

PARECER JURÍDICO N°036/2018/PMOP/AAA

INTERESSADO: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

ASSUNTO: Impugnação ao edital PREGÃO PRESENCIAL N°9/2018-00009 - CPL/PMOP, sistema de registro de preços para contratação de empresa fornecedora de gêneros alimentícios para a manutenção do programa de alimentação escolar da rede pública de ensino (fundamental, pré-escola, creche, ensino médio, EJA e quilombola), em atendimento as necessidades da Secretaria Municipal de Educação da Prefeitura de Oeiras do Pará.

1

EMENTA: CONSULTA PRÉVIA. LEGALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. EDITAL PREGÃO PRESENCIAL N°9/2018-00009 - CPL/PMOP. PARCIAL PROVIMENTO.

1 - RELATÓRIO:

Trata-se o presente expediente de consulta prévia acerca de pedido de impugnação ao edital do **PREGÃO PRESENCIAL N°9/2018-00009 - CPL/PMOP**, cujo o objeto foi acima discriminado, interposto pela empresa DCM EMPREENDIMENTOS & CIA LTDA - EPP, sob os seguintes argumentos, a saber:

A empresa IMPUGNANTE alega que o presente pedido tem cabimento bem como é tempestivo.

Aduz a empresa IMPUGNANTE que o edital apresenta alguns equívocos e exageros quanto à apresentação dos documentos para habilitação jurídica dos licitantes, considerados não condizentes e desprovido de sentido jurídico, fundamentando no § 1º, inciso II, art. 3º c/c §5º, do art. 30, da Lei 8.666/93.

Cita que as exigências editalícias quanto à QUALIFICAÇÃO TÉCNICA são arbitrárias e inibem a livre concorrência e participação dos licitantes, sejam:

b) Registro dos produtos junto ao Ministério da Saúde e/ou Agricultura, emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, acompanhados de suas respectivas Fichas Técnicas, sendo que os produtos isentos de Registro deverão vir acompanhados do Comunicado de Início de Fabricação;

c) Certificado de Inspeção Sanitária (Decreto Federal nº 15.839/92) expedido por órgão federal, estadual ou municipal da sede da licitante;

d) Certificado de Controle de Vetores e Pragas, com a Desinsetização e Desratização executada por empresa especializada com registro no

CREA/PA / SESMA /SEMA, acompanhado de Laudo de Execução, da sede da licitante e depósito a fim de garantir a isenção e contaminantes dos produtos alimentícios adquiridos;

alega ainda que o edital encontra outra agravante na redação editalícia e descrita no ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA, subitem 1.1, referente ao recebimento das amostras, fundamentando que as amostras devem anteceder a todas as fases do processo licitatório.

Fundamenta seu pedido na Lei nº 8.666/93, requerendo a nulidade em todo ou em parte das exigências descritas nas alíneas “b”, “c” e “d”, do inciso III (QUALIFICAÇÃO TÉCNICA), bem como a ratificação e republicação do edital, com abertura de prazo para apresentarem suas amostras ao setor responsável pela emissão de certificado de aceitabilidade ou documento afim.

Em despacho de encaminhamento da impugnação, o Sr. Pregoeiro certificou a tempestividade do mesmo.

São estes os termos da impugnação ao edital apresentada pela IMPUGNANTE, que merece prosperar em parte, conforme será demonstrado adiante.

É o breve relatório.

2 - FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA:

Inicialmente antes de qualquer análise acerca do mérito da consulta jurídica ora formulado pela Comissão Permanente de Licitação - CPL, entende-se por bem, trazer à baila a legislação vigente e pertinente à matéria em comento especialmente aquelas referentes aos procedimentos licitatórios.

Analisando sinteticamente o arrazoado da empresa IMPUGNANTE, podemos pontuar as seguintes questões a serem avaliadas, cláusulas e exigências que supostamente restringem a competitividade e alteração do momento da apresentação das amostras.

Desta forma, em atenção a impugnação apresentada pela empresa, bem como em observância aos princípios e normais gerais de direito, especialmente quanto ao princípio da análise específica de cada alegação apresentada, passamos a refutar cada uma das irrisignações apresentadas.

a) DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, ALINAS “b”, “c” e “d”. DA RESTRIÇÃO A COMPETITIVIDADE:

Prefacialmente, o primeiro ponto de irresignação apresentado pela empresa **IMPUGNANTE**, cinge-se sobre as supostas cláusulas restritivas a competitividade com a exigência dos documentos descritos às alíneas “b”, “c” e “d” do item III Qualificação Técnica.

Consoante se infere tanto da doutrina quanta da legislação e jurisprudência pátria, a realização de processos licitatórios é a regra, na forma do inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, *in verbis*:

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.

Pois bem, da análise dos itens referentes qualificação técnica pode-se vislumbrar que a intenção foi exatamente *estabelecer regras suficientes a execução do contrato de forma a garantir o fornecimento de gêneros alimentício de qualidade, para os alunos da rede municipal de ensino.*

A existência de **registro dos produtos junto ao Ministério da Saúde e/ou Agricultura, emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, Certificado de Inspeção Sanitária e Certificado de Controle de Vetores e Pragas, com a Desinsetização e Desratização executada por empresa especializada**, ora impugnados, não apresentam qualquer caráter restritivo a competitividade, muito pelo contrário, o que se busca é o fornecimento de gêneros alimentícios de qualidade devidamente registrados e certificados pelos órgãos fiscalizadores competentes.

Muito embora, inexista na impugnação qualquer argumento fático e jurídico capaz de caracterizar a violação ao inciso, I, do §1º do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, passamos a análise do citado ponto de questionamento.

Da atante análise do instrumento convocatório, vislumbra-se a inexistência de qualquer cláusula ou restrição a competitividade, isto porque é equivocado afirmar que as alíneas “b”, “c” e “d” do item referente a qualificação técnica, afrontam as regras que norteiam as licitações públicas, especialmente **os princípios da competição, da proporcionalidade e/ou razoabilidade.**

Como é sabido o certame licitatório tem como princípio basilar a **ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES**, buscando ainda a máxima competitividade, com o fim de alcançar a proposta mais vantajosa à Administração Pública. Sendo assim, é vedada exigências editalícias que apenas impedem a participação de pessoas e/ou empresas na licitação, por ofensa direta ao **princípio da isonomia**.

É importante destacar que em procedimento licitatório todas as exigências de habilitação estão subordinadas, dentre outros, aos **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. As exigências não podem ultrapassar os limites da razoabilidade e estabelecer cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para cumprimento do objeto licitado.

A Lei Federal nº 8.666/93, inclusive veda a utilização de cláusulas que restringem a competição, ao teor do já citado, inciso I, do §1º, do art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º - omissis -

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, **nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; **[destaquei]**

Corroborar com este entendimento os ensinamentos do professor Marçal Justen Filho, senão vejamos:

Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. **A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante.**

Assim, o ato convocatório viola o princípio da isonomia quando:

- a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação;
- b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração;

c) impõe requisitos desproporcionados com necessidades de futura contratação;

d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou ilegais.

Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar particulares. (...) **A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração.**

Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.¹ [grifei]

Não diverge deste entendimento o doutrinador Adilson Abreu Dallari em sua obra **Aspectos Jurídico da Licitação**, sendo que com relação à elaboração dos editais afirma:

O edital é um instrumento de chamamento, e deve servir para trazer pessoas, e não para impedir que pessoas que efetivamente poderiam contratar se afastem da licitação. O edital não pode conter cláusulas que representem barreiras impeditivas de participação no procedimento, a quem realmente tem condições de participar ou a quem realmente esteja disposta a se instrumentar para participar. Nesse sentido não se pode é aceitar em enunciados editalícios, exigências desmedidas, exageradas, impertinentes, destinadas tão somente, a afastar possíveis licitantes. [grifos nossos]

TODAVIA, levando-se em consideração a garantia da ampla participação com vistas a obtenção da melhor proposta, entendo que as referidas normas estabelecidas nas alíneas “b”, “c” e “d”, do item referente a QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, **PODEM SER RELATIVIZADAS**, haja vista que o fornecimento de gêneros alimentícios de qualidade, podem e devem ser fiscalizados por outros meios, como por exemplo, pelo fiscal do contrato, nutricionista do programa e Conselho de Alimentação Escolar – CAE.

Isso porque, o processo licitatório objetiva garantir o cumprimento do princípio da isonomia, insculpido na Constituição Federal **com a atuação do poder público de forma igualitária e sem distinção qualquer natureza**, especialmente de pessoas e/ou empresas, devendo o edital e o termo de referência está discriminado de forma objetiva e justa, **visando a seleção da proposta mais**

¹ - FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 8ª edição, Dialética – 2001, págs.60, 61 e 78.

vantajosa, garantindo a todos os interessados em contratar com o poder público, oportunidades iguais e **possibilitando que o maior número de interessados participem do certame licitatório**.

Em última análise, **entendo como prudente a retirada das exigências descritas** ao teor das alíneas “b”, “c” e “d”, do item referente a QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, não por serem restritivas a competitividade, mas em atenção a ampla competitividade com vistas a obtenção da proposta mais vantajosa para administração, até porque a retirada de tais exigências, permitirá não só a participação da impugnante mais também de outras empresas interessadas no certame.

b) DO MÉRITO ADMINISTRATIVO:

É válido e oportuno ressaltar que como as alíneas “b”, “c” e “d”, do item referente a QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, não possuem caráter restritivo a competitividade, **entendo também que se trata de mérito administrativo a decisão da sua retirada ou não do edital**.

Assim, além das alíneas “b”, “c” e “d” estarem dentro da legalidade estão **invertidas de discricionariedade** administrativa sob a qual cabe ao Sr. Pregoeiro, optar por **exigir ou não** registros e certificados de órgãos fiscalizadores para garantia da qualidade dos gêneros alimentícios a serem adquiridos, de modo a atender o interesse público dos alunos da rede municipal de ensino.

Em se tratando do mérito administrativo, convém trazer à baila os seguintes entendimentos doutrinários.

Assim leciona o insigne Prof. Helly Lopes Meireles:

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, **na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar**. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que ‘o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária.² [grifei]

Corroborando com este entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello:

² - Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Malheiros, 2003.

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, **segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissível perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal**, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.³ [grifei]

Nesse particular, consoante se infere do entendimento doutrinário pátria o ato administrativo discricionário, na medida em que é uma prerrogativa da administração, não será objeto de apreciação do Poder Judiciário que somente poderá analisá-lo em relação aos seus aspectos formais, como competência, finalidade e forma, vedando-se a análise do objeto e motivo.

c) DA INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO TERMO DE REFERÊNCIA, SUBITEM 1.1. DO RECEBIMENTO DAS AMOSTRAS:

Quanto as supostas irregularidades apontadas pela empresa IMPUGNANTE no subitem 1.1, restam infundadas na medida em que os critérios para apresentação das amostras, no prazo de 02 (dois) dias da lavratura da ata da sessão de julgamento, encontra-se em conformidade com a legislação vigente.

A Resolução do CD/FNDE nº 38/09, determina no §4º, do art. 25 que a apresentação das amostras deveram ser imediatamente após a fase de habilitação, senão vejamos:

Art. 25. Os produtos adquiridos para a clientela do PNAE deverão ser previamente submetidos ao controle de qualidade, na forma do Termo de Compromisso (Anexo VI), observando-se a legislação pertinente.

§ 4º A EE deverá prever em edital de licitação ou na chamada pública a **apresentação de amostras para avaliação e seleção do produto a ser adquirido**, as quais deverão ser submetidas a testes necessários, **imediatamente após a fase de habilitação. [grifos nossos]**

Nesse viés, a dicção extraída do texto da resolução é clara, não havendo qualquer fundamento legal para alteração da fase referente a apresentação das amostras, isso porque o fundamento utilizado pelo impugnante em seu arrazoado (alínea “b”, do §5º, do art. 25 da Resolução) trata

³ - Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pag.38.

especificamente de frutas e hortaliças, que não são objetos deste certame vez que são adquiridas por meio de chamada pública para a agricultura familiar.

Outrossim, seria ilógico imaginar que a administração fizesse a análise das amostras de forma antecipada, de um numero inimaginável de fornecedores, no qual sequer teríamos a garantia que tais fornecedores teriam suas propostas classificadas tampouco sua habilitação no certame.

No caso em análise, o termo de referência é o procedimento pelo qual estarão fixados os critérios para contratação previamente estabelecidos no edital, vez que o citado termo passa a ser documento anexo ao instrumento convocatório.

Nesse contexto, invoca-se de forma analógica a normatividade legal que dispõe sobre o termo de referência, previsto pelo inciso I, no §2º, ambos do art. 9º, do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, *ex vi*:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização; **[grifos nossos]**

E mais:

§ 2º **O termo de referência** é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de **orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado,** cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva. **[grifei]**

Portanto, o termo de referência deve conter todos os elementos capazes de definir o objeto, de forma clara, concisa e objetiva, bem com o nível de precisão adequado para caracterizar os gêneros alimentícios a serem adquiridos, pelo que vislumbra-se devidamente cumpridos tais requisitos legais.

Assim, devidamente atendidos tais preceitos legais inexistem irregularidades a serem sanadas, haja vista que o termo de referência estabelece cumulativamente critérios claros e objetivos de julgamento e análise das **AMOSTRAS NA FORMA DO SUBITEM 1.1.** em absoluta conformidade com o §4º, art. 25, da Resolução do CD/FNDE nº 38/09.

3 - CONCLUSÃO.

Ante o exposto, a assessoria jurídica do Município de Oeiras do Pará manifesta-se **OPINADO** pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL DA IMPUGNAÇÃO** formulada pela empresa DCM EMPREENDIMENTOS & CIA LTDA - EPP, nos seguintes termos:

PROCEDÊNCIA do pedido de retirada das alíneas “b”, “c” e “d”, do item referente a QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, vez que muito embora inexistia cláusula restritiva a competitividade, entende-se como prudente a sua supressão com vistas a aumentar a competitividade e buscar a proposta mais vantajosa para a administração.

IMPROCEDÊNCIA do pedido de antecipação da apresentação das amostras, ante a inexistência de irregularidades no SUBITEM 1.1. DO RECEBIMENTO DAS AMOSTRAS, com fundamento no §4º, art. 25, da Resolução do CD/FNDE nº 38/09.

IMPROCEDÊNCIA do pedido de republicação do edital, haja vista que a retirada das alíneas “b”, “c” e “d”, do item referente a QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, não acarretaram quaisquer prejuízos aos participantes do certame, bem como a republicação irá gerar a contagem de novo prazo para abertura do certame, podendo prejudicar o calendário escolar, devendo ser mantida a data agendada para abertura da sessão.

Ressaltamos, nesta oportunidade que o presente parecer é **opinitivo**, ficando a cargo do Senhor Pregoeiro a decisão final quanto ao pedido de impugnação apresentado pela empresa.

Dê ciência a empresa **IMPUGNANTE**, após divulgue-se este parecer e a decisão final junto aos meios oficiais, bem como se procedam às demais formalidades de publicidade determinadas em lei.

Retornem os autos ao setor de origem, para prosseguimento das providências de praxe, com as homenagens de estilo.

É o parecer SMJ.

Oeiras do Pará, 14 de março de 2018.

Luiz Henrique de Souza Reimão
Assessor Jurídico - OAB/PA 20.726