PARECER 42/2021 – ASSESSORIA JURÍDICA

Assunto: Trata-se de parecer jurídico acerca de consulta formulada pelo Pregoeiro, Sr. Artur Felipe Metzer, relativa ao Recurso Administrativo interposto pela empresa **HILEON CESAR SUCATELLI ME**, em decorrência da sua desclassificação na Licitação Pregão Presencial nº 28/2021, cujo objeto é REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE PROTEÇÃO E SEGURANÇA, DEVIDO A PANDEMIA DO COVID-19 PARA ATENDER AS NECESSIDADES DAS SECRETARIAS MUNICIPAIS E DOS CENTROS DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE AGROLÂNDIA.

É o breve relatório

A empresa recorrente interpôs recurso em razão da sua desclassificação, segunda ela, porque "a mesma não POSSUIA AFE de sua empresa anexada na proposta de preços".

Acrescentou que "ao verificar a documentação enviada ao Licitante, foi constatado que o respectivo documento estava anexo no envelope de HABILITAÇÃO, ou seja, a Impetrante possui todos os documentos necessários para a participação do processo licitatório".

Afirmou ainda que " por se tratar de erro meramente formal e possível de ser sanado no ato é totalmente descabida a desclassificação da Impetrante".

Suscitou ainda a regra prevista no artigo 43, §3º da Lei nº 8.666-93, no sentido de que deveria ter havido diligência, pois trata-se de erro de fácil reparação.

Requereu, por fim, a sua habilitação, "fazendo com que seja refeito o processo licitatório por se tratar de pregão de melhor proposta de preços para que não haja prejuízos ao órgão licitante".

Emito o seguinte parecer:

Inicialmente, é importante mencionar que o recurso administrativo foi interposto dentro do prazo legal – 3 (três) dias úteis -, nos termos do artigo 4º, XVIII da Lei 10.520/02, uma vez que o termo inicial de contagem do prazo se deu em data de 26/05/2021 - data da sessão do Pregão Presencial -, sendo apresentadas as razões de recurso no mesmo dia, portanto, tempestivamente.

Quanto ao mérito, de antemão manifesto-me opinativamente pelo seu indeferimento.

Primeiro porque, a regra do edital relativa a apresentação da Autorização de Funcionamento da Empresa (AFE), contida no item 4, alínea "f" é clara ao dispor que referido documento deve ser apresentado juntamente com a "Proposta Comercial", senão vejamos:

Item 4 – Proposta Comercial

f) Apresentar a **AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA (AFE), PERANTE A ANVISA - AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, conforme exigido pela Resolução RDC n° 16/2014;**

A recorrente reconhecidamente não apresentou o documento conforme determina o Edital, aliás, na referida proposta comercial não há sequer menção de que a empresa recorrente tenha o registro de Autorização de Funcionamento (AFE) perante a Anvisa.

Segundo porque, reportando a ata da sessão da licitação, não consta nenhuma insurgência por parte da empresa recorrente no momento de sua desclassificação, seja noticiando possuir (AFE) ou ainda que referido documento foi equivocadamente depositado no envelope de habilitação, trazendo tal argumento tão somente em suas razões recursais.

Terceiro porque, a ausência de juntada de documentos conforme exigido no edital é motivo de desclassificação. Não se trata de descumprimento de mera formalidade, mas sim de uma **regra legal e editalícia**, de modo que diante do caráter vinculativo do processo licitatório, não há como classificar a empresa recorrente.

Neste norte, dispõe o artigo 41 da Lei 8.666/93:

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

A contratação a ser realizada pelo ente municipal vincula-se aos termos definidos no Edital nº 28/2021, em obediência ao princípio da vinculação ao instrumento vinculatório, como assevera o art. 3º, da Lei nº 8666/93 aqui usada subsidiariamente, nos termos do art. 9º, da Lei nº 10520/02:

> **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, 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.**

Neste sentido, define o renomado autor Marçal Justen Filho, em sua obra COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

> **Ao submeter à administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666/93 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital.**

No que se refere a alegação de que o Sr. Pregoeiro poderia diligenciar, diante da arguida troca de envelopes, entendo que a análise de tal fato resta prejudicada ante a completa ausência de registro em ata da ocorrência de tal fato.

Sobre a questão, assim prevê o § 3º do art. 43 da Lei nº 8666/93:

> **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. (grifo nosso)**

Ademais, quanto a juntada posterior de documentos, assim leciona JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR.

> **A Comissão ou autoridade está proibida de deferir ou ordenar a diligência se esta tiver por objeto a inclusão de documento ou informação que deveria haver acompanhado a proposta (também a documentação). A vedação guarda simetria com os arts. 396 e 397 do Código de Processo Civil, dos quais resulta que a petição inicial deve ir instruída com os documentos destinados a provar as alegações do autor, sendo-lhe vedado trazê-los posteriormente, a menos que comprove que deles não dispunha ou se referirem a fatos ocorridos depois dos articulados na peça vestibular.** PEREIRA JUNIOR, José Torres. Comentários á Lei das licitações e Contratações da Administração. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar,2003, p.467.

Entende-se que o artigo 43, parágrafo 3º da lei nº 8.666-93 veda a inclusão posterior de documento que deveria constar no momento da abertura dos invólucros, como é o caso, podendo apenas haver eventual juntada para complementação das informações já existentes.

Esse é entendimento de Ivo de Oliveira Ferreira:

> **(...) documento novo, no processo licitatório, a nosso ver, será apenas aquele destinado a fazer prova de fato ocorrido após a apresentação da proposta, pelo licitante, ou seja, relativo a fato novo, isto é, fato posterior ou superveniente à entrega da documentação ou da proposta. Ou o que prestar à contraprova de fato ocorrido supervenientemente à proposta. Ou, então, aquele destinado a complementar a instrução do processo – apenas nessas três hipóteses. "** FERREIRA, Ivo de Oliveira. Diligência nas Licitações. Curitiba: JM Editora. p. 87.

Marçal Justen Filho assim se manifestou quanto à formalidade nas licitações:

> **"Do ponto de vista formal, deve-se verificar se a proposta atendeu ao modelo devido. Ou seja, examina-se se contém aquilo que é obrigatório e se omitiu aquilo que é permitido, adotando a forma adequada. O exame formal deve ser formulado à luz do princípio fundamental de que a norma não é um fim em si mesmo. Mas isso não autoriza ignorar a ofensa a requisitos formais relevantes previstos no ato convocatório".** (In Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos, Aide, 4ª Ed., p. 310)

Diante dos fatos e fundamentos acima expostos, manifesto-me opinativamente pelo recebimento das razões recursais, eis que tempestivas. No mérito, manifesto-me opinativamente pelo INDEFERIMENTO do recurso, para manter desclassificada a empresa **HILEON CESAR SUCATELLI ME.**

SJM, este é o parecer.

Agrolândia/SC, 22 de junho de 2021.

