Assunto: Análise jurídica do Edital para aquisição de gêneros alimentícios.

Vem a esta Assessoria Jurídica, solicitação do Pregoeiro Municipal para análise jurídica da minuta de Edital relativo à aquisição de gêneros alimentícios.

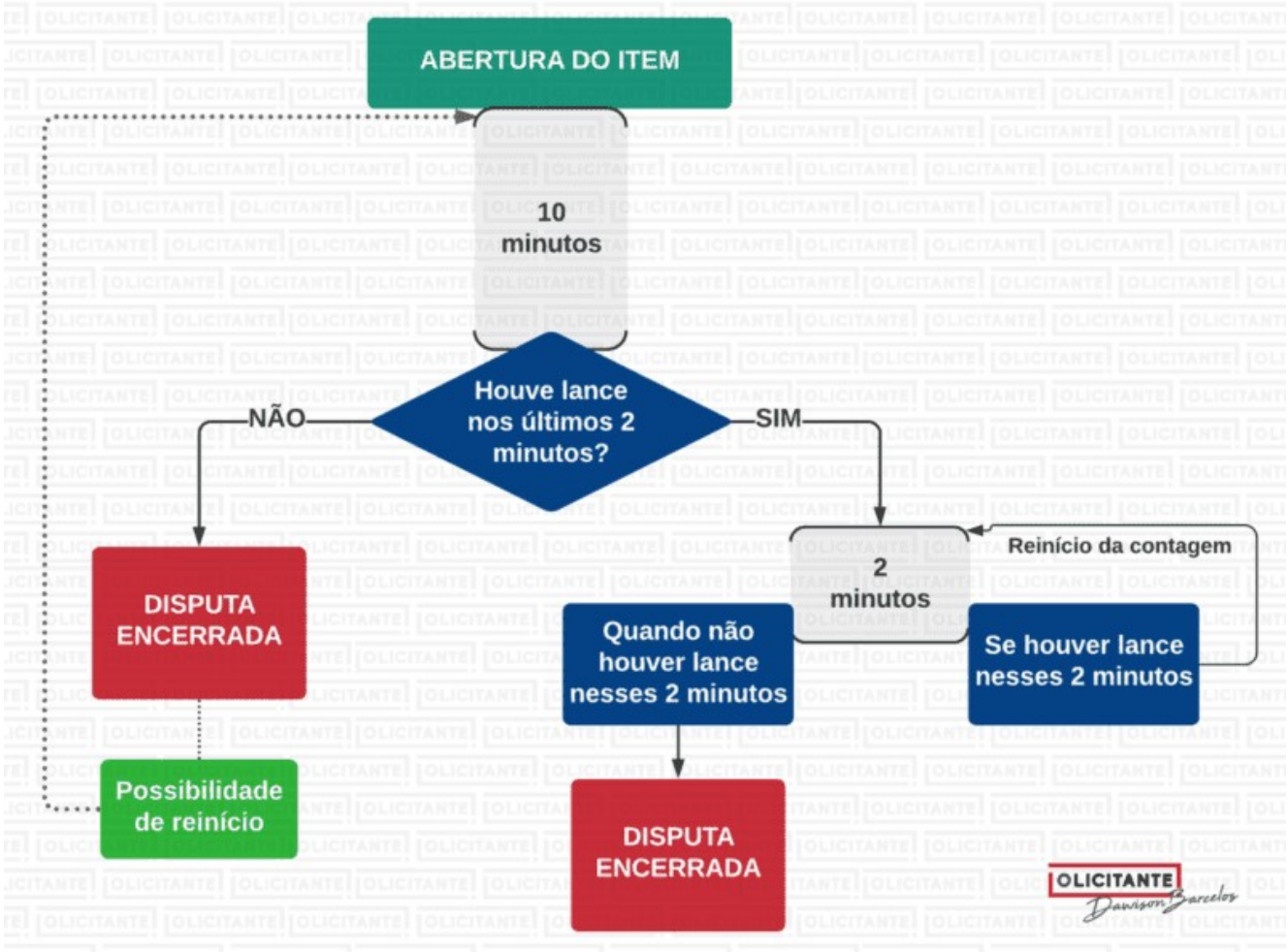
Inicialmente, cabe esclarecer que os procedimentos de aquisição pública, seja de serviços ou de bens, visam sempre a melhor proposta para a Administração e, dentro desse foco, alguns itens do Edital podem gerar desclassificação ou descredenciamento por formalidade excessiva. O Tribunal de Contas da União já se manifestou nesse sentido:

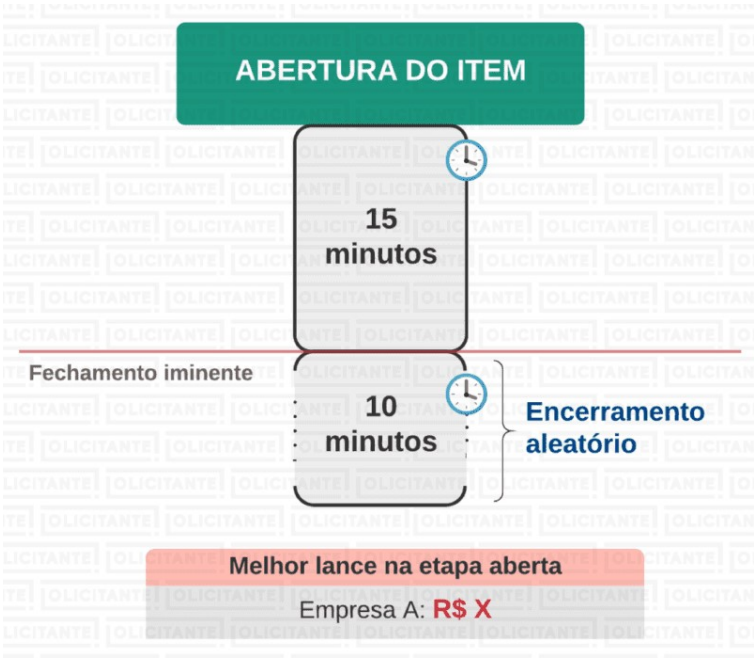
> O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso 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)

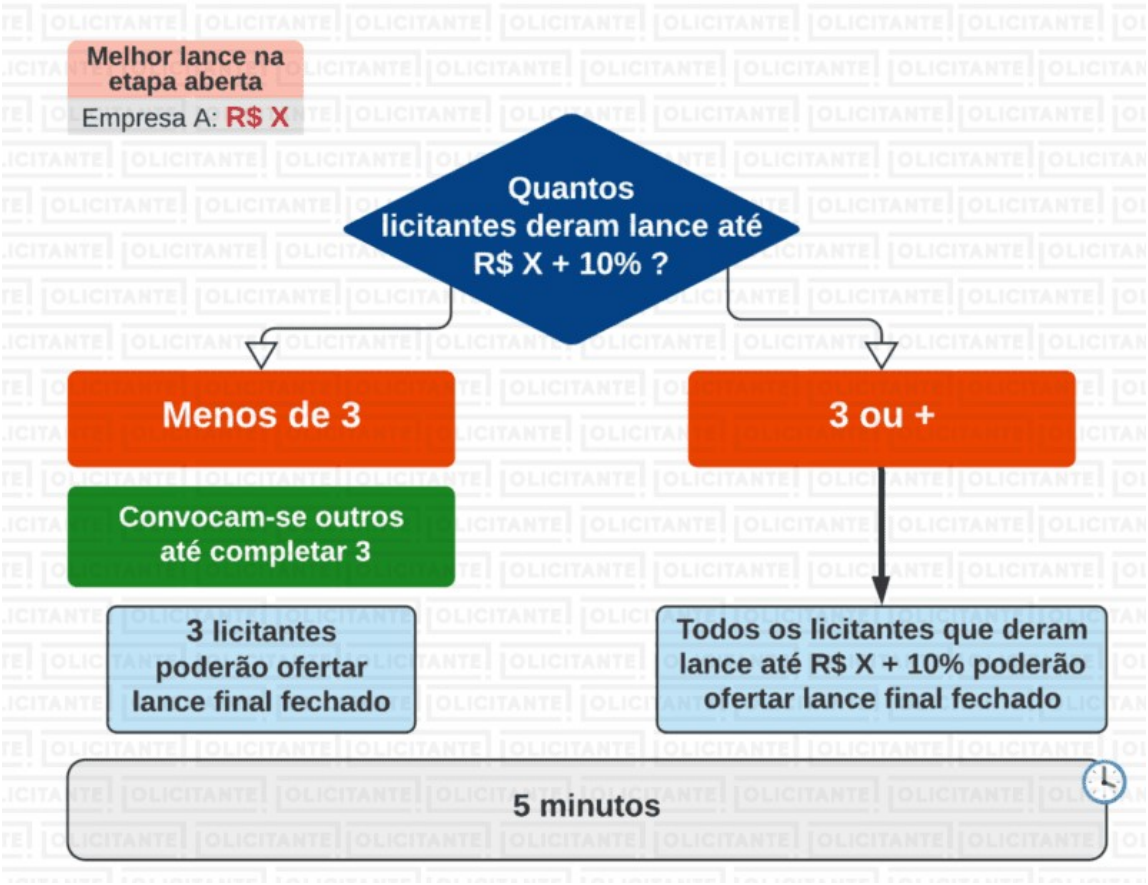
De outra ponta, a opção pela modalidade de licitação é a mais vantajosa para a Administração Pública, uma vez que a adoção do pregão, na modalidade eletrônica, possibilita o maior número de concorrentes no certame, o que tem a maior probabilidade de resultar na contratação da proposta mais vantajosa.

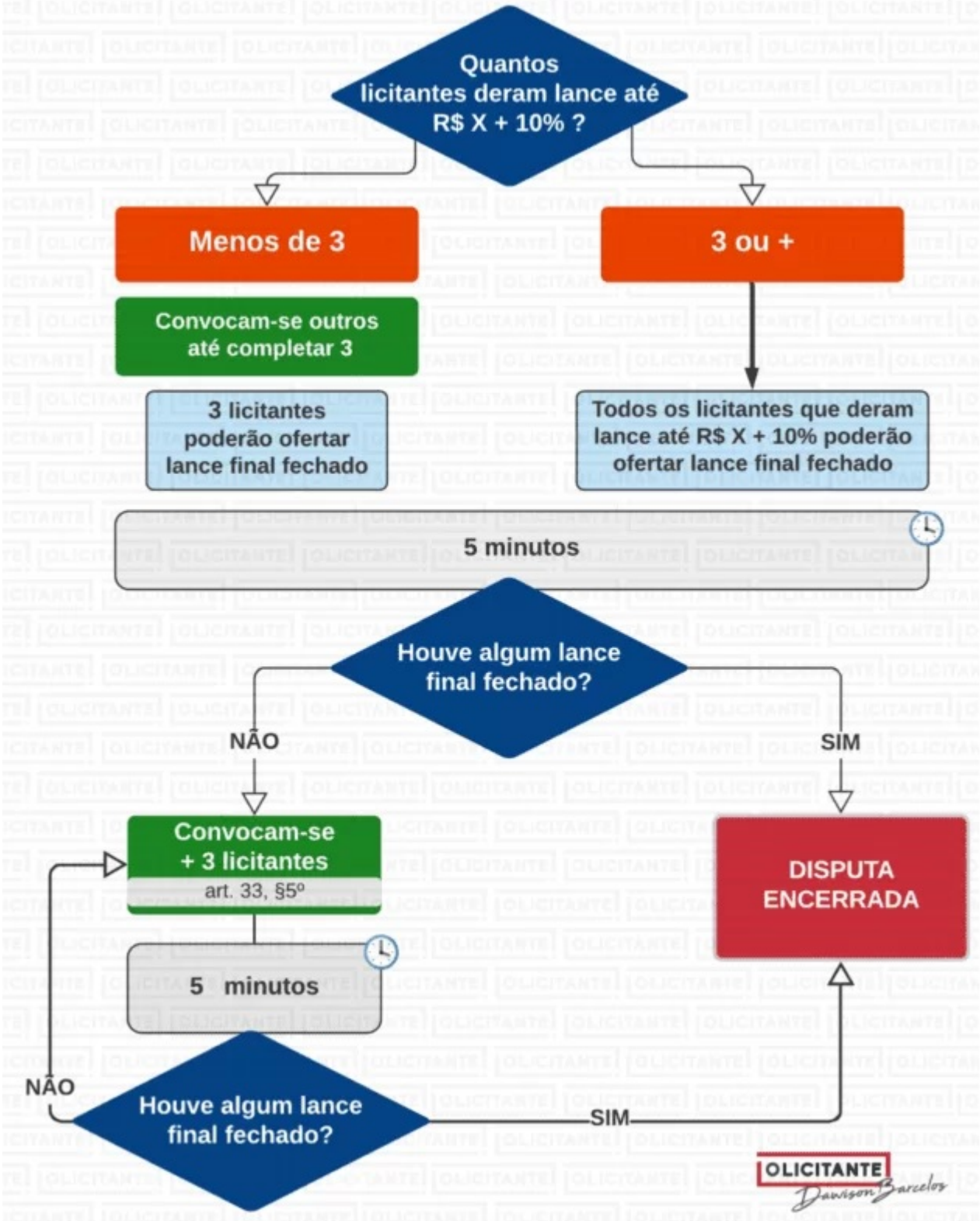
Da mesma maneira, utilizando-se das alterações na legislação acerca dos modos de disputa, o Edital adotou o sistema “aberto”, não utilizando mais o tempo randômico, posto que abolido da legislação afeita à matéria. Em resumo, os modos de disputa para o pregão eletrônico, atualmente, subdividem-se em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

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


ABERTURA DO ITEM
10 minutos
Houve lance nos últimos 2 minutos?
NÃO
SIM
DISPUTA ENCERRADA
Possibilidade de reinício
2 minutos
Reinício da contagem
Quando não houver lance nesses 2 minutos
Se houver lance nesses 2 minutos
DISPUTA ENCERRADA
OLICITANTE
Davison Barcelos


ABERTURA DO ITEM
15 minutos
Fechamento iminente
10 minutos
Encerramento aleatório
Melhor lance na etapa aberta
Empresa A: R$ X


Melhor lance na etapa aberta
Empresa A: R$ X
Quantos licitantes deram lance até R$ X + 10% ?
Menos de 3
3 ou +
Convocam-se outros até completar 3
3 licitantes poderão ofertar lance final fechado
Todos os licitantes que deram lance até R$ X + 10% poderão ofertar lance final fechado
5 minutos


Quantos licitantes deram lance até R$ X + 10% ?
Menos de 3
3 ou +
Convocam-se outros até completar 3
3 licitantes poderão ofertar lance final fechado
Todos os licitantes que deram lance até R$ X + 10% poderão ofertar lance final fechado
5 minutos
Houve algum lance final fechado?
NÃO
SIM
Convocam-se + 3 licitantes
art. 33, §5º
DISPUTA ENCERRADA
5 minutos
NÃO
Houve algum lance final fechado?
SIM
OLICITANTE
Dawison Barcelos

Desta forma, a opção pelo modo de disputa aberto é adequada à obtenção da melhor proposta para a Administração Pública Municipal. 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 os seguintes 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 **cumpre os requisitos de habilitação** e, não, do Edital, como indicado. 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**.

É o parecer, S.M.J.

Soure (PA), 08 de abril de 2022.

Ely Benevides de Sousa Neto

Assessor Jurídico – OAB/PA 12.502

ASSINADO DIGITALMENTE
ELY BENEVIDES DE SOUSA NETO
A conformidade com a assinatura pode ser verificada em:
http://serpro.gov.br/assinador-digital
SERPRO