



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
EQUIPE DE TRABALHO REMOTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

PARECER n. 00104/2020/NLC/ETRLIC/PGF/AGU

NUP: 23282.004302/2019-51

INTERESSADOS: UNIVERSIDADE DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL DA LUSOFONIA AFRO-BRASILEIRA - UNILAB

ASSUNTOS: ATIVIDADE MEIO

EMENTA: CONSULTA. PREGÃO ELETRÔNICO. INABILITAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA. DESCUMPRIMENTO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL. RECURSO HIERÁRQUICO. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AMPLA CONCORRÊNCIA. PELA RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO. RECOMENDAÇÃO DE ANULAÇÃO DO ATO DE INABILITAÇÃO.

RELATÓRIO

1. Trata-se de processo analisado anteriormente por esta Equipe de Trabalho Remoto que retorna com consulta formulada pela pregoeira (doc. SEI 0107231) acerca de recurso apresentado por uma das concorrentes (doc. SEI 010357) no bojo do pregão eletrônico nº 20/2019, que tem por objeto a contratação de empresa especializada no fornecimento de proposta mais vantajosa para a aquisição de Mobiliário e Eletroeletrônicos para a UNILAB.
2. Em apertada síntese, a recorrente DILCREIA MARTINS FAGUNDES DO NASCIMENTO-EPPA insurge-se contra a decisão da Pregoeira por ter sido desclassificada no Pregão SRP nº 20/2019 em razão de não ter enviado Declaração solicitada no item 6.5.2.1 do edital e ANEXO V do edital “Modelo de Declaração de Aceitação dos Termos do Edital (Eletroeletrônico)”.
3. Alega a ocorrência de erro meramente formal, uma vez que houve manifestação de concordância com os termos do Edital assinalada no Sistema, cumprindo o previsto no item 3.4 do Edital e tendo suprido tal exigência.
4. Por fim, a recorrente solicita que o recurso "*seja acolhido e julgado procedente, que o Pregão Eletrônico volte à fase de habilitação e que sua proposta seja habilitada e homologada*".
5. Há manifestação da pregoeira divergindo do recurso interposto, sob a alegação de que o conteúdo do documento exigido no item 6.5.2.1 do Edital não é o mesmo do item 3.4 também do Edital. Afirma que outras empresas foram inabilitadas pelo mesmo motivo.
6. Formula, então, consulta jurídica nos seguintes termos:

O recurso impetrado pela empresa DILCREIA MARTINS FAGUNDES DO NASCIMENTO é procedente?

Houve ilegalidade (e/ou excesso de formalismo) quanto à desclassificação da proposta da referida empresa licitante pelo não envio da declaração de que trata o item 6.5.2.1.? Quais entendimentos, legislações etc acerca deste fato?

7. É o relatório. Passa-se à análise.

FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

8. A ETR-Licitações esclarece que, por não deter competências típicas de órgão de gestão ou auditoria (art. 10 da Lei nº 10.480/02, art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 e BPC/AGU nº 7), manifesta-se, apenas, sobre as matérias jurídicas que lhe foram devolvidas pela presente demanda e deixa de analisar os aspectos técnicos, econômicos, contábeis e financeiros inerentes ao presente feito, porquanto próprios dos juízos de conveniência e oportunidade da Administração Pública ou da análise crítica advinda de servidores versados nos mesmos.

9. Cabe assinalar, que a presente manifestação toma por base os elementos constantes dos autos eletrônicos do processo administrativo em epígrafe.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

10. A publicação do Edital significa um compromisso do Poder Público de que as regras contidas no seu bojo serão mantidas durante o certame e o eventual contrato firmado, de modo que não à toa diz-se que o edital é a lei do certame. Este é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que rege as licitações públicas.

11. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está disciplinado nos artigos [3º](#), [41](#) e [55, XI](#), da Lei nº [8.666/1993](#), que rege o procedimento licitatório, vejamos:

“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;”.

12. No entanto, a compreensão dos dispositivos legais deve ser feita sempre no sentido de buscar a satisfação do interesse público, a administração pública tem procurado, por intermédio dessas ferramentas, avaliar as condições de fazer das empresas em face do cumprimento das obrigações que vier a assumir e assegurar-lhe sucesso na contratação.

13. No presente caso, verificando as disposições editalícias acerca da exigência de apresentação da Declaração prevista no item 6.5.2.1 do Edital, há que se fazer algumas considerações sobre a manifestação da Pregoeira quanto à não coincidência entre o conteúdo da Declaração e a concordância manifestada no Sistema, tal qual prevê o item 3.4, também do Edital.

14. Não obstante configurem manifestações distintas - aspecto no qual assiste razão à Pregoeira, uma vez que a Declaração do Anexo V é mais específica que a manifestação de concordância com os termos do Edital, externada pela recorrente no Sistema do Pregão Eletrônico - verifica-se que o Termo de Referência já prevê tais

exigências. Examinemos o conteúdo da Declaração do Anexo V:

DECLARA, para fins do disposto no Decreto 5.450/2005 e demais legislação vigente, que aceita integralmente os termos e condições da presente Licitação, e em especial que

1. Se responsabiliza pela montagem e instalação do produto, de acordo com as condições especificadas no Termo de Referência;
2. Será permitida uma variação nas medidas de 5% para mais ou para menos.
3. Que levará em consideração as normas técnicas eventualmente existentes, elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas –ABNT, quanto a requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança, nos termos da Lei nº 4.150, de 1962.4.
4. Que levará em consideração os critérios de sustentabilidade estabelecidos no Termo de Referência (grifo nosso)

15. Quanto ao item 1 da Declaração, está ele previsto no item 4.10 do Termo de Referência anexo ao Edital (doc. SEI 0043096), assim como os itens 2, 3 e 4 estão previstos nos itens 1.7 e 1.9 (variação de 5%), 1.8 (normas da ABNT) e 1.20 a 1.23 (sustentabilidade), respectivamente, no mesmo Termo de Referência.

16. **Cumpra esclarecer que a vinculação ao instrumento convocatório (Edital) também se estende aos seus anexos, no caso, o Termo de Referência, de modo que, se a empresa afirma concordar com os termos do Edital, tal qual previsto na declaração do item 3.4 do Edital, manifesta ao mesmo tempo concordância com o contido no Termo de Referência anexo ao Edital.**

17. Tanto é assim que não houve impugnação ao Edital em momento oportuno, o que significa que a recorrente não se insurge quanto aos requisitos em si, mas reforça a tese de que houve erro meramente formal.

18. A previsão no Termo de Referência, associada à manifestação de vontade prevista no item 3.4 do Edital, portanto, parecem suprir a ausência da Declaração prevista no item 6.5.2.1.

19. Nesse compasso, sabe-se que a jurisprudência dos Tribunais firmada nesse sentido, em especial a do Tribunal de Contas da União, é a de que o gestor responsável por licitações públicas deve ampliar o universo de licitantes, incentivar a competitividade do certame e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sem jamais afastar-se dos princípios insculpidos no art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

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

§ 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 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;

20. **É certo que a Comissão não incidiu em erro ao inabilitá-la, pois entendeu pela vinculação estrita ao Edital, mas necessário que se faça aqui algumas ponderações acerca da situação posta, pois nos parece que o excesso de formalismo não deve se sobrepor ao fim último da licitação, qual seja, o de proporcionar a maior amplitude possível à concorrência, com o fito de obter a proposta mais vantajosa para a Administração.**

21. O Advogado da União, Ronny Charles Lopes de Torres, Professor, Mestre em Direito Econômico, em artigo sobre Uso da prerrogativa de saneamento pelo pregoeiro, trata prerrogativa administrativa de sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, prestigiando princípios que conformam a atividade administrativa, tema que se amolda ao ora analisado, se não vejamos:

"[...] a razão de ser do formalismo licitatório é o atendimento ao interesse público. O

formalismo é um meio, não um fim em si mesmo, sendo ilegítimo que ele se imponha em detrimento da seleção da melhor proposta.

Assim, em determinadas situações, pode-se justificar que restrições procedimentais, que não atentem contra a isonomia entre os licitantes, sejam prescindidas em favor da busca de uma proposta mais vantajosa para o Poder Público. Neste prumo, vale transcrever as lições de Lucas Rocha Furtado^[7], representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União:

A desclassificação de uma proposta pode ter dois fundamentos básicos: vícios formais e preço.

O primeiro fundamento, indicado no art. 48, I, da Lei nº 8.666/93, suscita algumas dúvidas porque desconformidades insignificantes entre as propostas e o edital não devem dar causa à desclassificação. A desconformidade ensejadora da desclassificação de uma proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes. É preferível admitir proposta com vícios formais de apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por rigorismo formal e incompatível com o caráter competitivo da licitação.

O referido autor, ainda, lembra que, embora se presuma que determinados requisitos impostos pelo edital são relevantes, o rigor em sua exigência não deve ser aplicado de forma a prejudicar a própria administração.^[8]

Esta compreensão moderna do papel a ser exercido pelo agente público responsável pelas licitações encontra eco nas decisões de nossos Tribunais^[9].

EMENTA: DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLAUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELO JUDICIÁRIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO.

O “edital” no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, e norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o “objeto da licitação”, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o poder público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.

Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é “absoluto”, de tal forma que impeça o judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração.

O procedimento licitatório é um conjunto de atos sucessivos, realizados na forma e nos prazos preconizados na lei; ultimada (ou ultrapassada) uma fase, “preclusa” fica a anterior, sendo defeso, a administração, exigir, na (fase) subsequente, documentos ou providências pertinentes aquela já superada. Se assim não fosse, avanços e recuos mediante a exigência de atos impertinentes a serem praticados pelos licitantes em momento inadequado, postergariam indefinidamente o procedimento e acarretariam manifesta insegurança aos que dele

participam.

(...)

No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contra-prova e demonstração do equívoco do que foi decidido pela administração, sem a quebra de princípios legais ou constitucionais.

O “valor” da proposta “grafado” somente em “algarismos” - sem a indicação por extenso - constitui mera irregularidade de que não resultou prejuízo, insuficiente, por si só, para desclassificar o licitante. A “ratio legis” que obriga, aos participantes, a oferecerem propostas claras é tão só a de propiciar o entendimento à administração e aos administrados. Se o valor da proposta, na hipótese, foi perfeitamente compreendido, em sua inteireza, pela comissão especial (e que se presume de alto nível intelectual e técnico), a ponto de, ao primeiro exame, classificar o consórcio impetrante, a ausência de consignação da quantia por “extenso” constitui mera imperfeição, balda que não influenciou na “decisão” do órgão julgador (comissão especial) que teve a ideia, a percepção precisa e indiscutível do “quantum” oferecido.

O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes. Segurança concedida.

Como se depreende da leitura do julgado, o STJ enaltece a compreensão de que o formalismo no procedimento licitatório não impõe, de forma absoluta, a desclassificação das propostas eivadas por simples omissões ou por defeitos irrelevantes.

[7] FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Fórum. 2007. P. 255.

[8] FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Fórum. 2007. P. 255.

[9] STJ – Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO - MS 5418 / DF – Fonte: DJ 01.06.1998 p. 24."

22. O Tribunal de Contas da União e o Judiciário, inclusive as Cortes mais altas do país, já firmaram seu entendimento com relação à desclassificação ou inabilitação de propostas em razão de meros equívocos, excessos de formalidades, ou desprestígio a Finalidade e a Razoabilidade, senão vejamos:

Formalismo Saneamento dever

TCU determinou observar o regulamento de licitações e contratos do SESC, no tocante:

"1.1.3 à utilização, pela Comissão de Licitação, das prerrogativas conferidas pelo referido regulamento, abstendo-se de inabilitar empresas e/ou desclassificar propostas quando a dúvida, erro ou omissão puderem ser saneados, nos casos em que não importe prejuízo ao interesse público e/ou aos demais participantes".

Fonte: TCU. Processo nº TC-015.820/2006-2 acórdão nº2231/2006 - 2ª Câmara

Formalismo inabilitação de licitante por descumprimento de exigência editalícia.

TRF 1ª Região decidiu: "[...] certo que a Administração, em tema de licitação está vinculada às normas e condições estabelecidos no Edital (Lei nº 8.666/93, art. 41), e, especialmente, ao princípio da legalidade estrita, não deve, contudo (em homenagem ao princípio da

razoabilidade), prestigiar de forma tão exacerbada o rigor formal, a ponto de prejudicar o interesse público, que, no caso, afere-se pela proposta mais vantajosa."

Fonte: TRF/1ª R. 6ª T. REO nº 36000034481/MT processo nº 200036000034481. DJ 19 de abril de 2002 p. 211.

Formalismo inabilitação incorreta

TJMA decidiu desclassificação de concorrente por mero vício de ordem formalístico impossibilidade administração pública não deve agir exacerbado formalismo inabilitando licitantes o desclassificando proposta a casa de regularidades constatadas na documentação não lhe acarreta em qualquer prejuízo pois o fim eminentemente típico de onde Estação É permitir a escolha da proposta mais vantajosa dentre aquelas apresentadas por uma maior dano possível de interessados vale dizer que por quanto mais participantes acertando quanto maior será a possibilidade de encontrar preços competitivos. segurança concedida.

Fonte: TJMA. Mandado de Segurança nº 425/2001 Câmaras Cíveis Reunidas DJ 27 abril de 2001.

23. **Não se questiona a vinculação às regras ao edital, tampouco a isonomia a ser observada no trato aos licitantes, mas o que nos parece mais razoável e coerente é o atendimento da razão última da licitação, que é proporcionar a ampla concorrência e garantir a vantajosidade à Administração.**

24. Se a empresa recorrente, ainda que percorrendo um caminho um tanto diverso do estipulado no edital, chegou ao destino pretendido, não entendemos existir motivo para inabilitá-la e eliminar, talvez, a melhor oferta para o Instituto, reduzindo a amplitude da concorrência. A forma não deve se sobrepor ao conteúdo.

25. Analogicamente, seria o caso de aplicarmos o princípio da instrumentalidade das formas.

26. Assim é que, atendo-se apenas à análise suscitada pela Comissão de Licitação entende-se que o mais razoável no caso é não inabilitar a empresa recorrente, e nem as demais empresas inabilitadas, **se esse foi o único motivo da inabilitação**, em homenagem à razão última da licitação que é a mais ampla concorrência possível, para assim obter o melhor preço para a Administração.

27. **Frise-se que, a aplicação da norma posta na exigência de manifestação sobre os itens contidos na Declaração do Anexo V ao Edital deve visar sua finalidade mais do que a formalidade excessiva, uma vez que, como já dito, o que se busca com a documentação cobrada é garantir que a proposta das empresas esteja em consonância com o previsto no próprio Termo de Referência.**

CONCLUSÃO

28. Ante o exposto, opina-se pela **reforma da decisão de inabilitação** da empresa DILCREIA MARTINS FAGUNDES DO NASCIMENTO-EPPA, **bem como de eventual inabilitação de outras concorrentes ocorrida com base em idêntico fundamento**, com o conseqüente prosseguimento das demais etapas da licitação.

29. Saliente-se, que a orientação promovida por este Órgão Consultivo é quanto ao controle de legalidade da Administração, não implicando, necessariamente, a deliberação, que é prerrogativa do gestor.

À consideração da chefia da entidade consulente.

Brasília, 04 de março de 2020.

Adalberto do Rêgo Maciel Neto
Procurador Federal

Cynthia Regina de Lima Passos
Procuradora Federal

Danilo Eduardo Vieira de Oliveira
Procurador Federal

George Macedo Pereira
Procurador Federal

Gerson Leite Ribeiro Filho
Procurador Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Juliana Fernandes Chacpe
Procuradora Federal

Karina Bacciotti Carvalho Bittencourt
Procuradora Federal

Maristela Silva Menezes Plessim
Procuradora Federal

Marina Define Otávio
Procuradora Federal

Patricia Ruy Vieira
Procuradora Federal

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23282004302201951 e da chave de acesso 26d754d4

Documento assinado eletronicamente por CYNTHIA REGINA DE LIMA PASSOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 388764222 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): CYNTHIA REGINA DE LIMA PASSOS. Data e Hora: 05-03-2020 11:38. Número de Série: 48340876893851870627040741245. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
