



PARECER JURÍDICO

De: ASSESSORIA JURÍDICA

Para: GABINETE DO PREFEITO

Assunto: RECURSO ADMINISTRATIVO. TOMADA DE PREÇOS 03/2023. ANÁLISE

Vem a minha análise o protocolo autuado sob nº 581/2023, que tem por objeto recurso administrativo do julgamento da fase de propostas da Tomada de Preços 03/2023, no qual a empresa CONSTRUTORA NELDA LTDA. insurge-se a sua desclassificação, por descumprimento das exigências contidas no item 4.1, 4.2 alíneas “a”, “d” e “g”.

Aduz em síntese que a irregularidade constatada na proposta apresentada, qual seja, inexistência de previsão para o item 7.3 da Planilha Orçamentária, elemento imprescindível para a execução da obra, decorre por erro no momento da elaboração, haja vista que foi aproveitada a mesma planilha de processo licitatório anterior, revogado pelo Município.

Anexa nova planilha de preços, bem como, declaração de responsabilização pela perfeita execução da obra, exigido pela alínea “g” do item 4.2.

Nenhuma empresa apresentou contrarrazões.

O recurso é tempestivo pelo qual deve ser conhecido.

É o sucinto relato.

Ab initio, tratando-se de licitação pública, o certame deve atentar aos termos do Edital, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que decorre dos princípios da isonomia e da impessoalidade, descrito no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, *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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Destarte, em razão do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que decorre dos princípios da isonomia e da impessoalidade, dos quais o Poder Público está obrigado, salvo melhor juízo, a desclassificação da recorrente deu-se de forma regular, porquanto deixou de preencher requisito imposto pela administração pública municipal no edital, compatível com a Lei de Licitações.

Nesse sentido:



AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. VARRIÇÃO MANUAL. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. 1. Na hipótese contida nos autos, o Município de Canoas, por meio do edital n. 50/2018, concorrência pública n. 5/2018, lançou licitação tendo como objeto a prestação de serviços de capina e roçada, pintura de meio-fio e varrição manual de vias e logradouros públicos para atender a demandas do ente municipal, com regime de empreitada por preços unitários e com critério de julgamento do tipo menor preço global. 2. Para fins de capacitação técnica operacional, constou exigência no item 6.4.4 do edital, no sentido de ser indispensável que a licitante possua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto licitado, restando estabelecida a quantidade mensal mínima de 250km de pintura de meio-fio, 325km de capina e/ou roçada e 2.500km de varrição de ruas. 3. Se a licitante deve apresentar capacitação técnica operacional (aptidão) de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto licitado, e sendo o objeto licitado, claramente, a varrição manual de vias e logradouros, a inabilitação da impetrante não pode ser tida como equivocada. Não há como se admitir na contagem, como deseja a empresa, a metragem de varrição feita de modo mecanizado, visto que o objeto da licitação é diverso, cuida-se de varrição manual. Entender de modo diverso caracterizaria verdadeira lesão ao princípio da vinculação ao edital, previsto no art. 41 da Lei n. 8.666/93. 4. Ademais, o pleito encontra óbice na regra do nemo potest venire contra factum proprium. A licitante deixou de impugnar o edital enquanto possível (art. 41, §§ 1º e 2º da Lei n. 8.666/93). Ainda, expressamente aceitou as condições impostas pela Administração Pública. Somente insurgiu-se contra a determinação do item 6.4.4 do edital porque deixou de apresentar a documentação exigida. Tivesse apresentado, não reputaria ilegal a exigência. Gize-se, a irresignação é contra o edital. A eliminação da licitante encontra respaldo no descumprimento de exigência do edital, motivo por que não pode ser tida, per si, como ilegal. A desclassificação da proponente é apenas efeito da não apresentação do documento previsto no edital. Revogação da decisão atacada. **POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, VENCIDO O RELATOR.** (Agravo de Instrumento N° 70078667425, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Redator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 14/11/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. 1. É cediço que o edital do certame licitatório vincula as partes e deve ser rigorosamente observado. 2. Hipótese em que, ao apresentar documento, sem detalhar os valores unitários correspondentes à mão de obra e ao material, o apelante descumpriu a previsão contida no ato convocatório e ofendeu o princípio da vinculação ao edital, previsto no art. 3º da Lei n° 8.666/93, ensejando, desse modo, a sua desclassificação do certame. **RECURSO DESPROVIDO.**



(Apelação Cível Nº 70078619111, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 26/09/2018)

Nesta senda, tem-se por imperiosa observância dos princípios que regem o processo licitatório, em especial o da vinculação ao edital e da legalidade.

Ora, o Edital vincula todos os licitantes. É a lei da licitação no caso concreto, não sendo facultado à Administração usar de discricionariedade para desconsiderar determinada exigência do instrumento convocatório. O descumprimento das cláusulas constantes no mesmo implica inabilitação ou desclassificação da licitante, pois, do contrário, estar-se-iam afrontando os princípios norteadores da licitação, expressos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, supra citado.

Como bem afirma MARÇAL JUSTEN FILHO (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª ed., p. 64), *“a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.”*

Também o art. 41 da Lei nº 8.666/93 dispõe que *“a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual está estritamente vinculada”*.

J. CRETELLA JÚNIOR (*in* Das Licitações Públicas, 17ª ed., p.142) leciona que *“o edital vincula a Administração e o administrado. Desse modo, a Administração tem de seguir à risca o estabelecido no edital (“suporta as regras que editaste”), o que significa que o poder público não pode alterar “as regras do jogo” durante as sucessivas fases do procedimento prévio seletivo: a) exigindo, por exemplo, o preenchimento de requisitos outros, além dos fixados; b) alterando o critério para julgamento das propostas; c) adjudicando o contrato a colocados abaixo do primeiro classificado”*.

Nesse sentido, as seguintes decisões do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EDITAL. REQUISITOS. DESCUMPRIMENTO. INABILITAÇÃO.

1. Os requisitos estabelecidos no edital de licitação, 'lei interna da concorrência', devem ser cumpridos fielmente, sob pena de inabilitação do concorrente.

2. Recurso especial improvido.”

(REsp nº 253.008/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 17/09/2002, publicado no DJ de 11/11/2002)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LICITAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA EDITALÍCIA - MANDADO DE



SEGURANÇA - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DANO IRREPARÁVEL.

I - Na licitação, impõe-se a desclassificação de proponente que, ao apresentar oferta, descumpra cláusula editalícia, não agindo assim a Administração, em desconformidade com o direito, quando o alija do certame.

II - Inexistindo direito líquido e certo e dano irreparável, cassa-se a liminar e denega-se a segurança."

(MS nº 4222/DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 30/11/95, publicado no DJ de 18/12/95)

Sobre o tema, leciona Hely Lopes Meirelles: "Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público." (in Direito Administrativo Brasileiro, pág. 171, 34ª edição, Ed. Malheiros).

Conforme o art. 3º da Lei nº 8.666/93, entre os princípios básicos que regem a administração, está o da *vinculação ao edital ou convite*. O edital, como é sabido, é a lei interna da licitação, e as regras nele estabelecidas devem permanecer inalteradas até seu final.

A regra dirige-se à Administração, nos termos do artigo 41 da Lei de Licitações, segundo o qual lhe é vedado descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Direciona-se também aos licitantes, conforme art. 48, inc. II da mesma lei, o qual refere que a proposta será desclassificada quando em desconformidade com o edital.

Assim, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório submete ambas as partes à rigorosa observância dos termos e condições do edital ou convite.

Este princípio, além de atuar como elemento de garantia ao administrador e administrados, evita alteração de critérios de julgamento e, por via de consequência, impede que haja violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Era, portanto, de rigor seu cumprimento por todos os licitantes na elaboração de suas propostas, nos termos do art. 41 da Lei de Licitações, a cujo teor "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

A esse propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada? (Lei n. 8.666/93, art. 41).

In casu, a recorrente deixou de atender a requisito previsto no edital, em clara ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 2º da Lei de Licitações)" (RMS 15.190/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 222).



A regra refere-se à necessidade de a Administração proceder à decomposição dos custos que incidem sobre a execução do objeto a ser contratado, o que ocorre com o preenchimento adequado da planilha de preços e custos unitários.

Com assento constitucional e na Lei de Licitações Públicas, o princípio da isonomia constitui valor estruturante do procedimento licitatório. A bem da verdade, a igualdade afigura-se como elemento de existência da licitação.

Vale dizer, não há que se falar em licitação sem falar em isonomia deferida pela Administração aos licitantes. A igualdade de condições de participação nas licitações públicas e a vedação de tratamento discriminatório aos licitantes são vetores do princípio da isonomia.

Nesse diapasão, o professor Lucas Rocha Furtado ao estudar o princípio da isonomia, então compreendido pelo princípio da impessoalidade, ensina que:

“A partir dessa perspectiva, o princípio da impessoalidade requer que a lei e a Administração Pública confirmem aos licitantes tratamentos isonômicos, vale dizer, não discriminatório. Todos são iguais perante a lei e o Estado. Este é o preceito que se extrai da impessoalidade quando examinado sob a ótica da isonomia. A isonomia, ou o dever que a Constituição impõe à Administração Pública de conferir tratamento não diferenciado entre os particulares, é que justifica a adoção de procedimentos como o concurso público para provimento de cargos ou empregos públicos ou a licitação para a contratação de obras, serviços, fornecimentos ou alienações. Esta é a razão pela qual a própria Lei nº 8.666/93 indica a isonomia como um dos princípios balizares em procedimentos licitatórios.”

A partir de regras bem postas se afastam subjetivismos e interpretações tendenciosas do Gestor Público.

De igual modo, essas regras permitem aos licitantes a apresentação de propostas completas, expurgadas de erros.

Com isso, dessume-se outro valor importante ao cumprimento do PRINCÍPIO DA ISONOMIA, QUE É O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.

Em razão deste princípio, os atores do procedimento licitatório, Administração Pública e particulares, estão inexoravelmente submetidos às regras contidas no Edital. Tal postulado contribui para a concessão de tratamento igualitário aos licitantes, porquanto é no instrumento convocatório que estão contidas as regras estabelecidas. E, conforme visto, estas são indispensáveis para se garantir a isonomia aos particulares.

É nesse sentido o ensinamento da administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in verbis*:

“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.” (Direito Administrativo, p. 381).(grifo nosso)

Outro importante vetor de promoção da isonomia na licitação pública, que também decorre do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é o princípio do julgamento objetivo.

As regras previamente postas devem ser autoaplicáveis, dispensando a emissão de juízos de valores do Gestor Público ou relatórios de equipes técnicas. Em outras palavras, o regulamento da licitação deve carrear em si regras de pronto entendimento, clarividentes por si só.

Assim, a tarefa da Administração Pública no trato com o particular frente a uma licitação deve ser a de tão somente fazer valer as regras do edital, sem a necessidade de se proceder a esforço exegético desmedido ou diligências não admitidas nas normas de regência. Para a doutrina abalizada de Diogenes Gasparini[3], a conduta da Administração deve ser a de simples comparação entre as propostas das licitantes, com base em critérios objetivos fixados no edital e nos estritos termos das propostas.

Veja-se na dicção do autor:

“Impõe-se que o julgamento das propostas se faça com base no critério indicado no ato convocatório e nos termos especificados das propostas. Por esse princípio, obriga-se a administração Pública a se ater ao critério fixado no ato de convocação e se evita subjetivismo no julgamento das propostas. Os interessados na licitação devem saber como serão julgadas as propostas. Logo, os critérios devem estar claramente estipulados no instrumento convocatório, sob pena de nulidade, conforme decisão, ainda oportuna, do extinto TFR (RDA,157:178).

Isso, no entanto, não é tudo. De fato, os critérios de julgamento devem ser objetivos, como são o preço, o desconto, os prazos de entrega, de execução e de carência.

O princípio do julgamento objetivo, previsto no art. 3º do Estatuto federal Licitatório, está substancialmente reafirmado nos arts. 44 e 45. [...] é critério objetivo aquele que não exige qualquer justificativa ou arrazoado de espécie alguma do julgador para indicar a proposta vencedora [...]”. (Direito Administrativo, p. 490/491).

Destarte, as formas do processo administrativo licitatório estabelecidas na Lei nº 8.666/93 devem ser observadas para garantia da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao edital. Como se vê, o resguardo da isonomia no processo licitatório, e, por decorrência, dos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo, inibe a ilegalidade e põe a salvaguarda a probidade e moralidade administrativa.

Os princípios e regras que regem o processo administrativo licitatório impelem à autoridade condutora do certame o dever de atuação isonômica, adstrita às regras do ato convocatório e extirpada de subjetivismos.



Município de Marques de Souza

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Rua Getúlio Vargas, 796 - Marques de Souza - RS - CEP 95923-000 - CNPJ 01.607.619/0001-21
www.marquesdesouza.rs.gov.br - Fone/fax (51) 3705 1122 - contato@marquesdesouza.rs.gov.br



A pretensão da recorrente, sem sombra de dúvida fere o **princípio da isonomia**, imprescindível em um processo licitatório, razão pela qual mostra-se totalmente improcedente o recurso interposto, devendo ser mantida a decisão que julgou desclassificada a empresa recorrente, por cristalino desatendimento no disposto no item 4.10 do edital.

ISTO POSTO, OPINA-SE pelo improvimento do recurso na forma da fundamentação supra.

À autoridade superior para julgamento.

Marques de Souza, 15 de maio de 2023.


ALINE LUIZA KRUGER
OAB/RS 66.190