



PARECER ASSJUR/DG N.º 088/2018

Expediente n.º 002774-30.00/17-1

Objeto: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. LICITAÇÕES. MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÕES. MOBILIÁRIO. AMOSTRA DO PRODUTO. FASE CONTRATUAL. CABIMENTO. ATOS PROCEDIMENTAIS. ANULAÇÃO PARCIAL. ART. 49 DA LEI N.º 8.666/93. POSSIBILIDADE.

Vistos.

Trata-se de Expediente Administrativo, distribuído sob o n.º 002774-30.00/17-1, cujo objeto, por ora, reside no exame de legalidade dos procedimentos realizados por ocasião do Pregão Eletrônico n.º 08/2018, notadamente aqueles posteriores à homologação do certame.

Assim, para sucintamente elucidar a questão, alguns atos demandam destaque:

O Termo de Referência (fls. 73-75) reservou à Administração o direito de solicitar, antes da entrega, uma amostra do bem adquirido, a fim de verificar o atendimento às especificações técnicas expressas no edital.

A empresa **Luís César Reis EPP** sagrou-se vencedora do referido pregão, que restou homologado pela Autoridade Competente em 20/03/18 (fl. 155). Nos termos previstos no ato convocatório, foi enviado ao fornecedor, em 18/04/18, um pedido de amostra das cadeiras adquiridas (fl.172), a qual, entretanto, acabou reprovada em 27/04/18 (fl. 175).

Tal fato ensejou a revogação da homologação em 07/05/18 (fl. 178) e, por conseguinte, a reabertura da sessão em 10/05/18 (fls. 221v e 222). Nesta, a empresa KM Distribuidora de Produtos de Informática Ltda., segunda colocada, foi desclassificada, pois apresentou produto em cor diversa da exigência editalícia. Passou-se, então, à análise da proposta da terceira





classificada, **Alci N. Becker & Cia Ltda.**, à qual o objeto foi adjudicado em 24/05/18 (fl. 222).

Ocorre que, após o Parecer n.º 008/2018 (fls. 228-229v), a Assessoria de Controle Interno apontou irregularidades no curso do certame (fls. 230-231), propondo as seguintes medidas saneadoras: (I) notificação da empresa **Luís César Reis EPP** (1ª colocada) quanto à possibilidade de multa; (II) estorno do empenho acaso inviável o fornecimento das cadeiras; (III) publicação do ato de revogação da homologação e (IV) solicitação de amostra da **Alci N. Becker & Cia Ltda.** (3ª colocada).

Ato contínuo, realizada a Comunicação de Irregularidade (fls. 235-235v), a **Luís César Reis EPP** (1ª colocada) comprometeu-se de entregar as cadeiras de acordo com as especificações técnicas previstas no ato convocatório (fls. 248-248v e 253). Não obstante, tal empresa não figura mais como adjudicatária junto ao Sistema de Compras do Bannrisul, tendo em vista a revogação da primeira adjudicação (fls. 178-178v e 222).

Logo, é esta a situação a ser enfrentada: a **Luís César Reis EPP** (1ª colocada) teve sua adjudicação revogada, mas posteriormente restou notificada para, sob pena de sanção, entregar os bens, o que de fato o fez em 22/08/18 (fls. 257-258). Por outro lado, a **Alci N. Becker & Cia. Ltda.** (3ª colocada) é a atual adjudicatária segundo o Sistema de Compras, detendo, conseqüentemente, direito subjetivo à contratação acaso realizada.

É nesse contexto, portanto, que o presente estudo propõe-se a solucionar a questão, levando-se em consideração as disposições legais e editalícias, assim como os interesses de todos os envolvidos.

É o sucinto relatório.

I – Do Pedido de Amostra dos Produtos Adquiridos – Art. 43, inciso IV c/c § 3º, da Lei n.º 8.666/93

A solicitação de amostras dos produtos licitados não está diretamente prevista na Lei n.º 8.666/93, na Lei n.º 10.520/02 e na Lei Estadual n.º





260
D

13.191/09. Todavia, o instituto encontra fundamento legal no art. 43, inciso IV c/c § 3º, da Estatuto Licitatório, *in verbis*:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...)

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; (...)

§ 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.

A doutrina de Joel de Menezes Niebuhr respalda a utilização de amostras, cujo objetivo principal é assegurar a qualidade dos bens adquiridos:

(...) à Administração é permitido também exigir dos licitantes, já previamente no próprio instrumento convocatório, a apresentação de amostras dos seus produtos, para que ela tenha condições de avaliar se eles realmente atendem ou não às especificações delineadas no instrumento convocatório.

(...) ainda que se trate de bem e serviço efetivamente comum, a análise de amostras pode revelar-se medida útil para o desenvolvimento das atividades administrativas e para o controle da qualidade e da adequação do objeto licitado com as demandas pertinentes ao interesse público¹.

E o magistério de Marçal Justen Filho faz coro nesse sentido:

A preocupação com a qualidade mínima da prestação a ser executada ao longo do contrato tem sido constante por parte da Administração. Justamente por isso, começaram a se difundir práticas diversas, destinadas a evitar que o risco de o julgamento fundado no menor preço conduza à aquisição de prestações inadequadas. (...)

A temática das amostras adquiriu grande importância a partir da difusão da utilização do pregão. A intensa competitividade dessa

1 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo / Joel de Menezes Niebuhr – 3. ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte : Fórum, 2013. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr). p. 478.





DEFENSORIA PÚBLICA
ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

modalidade licitatória ampliou as dificuldades quanto à determinação do preenchimento dos requisitos mínimos atinentes à qualidade exigida no ato convocatório².

À vista disso, percebe-se que a disposição do item 4.2³ (fl. 74) do Termo de Referência objetiva primordialmente garantir a qualidade da contratação decorrente do Pregão Eletrônico n.º 08/2018.

Sucedo que, quando do exame dos procedimentos adotados durante o certame, a Assessoria de Controle Interno entendeu por irregular a conduta da fiscalização, que, ao não aprovar a amostra, devolveu o expediente à Unidade de Compras para providências. Considerando a disposição editalícia para apresentação das amostras em momento posterior à homologação, sustentou que a não compatibilidade da amostra enviada pela **Luís César Reis EPP** (1ª colocada) ensejaria sua notificação para cumprimento do acordado, sob pena das sanções previstas no ato convocatório, e não sua desclassificação.

E a razão assiste à Assessoria de Controle Interno.

À Administração é permitido solicitar amostras tanto no curso da disputa quanto após a celebração do ajuste, de acordo com o que constar do edital. Mister observar, todavia, que os efeitos decorrentes da reprovação são diferentes. A respeito das funções jurídicas atribuídas às amostras, são oportunos os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

A amostra pode desempenhar uma dentre duas funções. Ou a amostra se destina a permitir a identificação da proposta formulada ou se trata de um instrumento de análise da prestação executada pelo particular. Assim, a amostra exigida durante a licitação cumpre a primeira função. Diversamente se passa quando se avalia uma amostra em momento posterior à formalização do contrato.

A diferença se reflete nos próprios efeitos da reprovação da amostra. A amostra reprovada durante a licitação acarreta a desclassificação da proposta. Já a reprovação da amostra na vigência do contrato impõe o

2 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos / Marçal Justen Filho – 15ª ed. - São Paulo : Dialética, 2012. p. 619-620.

3 4.2. Antes do fornecimento do objeto, a área técnica se reserva o direito de solicitar amostra(s) do(s) produto(s) ofertado pelo vencedor e/ou solicitar visita do fornecedor para apresentação do produto, normalmente em quantidade de uma por item (quando necessário), a fim de verificar o atendimento à especificação e qualidade

Direção-Geral

Assessoria Jurídica

Rua Sete de Setembro, nº 666, 4º andar.

Porto Alegre – RS

Cep. 90.010-190 – Tel.: (51) 3210.9351





261

sancionamento ao contratado por inadimplemento a suas obrigações (respeitado o devido processo legal, como é evidente). (...)

A amostra pode ser reputada como uma manifestação concreta da proposta formulada. Nesse caso, a Administração examinará a amostra por ocasião da licitação, tomando-a como parte integrante da proposta. A reprovação da amostra equivalerá à desclassificação da proposta. (...)

Mas a amostra também pode ser exigida do contratante para avaliação da compatibilidade da prestação executada com as condições previstas contratualmente. A reprovação da amostra equivalerá, então, ao reconhecimento do inadimplemento do contratado, a ele se impondo o sancionamento adequado. (...)

Nada impede que a Administração exija tanto amostras na fase das propostas como na etapa de execução do contrato. Mas é relevante tomar em vista as diferenças entre ambas as situações⁴.

Do excerto acima, depreende-se que, ao determinar a apresentação das amostras em momento posterior à homologação, o Termo de Referência objetiva o cotejo entre as cadeiras fornecidas pela empresa **Luís César Reis EPP** (1ª colocada) e as exigências editalícias. A reprovação da amostra, conseqüentemente, implica sancionamento da contratada, porquanto verificada já na fase contratual.

Não obstante, esse não foi o procedimento adotado pela fiscalização, que encaminhou o expediente para a Unidade de Compras para providências (fl. 176v), desencadeando, pois, a revogação da adjudicação e da homologação.

A situação, inegavelmente, demanda reparo.

II – Da Revogação e da Anulação dos Atos Administrativos – Art. 49 da Lei n.º 8.666/93

Os atos administrativos são passíveis de revogação ou anulação, a depender da situação. A primeira, visando ao interesse público, alicerça-se fundamentalmente na conveniência e oportunidade do ato, ao passo que a segunda apoia-se na eventual ilegalidade deste. Tal possibilidade tem respaldo na Lei n.º 8.666/93:

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico / Marçal Justen Filho – 6ª ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal n.º 10.520/2002 e os Decretos Federais n.ºs 3.555/00 e 5.450/05 - São Paulo : Dialética, 2013. p. 134-135.

Direção-Geral

Assessoria Jurídica

Rua Sete de Setembro, nº 666, 4º andar.

Porto Alegre – RS

Cep. 90.010-190 – Tel.: (51) 3210.9351





Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Sobre o tema, citam-se as lições de Sidney Bittencourt:

A princípio, qualquer ato administrativo pode ser revogado ou anulado. A revogação é utilizável quando a autoridade da Administração, exercitando sua competência administrativa, conclui de que certo ato não atendeu ao interesse público, pelo que resolve dar a ele um fim.

A revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando os efeitos precedentes.

A anulação, diferentemente da revogação, não está alicerçada no interesse público, mas no vício, na ilegalidade⁵.

A Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal trilha o mesmo caminho:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

No presente caso, o Termo de Referência (fls. 73-75), Anexo I do Edital (fls. 57-72), assentou que as amostras restariam analisadas já na fase contratual, de maneira que, como visto, sua reprovação importa sancionamento. Apesar disso, a fiscalização devolveu o expediente para a

⁵ BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo : comentando todos os artigos da Lei n.º 8.666/93 totalmente atualizada : levando também em consideração a Lei Complementar n.º 123/06, que estabelece tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas / Sidney Bittencourt – 7ª edição revista, ampliada e atualizada. Apresentação Ivan Barbosa Rigolin ; Prefácio Francisco Mauro Dias. - Belo Horizonte : Fórum, 2014. p. 506.





26
J

Unidade de Compras, quedando-se inerte quanto à notificação e às demais cominações administrativas cabíveis.

Como é sabido, o edital faz lei entre as partes, vinculando não só os particulares, mas também a Administração licitante:

Uma vez realizadas as escolhas atinentes à licitação e ao contrato, exaure-se a discricionariedade, que deixa de ser invocável a partir de então. (...)

A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém, nascido tal ato, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato convocatório, o administrado e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. (...)

Como se observa, a legalidade e a vinculação ao ato convocatório são manifestações jurídicas de princípios inter-relacionados. A validade dos atos administrativos praticados no curso da licitação depende de sua compatibilidade não apenas com a Lei mas também com os atos administrativos praticados nas etapas anteriores⁶.

A primeira grande formalidade a ser cumprida pela Administração para a condução de processo licitatório constitui-se na confecção do instrumento convocatório, que, na senda das lições de Hely Lopes Meirelles, é a lei interna das licitações⁷.

Nessa senda, ao deixar de notificar a empresa **Luís César Reis EPP** para que entregasse as cadeiras de acordo com as disposições contratuais, a Administração laborou à margem do edital e, portanto, da lei pactuada entre os licitantes. A sucessão de atos paralelos ocorrida a partir daí resultou na conjuntura ímpar com a qual ora se defronta.

A **Luís César Reis EPP** (1ª colocada) foi desclassificada do Pregão Eletrônico n.º 008/2018, mas acabou entregando os bens após a Comunicação de Irregularidade n.º 01/2018 (fls. 235-235v). O fornecimento das cadeiras por empresa desclassificada não obedece ao disposto no art. 50 da Lei de Licitações: “A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da

6 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos / Marçal Justen Filho – 15ª ed. - São Paulo : Dialética, 2012. p. 73-74.

7 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo / Joel de Menezes Niebuhr – 3. ed. rev. e ampl. - Belo Horizonte : Fórum, 2013. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr). p. 56.





ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.”

A empresa **Alci N. Becker & Cia Ltda.** (3ª colocada), de outra banda, consta no Sistema de Compras do Banrisul como atual adjudicatária, detendo, aparentemente, direito subjetivo⁸ à contratação. A adjudicação, contudo, não se sustenta, pois decorrente da desclassificação irregular da primeira colocada.

Não se está a sugerir a anulação integral do procedimento licitatório, o qual foi encetado ainda em 2017 (fl. 02). Advogar nesse sentido feriria de morte os princípios da eficiência, da razoabilidade/proporcionalidade, da celeridade, da seletividade e, sobretudo, do interesse público. A licitação, vale lembrar, não é um fim em si mesmo, mas mero instrumento para viabilizar a contratação almejada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

No entanto, a anulação parcial do certame, ou melhor dizendo, dos atos eivados de vício, é condição inafastável para que o trabalho até então realizado encontre abrigo na lei. A Corte de Contas da União posiciona-se nesse sentido:

No entanto, divergindo das conclusões apresentadas, entendo que a correção dos procedimentos acima é simples e tem potencial de benefício financeiro para a administração, trazendo o curso da licitação para a legalidade, sendo possível o aproveitamento dos demais atos anteriores a falha procedimental.

Aliás, a jurisprudência desta Corte aponta que é possível a anulação parcial de procedimento licitatório, com o aproveitamento dos atos que não tenham sido maculados pelo vício (TCU, Acórdão n.º 637/2017 – Plenário. Min. Rel. Aroldo Cedraz).

Assim, a anulação parcial do certame, pautada no poder de autotutela da Administração, afigura-se como medida adequada para sanar o

⁸ O resultado do certame é vinculante para a Administração. A finalidade da norma é inerente à lógica da licitação, na qual, selecionada a melhor proposta, fica a Administração a ela adstrita, caso venha a celebrar o contrato. Embora o vencedor da competição pública não tenha direito adquirido a ser contratado, adquire o direito de não ser preterido. (BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo : comentando todos os artigos da Lei n.º 8.666/93 totalmente atualizada : levando também em consideração a Lei Complementar n.º 123/06, que estabelece tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas / Sidney Bittencourt – 7ª edição revista, ampliada e atualizada. Apresentação Ivan Barbosa Rigolin ; Prefácio Francisco Mauro Dias. - Belo Horizonte : Fórum, 2014. p. 512.)

Direção-Geral

Assessoria Jurídica

Rua Sete de Setembro, nº 666, 4º andar.

Porto Alegre – RS

Cep. 90.010-190 – Tel.: (51) 3210.9351





263

cenário narrado nos autos.

DIANTE DO EXPOSTO, a fim de sanar as irregularidades apontadas pela Assessoria de Controle Interno, propõe-se:

(I) a **anulação**, com fulcro no art. 49 da Lei n.º 8.666/93, da revogação já levada a efeito (fls. 178-178v), para que a empresa **Luís César Reis EPP** (1ª colocada) volte a constar como vencedora do Pregão Eletrônico n.º 08/2018 junto Sistema de Compras do Bannrisul;

(II) a **anulação**, com fulcro no art. 49 da Lei n.º 8.666/93, da adjudicação (fl. 224) feita à **Alci N. Becker & Cia Ltda.** (3ª colocada);

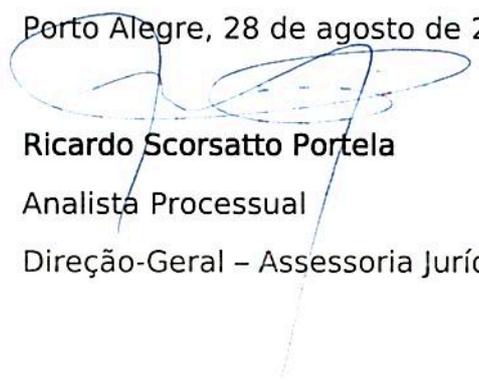
(III) o prosseguimento dos demais trâmites administrativos necessários ao cumprimento do ajuste.

Ao Ilmo. Diretor-Geral para conhecimento.

Após, à Assessoria de Controle Interno para exame.

Por fim, ao Gabinete do Defensor Público-Geral do Estado para apreciação superior.

Porto Alegre, 28 de agosto de 2018.


Ricardo Scorsatto Portela

Analista Processual

Direção-Geral – Assessoria Jurídica



