

228	
FLS.	RUBRICA

PARECER

PROCESSO 003/2020

INTERESSADO: COMISSÃO DE PREGÃO

ASSUNTO: PREGÃO 002/2020

I. RELATÓRIO

Trata-se de consulta solicitada pelo interessado em epígrafe, consistente na análise jurídica acerca da regularidade do procedimento adotado pela Comissão na sessão de do Pregão 002/2020.

O procedimento adotado pela Comissão foi objeto de recurso (fls. 187/193), que questiona a irregularidade da suspensão da sessão de habilitação para a promoção de diligências atinentes à compatibilidade da proposta classificada em primeiro lugar em face das exigências editalícias, por suposta ausência de previsão no instrumento convocatório.

Do que se extrai das Atas de fls. 171/172, 183/184, das contrarrazões de fls. 196/225 e do despacho do Pregoeiro em fls. 226/227, após a abertura dos envelopes da habilitação da empresa classificada em primeiro lugar, a sessão foi suspensa para a realização da indigitada diligência, sem que todos os licitantes rubricassem e assinassem os respectivos documentos, o que foi feito apenas após a conclusão da citada diligência, salvo melhor juízo, catorze dias após a suspensão.

Este é o relatório.

II. DA ANÁLISE JURÍDICA

O procedimento adotado pela Comissão de Pregão, no sentido de verificar a compatibilidade da proposta com as exigências constantes do Termo de Referência não possui nenhuma ilegalidade nem macula as regras do instrumento convocatório. Também não se trata de exame de requisitos habilitação.

Na verdade, o referido procedimento se arrima no art. 4º, X e XI da Lei 10.520/02 e nos arts. 43, IV e V, 44, *caput* e 45 da Lei 8.666/93, que nada mais é do que o exame das propostas, que não se restringe apenas ao valor, mas também em relação aos aspectos técnicos e parâmetros mínimos de desempenho objetivamente estabelecidos no edital.

Veja:

LEI 10.520/02

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:
(...)



2029	GM
FLS.	RUBRICA

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, **as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital**;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao **objeto** e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;
(...)

LEI 8.666/93

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

IV - verificação da **conformidade de cada proposta com os requisitos do edital** e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

(..)

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os **critérios objetivos definidos no edital** ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

(...)

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, **os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório** e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: **(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)**

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a **proposta de acordo com as especificações do edital** ou convite e ofertar o menor preço;

(...)

De fato, no procedimento de Pregão a análise das propostas precede a análise dos requisitos de habilitação, de tal sorte que primeiro deve se analisar a



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE FERNANDÓPOLIS/SP

230	Am
FLS.	RUBRICA

compatibilidade da proposta em termos de valor e compatibilidade com os requisitos objetivos previstos no edital.

Entretanto, uma vez superada a referida fase e iniciada a fase de avaliação dos requisitos de habilitação, nada impede que a Comissão suspenda a última fase para o fim de analisar eventual questão pertinente ao julgamento das propostas.

O fundamento jurídico que autoriza a referida atuação é o Princípio da autotutela administrativa, que impõe o poder-dever da administração em rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, ou mesmo revogá-los por motivos de conveniência e oportunidade.

Se trata de princípio consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tanto que sumulado:

Súmula 473/STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No âmbito das contratações públicas, expressão do referido princípio se extrai dos arts. 43, §3º e 49, caput, da Lei 8.666/93 e do art. 4º, XVI, da Lei 10.520/02.

LEI 8.666/93

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

*§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, **em qualquer fase da licitação**, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.*

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

LEI 10.520/02

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE FERNANDÓPOLIS/SP

231	
FLS.	RUBRICA

(...)

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

(...)

Veja que do último dispositivo legal colacionado e por sua disposição topográfica, no Pregão, mesmo após superada a fase de habilitação, o Pregoeiro, julgando necessário, pode realizar nova análise de aceitabilidade da proposta.

E assim foi feito pela Comissão quando provocada pela recorrente, que suscitou dúvidas quanto à ausência de compatibilidade da proposta vencedora, não em relação ao preço, mas sim em relação aos critérios objetivos e demais especificações previstas no instrumento convocatório.

Portanto, nenhuma irregularidade se verifica na diligência, sendo despidianda sua previsão no instrumento convocatório na medida em que se tratam de normas de ordem pública, aplicáveis a todos os procedimentos de seleção de fornecedores promovidos pela Administração Pública.

Por outro lado, há vício insanável no procedimento adotado pela Comissão de Pregão.

Ao abrir o invólucro relativo aos documentos de habilitação, deveria a Comissão seguir o procedimento que manda o art. 43, §§1º e 2º da Lei 8.666/93, qual seja, a abertura dos envelopes e submissão dos documentos à avaliação de todos os licitantes presentes e pela própria Comissão, com as respectivas rubricas.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 1º A abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

*§ 2º Todos os documentos e propostas serão **rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.***

Contrariando em parte o referido dispositivo legal, após aberto o envelope dos documentos de habilitação da licitante vencedora, a Comissão optou por suspender o certame sem cancelar aos licitantes presentes a vista dos documentos e lançamento das respectivas rubricas.

Assinala-se que o referido procedimento tem como desiderato a garantia da lisura do procedimento, mais precisamente impedir a inserção ou exclusão de qualquer documento que deveria ter sido apresentado no momento definido no instrumento convocatório.



232	am
FLS.	RUBRICA

A Lei 4.717/65 considera nulo o ato praticado com vício de forma, que nada mais é do que a omissão ou observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

(...)

b) vício de forma;

(...)

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;(...)

Conforme se extrai da doutrina de Rafael Rezende de Oliveira¹:

(...) no Direito Administrativo vigora o princípio da solenidade das formas, exigindo-se do agente público a edição de atos escritos e o atendimento das formalidades legais, uma vez que o agente público, ao contrário do particular, administra interesses públicos que dizem respeito a toda a coletividade. A solenidade da forma funciona como garantia para o administrado, propiciando o controle da Administração e conferindo segurança jurídica às relações administrativas.

O mesmo autor leciona a diferença entre formalidades essenciais e acidentais, sendo a primeira categoria decorrente de imposição legislativa e a segunda decorrente de situações em que a inobservância da formalidade não obsta o alcance do resultado final buscado pelo agente, hipótese em que se admite a convalidação do ato, que deixará de ser anulado.

No mesmo sentido se encontra o art. 22 da Lei 9.784/99:

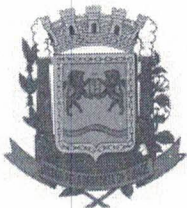
Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

No caso, a necessidade de se cancelar vista e rubrica dos documentos de habilitação aos licitantes imediatamente após a abertura dos envelopes decorre de norma de ordem pública, consubstanciada no art. 43, §§1º e 2º da Lei 8.666/93, de tal sorte que se trata de formalidade de natureza essencial cuja inobservância inexoravelmente redundará na nulidade do procedimento.

Entre a abertura do envelope contendo os documentos de habilitação e a análise dos respectivos documentos na ordem e forma exigidas pelo art. 43, §§1º e

¹ Curso de Direito Administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 6. ed. rev., atual, e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Pág. 303/304.

25



833	
FLS.	RUBRICA

2º da Lei 8.666/93 se passaram, salvo melhor juízo, catorze dias, sendo que o referido ato deveria ter se realizado imediatamente após a abertura do envelope.

Tendo em vista que, de acordo com os itens 4 e 7.2 do instrumento convocatório (fls. 80/102), o envelope das propostas e o envelope dos documentos de habilitação devem ser apresentados de forma concomitante, os efeitos da nulidade devem retroagir à referida fase, isto é, a Comissão de Pregão deve designar nova data para a realização do certame mediante o recebimento de novos envelopes relativos às propostas e documentos de habilitação, repetindo-se os demais atos subsequentes.

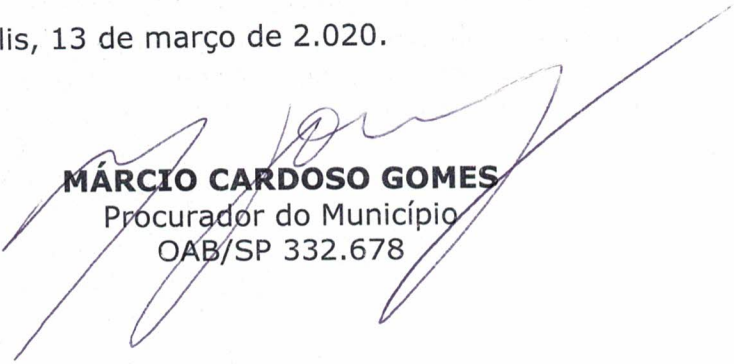
III. CONCLUSÃO

Pelo exposto, OPINO no seguinte sentido:

a) no mérito, pelo desprovimento do recurso, na medida em que o recorrente apenas impugnou de forma fundamentada a diligência da Comissão do Pregão no sentido de se verificar, quando provocada pela própria recorrente, a compatibilidade da proposta classificada em primeiro lugar com os requisitos e parâmetros objetivos definidos no edital, o que encontra arrimo no princípio da autotutela;

b) por força do mesmo princípio da autotutela administrativa e das normas legais que o consubstanciam, OPINO pela nulidade do certame, com efeitos retroativos à data de recebimento dos envelopes relativos à proposta e à habilitação.

Fernandópolis, 13 de março de 2020.


MÁRCIO CARDOSO GOMES
Procurador do Município
OAB/SP 332.678