



PARECER ASSESSORIA JURÍDICA

Recurso Contra Decisão da Comissão de Avaliação das Amostras de materiais didáticos que Declara Empresa Vencedora na Licitação n. 019/2018

REQUERENTE: EDITORA POSITIVO LTDA

Solicita-se parecer da Assessoria Jurídica acerca do Recurso Administrativo interposto pela Requerente.

Na data de 01 de março de 2018 foi efetuada a abertura da licitação - Edital da Licitação n. 029/2018, modalidade Pregão Presencial n.º 019/2018, para a aquisição de material didático para o ano letivo de 2018 da Secretaria Municipal de Educação, Cultura, Juventude, Esporte e Lazer.

Classificada a melhor proposta e aberto o envelope dos documentos, a empresa EDITORA DO BRASIL S.A foi declarada a vencedora do presente certame.

Conforme o item 1.8.1 o licitante que ofertou o menor preço tinha o prazo de cinco dias para apresentar as amostras do material didático.

A empresa classificada em primeiro lugar apresentou as amostras, as quais foram avaliadas por uma Comissão de Avaliação que lavrou parecer classificatório.

Do parecer da Comissão extrai-se que, em que pese, as amostras serem do boa qualidade e compatível com série/idade, alguns itens exigidos no Edital não foram apresentados pela empresa vencedora.

A empresa EDITORA POSITIVO LTDA interpôs recurso contra a decisão da Comissão de Avaliação que classificou a empresa EDITORA DO BRASIL SA, sob a alegação, em suma, de que o material didático apresentado pela empresa vencedora não atendeu as exigências do edital.

É a síntese necessária.



1. DO OBJETO

O presente procedimento tem por objeto o julgamento do recurso interposto contra decisão da Comissão de Avaliação que classificou a empresa **EDITORA DO BRASIL S.A** após a análise das amostras do material didático.

2. DA ADMISSIBILIDADE

O recurso em tela foi interposto dentro do prazo, isto é, de 03 (três) dias úteis após a intimação realizada (09/03/2018), tendo sido recebido no dia 14 de março de 2018, protocolizada diretamente no Setor de Licitações e publicada no mesmo dia.

A Recorrida apresentou suas Contrarrazões no prazo estabelecido – 03 (três) dias úteis após o término do prazo do Recorrente (14/03/2018) – tendo sido recebida no dia 19 de março de 2018, protocolizada diretamente no Setor de Licitações.

Sendo, pois, tempestivo o recurso e suas contrarrazões e, encaminhados de forma válida, foram recebidos, razão pela qual passamos para a análise do mérito.

3. DO DIREITO

Quanto ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, de forma incontestada, trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

A Constituição Federal brasileira determina que a administração pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Explicita ainda a Constituição a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

Para regulamentar o procedimento da licitação exigido constitucionalmente, foi inicialmente editada a Lei n. 8.666/1993. Com a Lei n. 10.520/2002, mais uma modalidade licitatória (pregão) foi introduzida no modelo brasileiro, ao qual se aplicam subsidiariamente as regras da Lei n. 8.666/1993. Seja qual for a modalidade adotada, deve-se garantir observância da isonomia,



legalidade, impessoalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei n. 8.666/1993.

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório. **Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.**

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, **o instrumento convocatório:**

é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que **“a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.** (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416) (grifei).

O mesmo autor prossegue no exame da questão, e reforça sua argumentação a respeito da vinculação do edital com o art. 41, §2º, da Lei 8.666:

Ali, fixa-se prazo para que o licitante possa impugnar os termos do edital. Expirado esse prazo, decairá o participante da licitação do direito de impugná-lo. **Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode esperar pela sua inabilitação ou desclassificação para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo.** (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.417) (grifei).

Ademais, não se pode esquecer que a licitação é “o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico¹”.

E para desenvolver tal mister, é necessária a fiel observância de diversos princípios, dentre eles o do da vinculação ao instrumento convocatório.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui portanto, extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 236.



Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

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.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; (grifei).

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 299.



Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital. (grifei).

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho³:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Se o instrumento de convocação, normalmente o edital tiver falha, pode ser corrigido, desde que oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela.

Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como, por exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos. **Em tais hipóteses, deve dar-se a desclassificação do licitante, como, de resto, impõe o art. 48, I, do Estatuto.** (grifei)

Como se vê, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.

Como bem destaca Fernanda Marinela⁴, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório leva à assertiva de que o edital é a lei interna da licitação:

Como princípio específico da licitação, tem-se a vinculação ao instrumento convocatório. **O instrumento, em regra, é o edital que deve definir tudo que é importante para o certame, não podendo o Administrador exigir nem mais nem menos do que está previsto nele.** Por essa razão, é que a doutrina diz que **o edital é lei interna da**

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 246.

⁴ MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264



licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei. (grifei).

No mesmo sentido, ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁵:

A vinculação da Administração aos estritos termos do edital de convocação da licitação é exigência expressa do art. 41 da Lei nº 8.666/1993. Esse artigo veda à Administração o descumprimento das normas e condições do edital, "ao qual se acha estritamente vinculada".

Segundo Hely Lopes Meirelles, o edital "é lei interna da licitação" e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

Ainda sobre a vinculação ao edital, Marçal Justen Filho⁶ afirma que "quando o edital impuser comprovação de certo requisito não cogitado por ocasião do cadastramento, será indispensável a apresentação dos documentos correspondentes por ocasião da fase de habilitação".

Como exemplo de violação ao referido princípio, o referido autor cita, apropriadamente ao caso em análise, a não apresentação de documento exigido em edital e/ou a apresentação de documento em desconformidade com o edital; o que, inarredavelmente deverá implicar em sua desclassificação por estar inabilitado ao prosseguimento no certame.

Sobre o tema, igual orientação pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos Tribunais Regionais Federais e no Tribunal de Contas da União, como será a seguir demonstrado.

O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. **2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência.** 3. **A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o**

⁵ ALEXANDRINO, Marcelo, e VICENTE, Paulo. Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 410.

⁶ FILHO, Marçal Justen. Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e do Eletrônico, 4ª ed., p. 305.



cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. (grifei)

O TRF1, a exemplo dos demais TRFs também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288):

“Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ‘a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada’ (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, não pode esta se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento”.

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) **O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...)** (Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga, portanto, a Administração e o licitante a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no edital.

Por todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, ou mesmo relativizá-las, pois, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital ou instrumento congênere.



Pois bem, *in casu*, a celeuma reside na avaliação e aprovação das amostras do material didático apresentado pela empresa vencedora.

A Comissão de Avaliação aprovou o material mesmo que este não estivesse de acordo com as exigências impostas no edital, além disso, criou novos critérios de avaliação que extrapolam àqueles preestabelecidos.

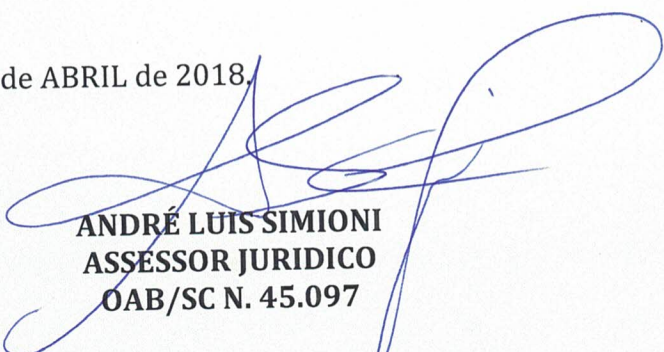
Assim, por vinculação ao instrumento convocatório, não pode o Município admitir que a empresa recorrida seja classificada quando deixou de cumprir o estabelecido no edital, sob pena de ao ferir o aludido princípio incidir em ilegalidade.

4. DO PARECER

Ante o exposto e tudo o mais que dos autos consta, emitimos parecer FAVORÁVEL ao conhecimento e ao **PROVIMENTO DO RECURSO** interposto pela empresa EDITORA POSITIVO LTDA, a fim de desclassificar a empresa EDITORA DO BRASIL S.A, tendo em vista não cumprir os requisitos do Edital.

É o parecer, SMJ.

Tangará - SC, 09 de ABRIL de 2018.


ANDRÉ LUIS SIMIONI
ASSESSOR JURIDICO
OAB/SC N. 45.097