



Parecer Jurídico n. 001/2018/ ASS.JUR.

Processo Licitatório n. 103/2018

Pregão Presencial n. 78/2018

Interessado(a): COOPER CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. – Recorrente;
GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS – Interessada.

Origem: Setor de Licitações. Presidente da Comissão Permanente de Licitações.

1. DO RELATÓRIO:

Trata-se de pedido de Parecer Jurídico, oriundo do Setor de Licitações, por meio do Presidente da Comissão Permanente de Licitações, que tem por objeto recurso interposto pela empresa COOPER CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA., no Processo Licitatório n. 103/2018, Pregão Presencial n. 78/2018, que tem por objeto a *“contratação de empresa especializada no ramo de administração, gerenciamento e fornecimento de auxílio alimentação, instituído pela Lei Municipal nº 090/2014, aos servidores do Município de Água Doce, por meio de cartão magnético, para aquisição de alimentação em estabelecimentos comerciais cadastrados (mercados, panificadoras)”* do Edital.

A manifestação da intenção recursal se deu de forma tempestiva, conforme consta da Ata de Reunião de Julgamento de Proposta n. 086/2018.

Razões de recurso apresentadas no prazo deferido, a Recorrente alega, em síntese, que a decisão do Pregoeiro, em sessão pública, desrespeitou a ordem estabelecida pela Lei n. 8.666/1993, art. 3º, §2º, inciso V.

Requeru, em decorrência do esposado, a reconhecimento da preferência de contratação, e por consequência, a nulidade do sorteio que determinou vencedora a empresa GREEN CARD, para o fim de, após ver-se declarada habilitada, consagrar-se vencedora do certame.

GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS, na condição de interessada, apresentou Contrarrazões ao Recurso Administrativo interposto, aduzindo, em síntese, que a decisão da Pregoeira é irretocável. Invoca em favor do arguido o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nenhum documento novo foi acostado aos Autos, por qualquer das partes ou em sede de diligências.



Vieram, então, os Autos para Parecer Jurídico.

Sendo a síntese do essencial, passa-se ao mérito.

2. DO MÉRITO:

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 da República determina que a Administração Pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*). Explicita ainda a Carta Magna 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 a 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



Estado de Santa Catarina
Município de Água Doce

Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416) (Grifos nossos).

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 n. 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).

Assim, é necessária a fiel observância de diversos princípios, dentre eles o do da vinculação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Tal princípio possui, portanto, extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas.

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 n. 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.**

[...]

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou





Estado de Santa Catarina
Município de Água Doce

concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

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; (Grifos acrescidos).

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 Pietro:

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.**

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



(PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 299.). (Grifos nossos).

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

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

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 Marinela, 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**





Estado de Santa Catarina
Município de Água Doce

nem mais nem menos do que está previsto nele. Por essa razão, é que a doutrina diz que **o edital é lei interna da licitação, ficando a ele estritamente vinculada, conforme previsto no art. 41 da lei.** (MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 264). (Grifos acrescentados).

No mesmo sentido, ensinam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

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

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.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por exemplo: RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, e nesse sentido decidiu:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. **Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital.** Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital. **Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a**



solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes. (Grifos Nossos)

O TRF1, a exemplo dos demais TRF's 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”.

Por fim, para além dos tribunais judiciais, mister trazer à baila a posição do TCU sobre a matéria aqui questionada. Há centenas de acórdãos do TCU que tratam da vinculação ao Edital, com orientação alinhada à decisão do Pregoeiro, e que podem ser sintetizadas na recomendação apresentada pelo TCU no Acórdão n. 483/2005: *“Observe com rigor os princípios básicos que norteiam a realização dos procedimentos licitatórios, especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, previstos nos artigos 3º, 41, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993”*.

Desse modo, 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 congêneres.

Pois bem, *in casu*, a celeuma reside na aplicação constante do item 7.7 do Edital ou do art. 3º, §2º, inciso V da Lei n. 8.666/1993, transcritos, respectivamente:

7.7 Em caso de empate, será realizado sorteio para definição do vencedor.

Art. 3º.





[...] § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

[...]

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Diante do empate das propostas dos licitantes, o Pregoeiro aplicou o item 7.7 do Edital mencionado em epígrafe, e decidiu pela realização do sorteio para definir o vencedor. Tal decisão deve ser mantida, em observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da legalidade, isso porque: o edital é lei que regula a atuação da Administração Pública quanto aos licitantes. Estando estritamente vinculada ao teor do Edital; a Recorrente deveria, no período oportuno, ter impugnado os termos do Edital, conforme prevê o item 8.1 do Edital "*Qualquer cidadão poderá, no prazo de até 05 (cinco) dias úteis e qualquer licitante, no prazo de 02 (dois) dias úteis, da data fixada para a realização da Sessão Pública impugnar o Edital do Pregão, conforme previsto no art. 41 da Lei 8.666/93.*" Expirado o prazo de impugnação, decaiu o direito do Recorrente de impugná-lo e, outrossim, aceitar documentação para suprir determinado requisito de lei, que não foi a solicitada no Edital, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que fere o princípio da igualdade entre os licitantes.

3. CONCLUSÃO:

Ex positis, opina-se pelo conhecimento e improvemento do recurso interposto, para o fim manter-se incólume a decisão tomada pelo Pregoeiro, mantendo-se, portanto, a classificação da empresa GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS, em função da aplicação da exigência insculpida no item 7.7 do Edital, uma vez que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao Edital, sendo vedada à Administração o descumprimento das normas contidas nele. E, aceitar documentação para suprir determinado requisito de Lei, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da legalidade; dando-se prosseguimento ao procedimento licitatório em seus ulteriores termos.

S.m.j., é o parecer.

Água Doce/SC, 05 de novembro de 2018.



Estado de Santa Catarina
Município de Água Doce

Marlize Kandler Bittencourt
MARLIZE KANDLER BITTENCOURT
Assessora Jurídica
OAB/SC N. 28.339