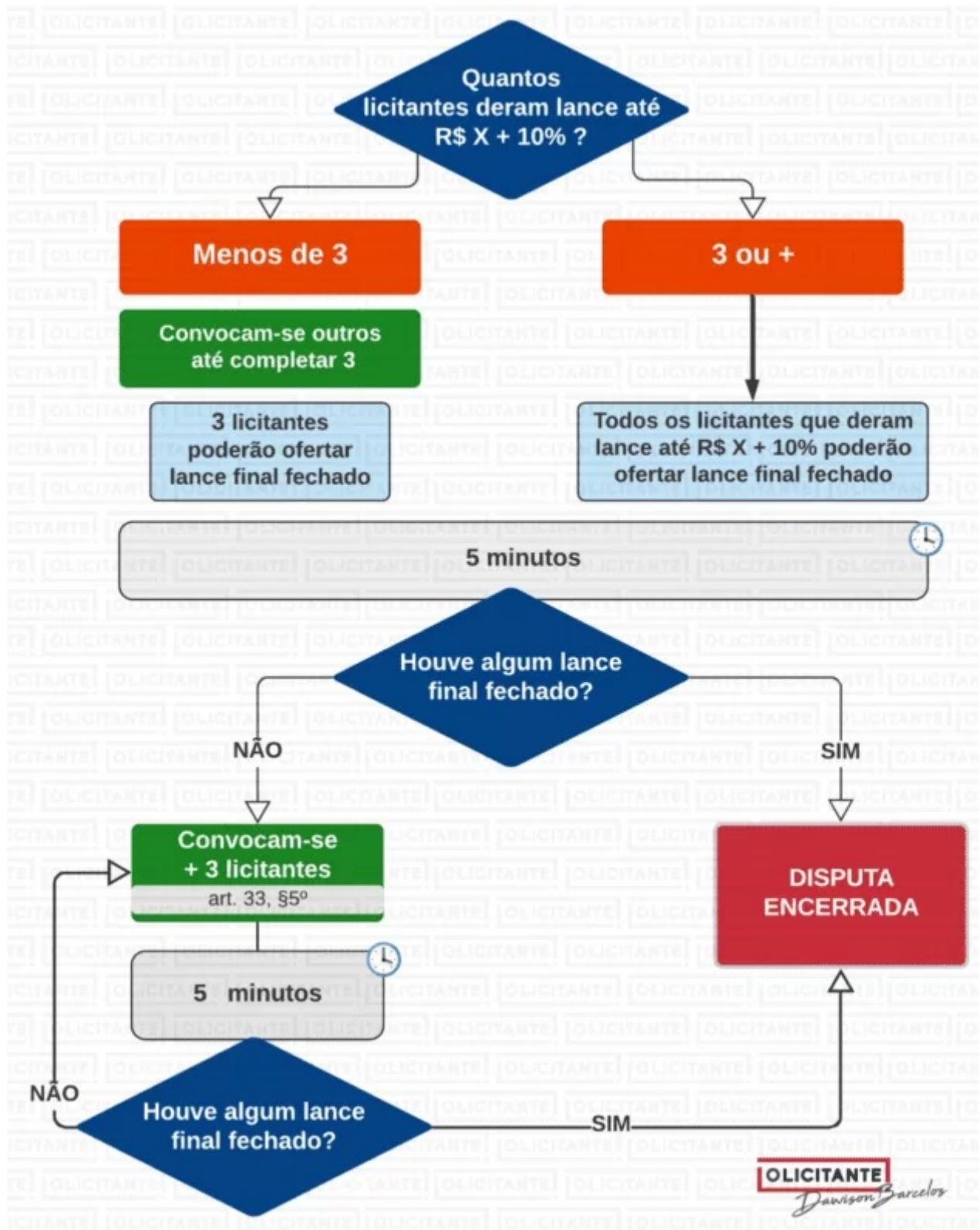
1. ESCOLHA DA MODALIDADE

A modalidade escolhida foi o pregão eletrônico. Utilizando-se 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 conterá 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), 21 de setembro de 2023.

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