



Consultoria Jurídica

PARECER Nº	- 218/2017
PROCESSO TC	- 3987/2017
INTERESSADO	- TCEES
ASSUNTO	- Consulta. Pregoeiro
EMENTA	- Consulta acerca da aplicação do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93 ao Pregão. Dúvida quanto à extensão da referida aplicação. Aplicação apenas aos licitantes que participaram da última fase realizada, <i>in casu</i>, a habilitação. Precedente do TCU.

1. Submete-se à apreciação desta Consultoria Jurídica consulta oriunda do Pregoeiro Oficial deste Tribunal de Contas acerca da possibilidade de aplicação do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93 ao Pregão Presencial e sua extensão.

2. No que interessa para o deslinde da consulta, os autos foram encaminhados pela DGS em despacho 39017/2017-1 (anexo 50), contendo todo o procedimento licitatório realizado até a suspensão da sessão pública de disputa para dirimir dúvida jurídica relevante, suscitada pelo pregoeiro oficial deste Tribunal.

É o relatório. Essa Consultoria Jurídica manifesta-se.

3. Trata-se de Pregão Presencial nº 05/2017 visando à contratação de empresa especializada no fornecimento de infraestrutura, apoio logístico e hospedagem necessários para atender ao “VI Encontro Juris TC’s e II Congresso Nacional de Processualística nos Tribunais de Contas” que serão realizados nos dias 20, 21 e 22 de setembro de 2017 na Grande Vitória.

4. Registro, por oportuno, que não houve impugnação do Edital na fase interna do procedimento licitatório, o que implica dizer que todos os partícipes tiveram pleno conhecimento de suas cláusulas e condições e com elas concordaram.

5. Da análise dos atos praticados, observo que na data e horário marcados para o credenciamento foram cumpridos todos os atos previstos para tanto, tendo sido credenciadas 06 (seis) empresas interessadas: Neffa Gestão, Turismo e Negócios S/A; TCI Telões – Locações Ltda ME; Centro de Eventos Comércio e Serviços Ltda ME; CV Eventos Ltda EPP; Audiovix Eventos Ltda EPP E APB Sousa Cades Comunicação Visual ME (Anexos 33 a 38).

6. Em seguida, após a abertura dos envelopes contendo as propostas de preço, nos termos da Ata lavrada (Anexo 48), a empresa APB Sousa Cades Comunicação Visual ME foi desclassificada tendo em vista que sua proposta comercial não continha assinatura (Anexo 39). A licitante, portanto, foi desclassificada ainda na fase de abertura das propostas de preços.

7. Após, consoante o disposto nos itens 4 e 5 da Cláusula VIII do Edital, apenas as três melhores propostas de preços participaram da fase de lances. Foram desclassificadas as empresas Centro de Eventos Comércio E Serviços Ltda ME e Neffa Gestão, Turismo e Negócios S/A. por não atender ao disposto no art. 4º, incisos VIII e IX, da Lei nº 10.520/2002, verbis:

Art. 4º [...]

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

8. Foram, portanto, classificadas para a fase de lances as propostas comerciais das seguintes empresas:

1ª colocada: CV Eventos Ltda EPP – R\$ 130.000,00

2ª colocada: Audiovix eventos Ltda EPP – R\$ 137.481,10

3ª colocada: TCI Telões – Locações Ltda ME – 174.337,00

9. Restou consignado na Ata que a segunda e terceira colocadas declinaram do direito de ofertar lances, razão por que, a primeira colocada sagrou-se arrematante do objeto licitado.

10. Em seguida, inaugurou-se a fase de habilitação para análise dos documentos habilitatórios das empresas que participaram da fase de lances, respeitando-se a ordem classificatória (Anexo 45 a 47).

11. Foram inabilitadas todas as três empresas classificadas. Da análise dos motivos que ensejaram o ato de inabilitação, observo que todos estão em consonância com os ditames legais, visto que as inabilitações ocorreram em decorrência de descumprimento de regras estabelecidas em Edital, quais sejam:

- A **primeira** colocada **deixou de juntar o anexo 4 do Edital**, referente à declaração de atendimento das exigências habilitatórias;
- A **segunda** colocada **entregou os atestados de capacidade técnica em desacordo com o que prevê o item 17.1.5 do Termo de Referência**;
- A **terceira** colocada entregou o **certificado de cadastramento emitido pelo Ministério do Turismo vencido**, em infringência direta ao disposto no item 17.1.1 também do Termo de Referência.

12. Do breve esboço histórico ora relatado, de modo a verificar a legalidade dos atos praticados e subsidiar o conhecimento da autoridade máxima desta Corte, tem-se que os atos levados a efeito pela equipe de pregão estão em total consonância com a legislação e os princípios que regulam a matéria e com as regras previstas em Edital.

13. Diante da inabilitação de todos os licitantes, remanesce dúvida acerca da possibilidade de aplicação do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93 e da extensão de seus efeitos aos licitantes inabilitados ou também aos que anteriormente foram desclassificados.

14. Não há dúvidas quanto à possibilidade de aplicação do art. 48, §3º da Lei de Licitações nos procedimentos realizados e regulados pela Lei nº de 10.520/2002, uma vez que é a própria lei, em seu art. 9º, que permite a aplicação subsidiária para o pregão, das normas contidas na Lei nº 8.666/93:

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

15. Por seu turno, prevê o art. 48, §3º da Lei de Licitações:

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

16. A dúvida, de fato relevante, residia na aplicação da norma inserta no citado dispositivo apenas às empresas inabilitadas ou também às empresas desclassificadas.

17. Inicialmente, deve-se enfatizar que a previsão legal é salutar, porque não tem outro objetivo senão o de preservar todos os atos já levadas a efeito no respectivo certame, evitando-se a deflagração de novo certame e a repetição de todos os atos, o que certamente geraria custos elevados e desnecessários para a Administração Pública.

Demais disso, preserva a competitividade do certame.

18. Quadra registrar que a análise dos atos relativos a procedimento licitatório deve sempre ser feita considerando-se as diversas fases que perfazem todo o certame.

Com efeito.

O Pregão Presencial, após deflagrado o Edital por meio de publicação do competente aviso na imprensa oficial, possui as seguintes fases, nesta ordem:

- **Credenciamento**, ocasião em que são credenciados os interessados em participar da licitação;
- **Abertura das propostas de Preços**, momento em que são classificados os preços ofertados,
- **Fase de lances**, quando ocorre efetivamente a disputa entre as empresas classificadas;
- **Habilitação**, ocasião em que é aberto o envelope dos documentos da empresa classificada em primeiro lugar na disputa;
- **Adjudicação**;
- **Homologação** do procedimento licitatório.

19. A existência de fases pré-definidas significa que a realização de cada uma delas importa em preclusão lógica do respectivo ato, tanto para os licitantes, quanto para a Administração Pública, salvo disposição legal em contrário, a exemplo da ressalva contida no art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93, que excepcionalmente permite nova realização do último

ato, *in casu*, *habilitação*, caso desclassificadas todas as propostas comerciais, ou na hipótese de inabilitação de todos os licitantes.

20. Ao aplicar subsidiariamente o mencionado dispositivo ao Pregão, suas prescrições devem ser adaptadas às fases previstas para esta modalidade. Isto porque, nas licitações desenvolvidas sob a égide da Lei nº 8.666/93, via de regra, as fases são invertidas em relação ao que se pratica em sede de Pregão.

Assim, a melhor exegese deve redundar na seguinte conclusão: No Pregão, quando todas as propostas forem desclassificadas OU todos os licitantes forem inabilitados, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

21. Na medida em que houve a efetiva e regular realização da fase de abertura e classificação das propostas de preços, e, em seguida, da fase de lances, a permissão legal que se extrai do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93 atinge apenas o último ato praticado, qual seja, a fase de habilitação, de modo que, por consequência lógica, **haverá a convocação dos licitantes que dela participaram.**

22. Neste sentido, são as orientações do Tribunal de Contas da União, que, ao decidir caso semelhante, assim fixou entendimento sobre a matéria:

“... ”

A regra prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993 não pode ser aplicada a licitantes já excluídos em outras etapas da licitação, sendo possível sua aplicação ou aos licitantes desclassificados, ou aos licitantes inabilitados, e não a ambas as hipóteses simultaneamente.

Representação de empresa apontou supostas irregularidades no Pregão Presencial (Internacional) 232/2012, realizado pela Comissão Nacional de Energia Nuclear e Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares (Ipen), com vistas à aquisição de cela de dispensa e processamento de radiofármaco. Destaque-se, entre elas, a aplicação indevida do disposto no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993, uma vez que não se poderia permitir que licitantes inabilitadas e desclassificadas reapresentassem novos documentos. Segundo a representante, o dispositivo legal citado prevê situações alternativas, evidenciadas pela conjunção “ou”. O Relator observou que, no mencionado Pregão, “em razão da desclassificação de duas propostas e da inabilitação do único proponente com proposta classificada, decidiu o pregoeiro pela aplicação do referido dispositivo, de modo que fixou prazo para que todos os licitantes credenciados reapresentassem propostas ou novos documentos...”. Concluiu que, de fato, houve irregularidade no procedimento adotado. Ressaltou que “o dispositivo prevê a possibilidade da chamada ‘repescagem’ das propostas ou das habilitações, de modo que sua aplicabilidade está adstrita a cada uma das duas

CJU 5/ 6

fases (ou etapas) previstas em uma licitação: ou se aplica na fase de habilitação, quando todos os licitantes são inabilitados, ou se aplica na fase de classificação das propostas (julgamento), quando não há proposta classificada”. Valeu-se, então, de deliberação deste Tribunal (Decisão 85/1998-Plenário) segundo a qual a própria interpretação sistêmica da Lei 8.666/93 indica a distinção entre as duas fases da licitação, “pois esse diploma legal em seu art. 41, § 4º, preconiza que: § 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes”. Citou ainda o Acórdão 2.048/2006-Plenário, no qual restou consignado que, “se um único licitante preencher os requisitos estabelecidos no edital, não se deve admitir o saneamento dos vícios por parte dos demais. Além disso, a regra não pode ser aplicada relativamente a licitantes já excluídos em outras fases no curso da licitação”. Ressaltou que no Pregão há uma inversão de fases, mas que, “ainda assim, há etapas distintas da licitação (...). E como a aplicação do art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993 ao pregão se dá de forma subsidiária ... o entendimento adequado acerca da aplicação do dispositivo ao pregão deve ser mesmo aquele segundo o qual se considera distintamente as etapas do procedimento”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, considerou parcialmente procedente a representação, sem determinar a anulação do certame, “uma vez que o procedimento adotado não influenciou no resultado do pregão”. Em relação à irregularidade apontada, deu ciência ao Ipen de que a regra prevista no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993 não pode ser aplicada a licitantes já excluídos em outras etapas no curso da licitação, “sendo possível sua aplicação ou aos licitantes desclassificados, quando houver desclassificação de todas as propostas, ou aos inabilitados, quando todos os licitantes participantes da fase de habilitação forem considerados inabilitados, e não a ambas as situações simultaneamente ...”. Precedentes mencionados: Decisão 085/1998-Plenário e Acórdão 2.048/2006-Plenário. Acórdão 429/2013-Plenário, TC 045.125/2012-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 6.3.2013.”

23. Por conseguinte, no caso concreto que ora se analisa, o pregoeiro deste TCEES deverá convocar apenas os licitantes partícipes da fase de habilitação, vez que a da abertura das propostas de preços e de lances já precluíram, em razão do que, deverão ser convocadas as sociedades empresárias CV Eventos Ltda EPP, Audiovix Eventos Ltda EPP e TCI Telões – Locações Ltda ME, para dar continuidade à sessão pública suspensa, devendo-se analisar os documentos de habilitação na ordem acima referida, que deverão ser apresentados em envelopes lacrados, no prazo de 08 (oito) dias úteis, respeitando-se os preços já registrados, nos termos da Ata da Sessão Pública iniciada em 31.07.2017.

SMJ, é como entendo.

Vitória, 1º de agosto de 2017.

JOSÉ TEIXEIRA LEITE

Chefe da Consultoria Jurídica