

**PARECER JURÍDICO Nº. 218/2019 – L.C.
IMPUGNAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

Órgão Responsável: Município de Catalão, por meio da Secretaria Municipal de Educação.
Referência: Licitação na modalidade Pregão Presencial nº 051/2019.
Protocolo nº: 2019007070.
Recorrente/Impugnante: Humberto Castro da Silva - ME.
CNPJ/MF Recorrente: 07.499.573/0001-50.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÕES E CONTRATOS – PARECER JURÍDICO - LEI FEDERAL Nº 8.666/93 – ALEGAÇÃO DE FATORES RESTRITIVOS AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCESSO LICITATÓRIO.

1. RELATÓRIO

Adveio a esta Procuradoria Jurídica Municipal, a fim de se conferir análise e parecer, via do Departamento de Licitações e Contratos Administrativos, por sua chefia, o Processo Administrativo de nº 2019007070, que trata sobre licitação na modalidade Pregão Presencial, autuado sob nº 051/2019.

Anexo ao mesmo constou peça de Impugnação apresentada via protocolo administrativo, autuado sob o nº 2019018853, recebido em 24 de maio de 2019.

Referida petição fora apresentada por Humberto Castro da Silva - ME (CNPJ/MF nº 07.499.573/0001-50), que argumenta haver restrição ao caráter competitivo da licitação, porquanto a exigência de que as polpas de frutas sejam pasteurizadas em contrapartida à extração, envasamento e congelamento simples na descrição dos itens constantes do Termo de Referência, demonstram hipotética restrição ao certame em grande média, além de deixá-lo potencialmente mais caro ao erário.

R

Argumenta que:

“Hoje a legislação não traz o processo de pasteurização como algo obrigatório na fabricação de polpas de frutas, trata-se de uma etapa autônoma e específica que, em que pese seus benefícios, agrega alto custo à produção, sendo, em verdade, inutilizado pela maior parte das micro e pequenas empresas na comercialização de polpas (...) Dessa sorte, exigir que as polpas sejam todas pasteurizadas é restringir o certame, além de deixá-lo mais caro, vez que as polpas pasteurizadas tem um valor agregado em seus preços finais em face do processo de temperamento (...).”

Diante disto, pede procedência da impugnação, para o fim de seja retificado o edital de licitação do Pregão Presencial – SRP – 051/2019, para excluir a exigência de pasteurização das polpas de frutas do Termo de Referência, e, por conseguinte nova publicação, para a continuidade regular do procedimento licitatório.

Em síntese, é o relato do que basta.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. –NATUREZA E EXTENSÃO DO PRESENTE PARECER:

Cogente digressão inicial quanto à natureza e extensão do presente ato, com o fim de que reste direcionado e alertado ao Gestor sua autonomia decisória sobre eventuais ponderações/recomendações aqui destacadas, que impeçam ou eventualmente obstaculizem o regular sequenciamento do feito.

Tem a referida atuação jurídica, quanto ao momento legal do presente procedimento, a incumbência de análise quanto à conformidade dos atos praticados durante o processo com as disposições legais e normativas incidentes.

É instrumento jurídico obrigatório que possui o condão de auxiliar no controle interno dos atos administrativos. Tem natureza consultiva, na medida em que a partir de seu conteúdo é que a Secretaria Municipal avaliará a extensão e gravidade de eventuais

4

defeitos do processo ou sua integral conformidade com a legislação e, assim assessorado, bem defina o foco da Administração, quer pela continuidade do certame, quer por outra medida que o torne sem efeito, observada a autotutela administrativa.

2.2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Do compulsar dos autos, denota-se que a impugnação apresentada é cabível e tempestiva. Isso porque, a legislação de regência assim admite, nos termos do artigo 12 do Decreto Federal nº 3.555/2000, que detém a seguinte redação:

Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.

§1º Caberá ao pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de vinte e quatro horas.

§2º Acolhida a petição contra o ato convocatório, será designada nova data para a realização do certame.

O pedido da parte Interessada-Impugnante fora recepcionado, como relatado, em 24 de maio de 2019. Portanto, dentro do prazo estabelecido para o respectivo fim, haja vista que a sessão pública fora designada para o dia 28 de maio de 2019.

Quanto ao ponto de se gizar que o artigo 110¹ da Lei de Licitações e Contratos, aplicável complementarmente ao caso, determina que, na contagem dos dias, serão excluídos os de início e incluídos os de final.

¹ Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

9

É própria (aspecto formal) e tempestiva a presente impugnação, compreendo que a mesma está a se adequar às prescrições legais e ao Instrumento Convocatório.

Em razão do exposto, este Órgão de Procuradoria Jurídica, na pessoa do subscritor, compreende como pertinente o caminho escolhido pela Impugnante para o manejo de tal medida administrativa, porque de acordo os mandamentos do Instrumento Convocatório.

Assim, escorados nos critérios de ampla defesa, contraditório e demais primados administrativos, para que seja evitado alegações de nulidades futuras do processo, pertinente análise das razões de impugnação, postura que desde já oriento a Comissão de Licitação.

2.3. DA COMPREENSÃO JURÍDICA SOBRE AS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO:

Inobstante às digressões traçadas no tópico precedente, com o fito de se garantir maior eficiência aos primados da ampla defesa e contraditório, bem como aos critérios de transparência que, de modo cogente, submete a Administração Pública local, e, primordialmente os princípios inerentes ao processo licitatório a que alude o artigo 3º da LLC², passamos a analisar as razões da impugnação apresentada.

Para tanto, partimos do pressuposto de que a Administração, tal como preconiza o artigo 41 da LLC *"não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada"*.

Questiona a Impugnante que o Instrumento Convocatório dispõe de quesitos restritivos à competitividade, na medida em que prevê, a exigência de que as polpas de

² Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

frutas sejam pasteurizados em contrapartida à extração, envasamento e congelamento simples na descrição dos itens constantes do Termo de Referência.

Argumenta que é restritivo à competitividade o certame, na medida em que faz exigência que se mostra sem sentido prático e/ou torna limitada a participação de um maior número de licitantes.

A extensão do presente cabe frisar, é vinculada ao aspecto jurídico do processo administrativo, somente. Quer-se com isso dizer que nada que diga respeito à técnica do objeto da contratação, bem assim a magnitude do que é licitado deva ser expedido juízo de valor jurídico, pressupondo ter o Gestor se municiado de toda capacidade técnica e conhecimentos específicos sobre o que é adquirido *latu sensu*, ao fim precípua de alcançar o interesse da Administração Pública.

Não obstante a isso, analisando detidamente as razões de impugnação, compreendo não assistir razão, à Impugnante, notadamente quanto ao questionamento sobre a exigência constante do Termo de Referência anexo ao edital, de que as polpas de frutas sejam pasteurizadas.

De acordo com o Parecer Técnico elaborado pelas Nutricionistas do Corpo Técnico responsável pela Merenda Escolar da Secretaria Municipal de Educação, aos 28 dias de maio de 2019, o processo de pasteurização exigido no Termo de Referência anexo ao edital do presente certame, tem como objetivo principal a destruição de micro-organismos patogênicos associados ao alimento em questão, possibilitando, assim, melhor qualidade do alimento consumido.

Nesse sentido, o Corpo Técnico responsável pela Merenda Escolar orienta a Comissão de Licitação para que a exigência seja mantida no Edital que rege o Pregão Presencial n.º 51/2019.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho leciona:

"A oferta de vantagens ou benefícios não previstos ou superiores aos determinados no ato convocatório não prejudica o licitante. Se o benefício não for de ordem a alterar o gênero do produto ou do serviço, nenhum efeito dele se extrairá. Porém, se a vantagem configurar, na verdade, outra espécie de bem ou serviço, deverá ocorrer a desclassificação da proposta – não pela 'vantagem' oferecida, mas por desconformidade com o objeto licitado". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª Ed, São Paulo: Dialética, 2010.)

Há posicionamento inclusive judicial sobre a questão, em que o Superior Tribunal de Justiça assim se posiciona:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA DO TIPO MENOR PREÇO. ATENDIMENTO ÀS REGRAS PREVISTAS NO EDITAL. PRODUTO COM QUALIDADE SUPERIOR À MÍNIMA EXIGIDA. 1. Tratando-se de concorrência do tipo menor preço, não fere os princípios da isonomia e da vinculação ao edital a oferta de produto que possua qualidade superior à mínima exigida, desde que o gênero do bem licitado permaneça inalterado e seja atendido o requisito do menor preço. 2. Recurso ordinário não-provido (STJ MS 15817 RS 2003/0001511-4, 2ª T., rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 03.10.2005 p. 156).

Vejamos, quanto ao ponto, como se manifesta o TCU:

"É admissível a flexibilização de critério de julgamento da proposta, na hipótese em que o produto ofertado apresentar qualidade superior à especificada no edital, não tiver havido prejuízo para a competitividade do obtido, revelar-se vantajoso para a administração. Representação formulada por empresa noticiou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico 21/2011, conduzido pelo Centro de Obtenção da Marinha no Rio de Janeiro –

COMRJ, cujo objeto é o registro de preços para fornecimento de macacão operativo de combate para a recomposição do estoque do Depósito de Fardamento da Marinha no Rio de Janeiro. A unidade técnica propôs a anulação do certame fundamentalmente em razão de a proposta vencedora ter cotado uniformes com gramatura superior à da faixa de variação especificada no edital (edital: 175 a 190 g/m²; tecido ofertado na proposta vencedora: 203 g/m²), o que deveria ter ensejado sua desclassificação. O relator, contudo, **observou que o tecido ofertado "é mais 'grosso' ou mais resistente que o previsto no edital"** e que o COMRJ havia reconhecido **que o produto ofertado é de qualidade superior à prevista no edital**. A esse respeito, anotou que a Marinha do Brasil está habilitada a "emitir opinião técnica sobre a qualidade do tecido". Levou em conta, ainda, a manifestação do Departamento Técnico da Diretoria de Abastecimento da Marinha, no sentido de que o produto atenderia "à finalidade a qual se destina, tanto no que se refere ao desempenho, quanto à durabilidade". Noticiou ainda que a norma técnica que trata desse quesito foi posteriormente alterada para admitir a gramatura 203 g/m² para os tecidos desses uniformes. **Concluiu, então, não ter havido afronta ao interesse público nem aos princípios licitatórios, visto que o procedimento adotado pela administração ensejará a aquisição de produto de qualidade superior ao desejado pela administração contratante, por preço significativamente inferior ao contido na proposta da segunda classificada.** Ressaltou também a satisfatória competitividade do certame, do qual participaram 17 empresas. E arrematou: "considero improvável que a repetição do certame com a ínfima modificação do edital (...) possa trazer mais concorrentes e gerar um resultado mais vantajoso ...". O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu julgar parcialmente procedente a representação, "em face da verificação de apenas de falhas formais na condução do Pregão Eletrônico 21/2011, que não justificam a sua anulação". (Acórdão 394/2013-Plenário, TC 044.822/2012-0, relator Ministro Raimundo Carreiro, 6.3.2013).

A definição de parâmetros mínimos do produto ou serviço é, em verdade, obrigação e não faculdade do Poder Público. Nesse sentido, a doutrina de Marçal Justen Filho ensina que:

"Como regra, toda e qualquer licitação exige que a Administração estabeleça, de modo preciso e satisfatório, as condições da disputa. Mais precisamente, a Administração tem de licitar aquilo que contratará – o que significa dominar, com tranquilidade, todas as condições pertinentes ao objeto a ser licitado" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13 Ed. São Paulo: Dialética. 2009.)

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

O novo diploma exige, em acatamento ao princípio fundamental que adota, - o princípio da isonomia - que todos os candidatos à contratação saibam com precisão os limites a que ficarão sujeitos se contratarem com o poder público (...). A transparência exigida do Poder Público pela sociedade sepultou definitivamente a hipótese de se licitar um serviço em que o possível candidato sequer soubesse exatamente o que é pretendido, ou como realizar, num verdadeiro contrato aleatório no qual só se compraz o licitante em conluio com um agente da Administração. (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Licitação - A nova dimensão do projeto básico nas licitações. RJ nº 221. Mar 1996.).

Não é diferente o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, inclusive sumulando a matéria:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Desta feita os questionamentos apontados, na limitada compreensão jurídica do caso, em nada influenciam a competitividade do certame, haja vista tratarem-se de especificações técnicas mínimas sem qualquer identidade de marca. Retrata, a bem verdade, a demanda administrativa, puramente.

Ora, querer a Administração um produto de melhor qualidade para compor a merenda escolar, em nada limita a competitividade. O mercado se adequa à demanda, *latu sensu*, não o contrário.

Da mesma maneira, perseguir a Administração a plena efetivação do Direito Social à alimentação adequada que ocorre quando a garantia das condições de acesso a alimentos básicos de qualidade, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades básicas, com base em práticas alimentares que possibilitem a saudável reprodução do organismo humano, contribuindo, assim, para uma existência digna, jamais tem o condão de influenciar no caráter competitivo do certame, tampouco vilipendiar quaisquer dos demais primados administrativos de que trata a Lei Federal nº 8.666/1993.

Neste enfoque, caberá ao licitante interessado a demonstração técnica de que seu produto atende aos padrões mínimos exigidos no certame e, caso superior, concorrer em patamar de igualdade com os demais licitantes para os fins de tentar lograr êxito no resultado do objeto pretendido pela Administração.

3 CONCLUSÃO

De tudo o que se expôs, esta Procuradoria Jurídica do Município de Catalão/GO orienta, via do procurador que este a subscreve, pelo **CONHECIMENTO** da impugnação apresentada e seu **TOTAL DESPROVIMENTO**, nos termos supramencionados.

19

ALERTO que, tendo em vista a Suspensão da Sessão do Pregão Presencial n.º 051/2019 – Processo n.º 2019007070 marcada para o dia 28 de maio de 2019, ocorrida no dia 27 de maio de 2019, deverá ser designada nova data para a realização do certame, com as devidas publicações de praxe.

SOLICITO, por derradeiro, a remessa do presente feito à Comissão de Licitação, a fim de que tome conhecimento e dê prosseguimento ao processo de acordo com a praxe local.

É o parecer

Catalão, 30 de maio de 2019.



João Paulo de Oliveira Marra
Procurador-Chefe Administrativo
OAB/GO 35.133