



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO Nº 19/0811-0000167-0

PARECER Nº 17.846/19

Assessoria Jurídica e Legislativa

EMENTA:

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO – SECOM. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. LEI Nº 10.520/2002. PROVA DE CONCEITO. LICITANTE CONSIDERADA INAPTA. ARTIGO 48, § 3º, DA LEI Nº 8.666/1993. INAPLICABILIDADE.

1. O art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 é aplicável subsidiariamente às licitações realizadas na modalidade pregão, quando possível compatibilizá-lo com as peculiaridades do procedimento delineado na Lei nº 10.520/2002.
2. A prova de conceito não é requisito de habilitação e não integra a fase de apresentação de propostas, sendo inviável a concessão de prazo para realizá-la novamente.
3. Anulação do ato que oportunizou a reaplicação da prova de conceito.

AUTOR: GUILHERME DE SOUZA FALLAVENA

Aprovado em 10 de setembro de 2019.



Nome do documento: FOLHA_IDENTIFICACAO.doc

Documento assinado por

Órgão/Grupo/Matrícula

Data

Arthur Rodrigues de Freitas Lima

PGE / GAB-AA / 447930001

10/09/2019 18:31:18





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PARECER

**SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO – SECOM.
LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. LEI N°
10.520/2002. PROVA DE CONCEITO. LICITANTE
CONSIDERADA INAPTA. ARTIGO 48, § 3°, DA
LEI N° 8.666/1993. INAPLICABILIDADE.**

1. O art. 48, § 3°, da Lei n° 8.666/1993 é aplicável subsidiariamente às licitações realizadas na modalidade pregão, quando possível compatibilizá-lo com as peculiaridades do procedimento delineado na Lei n° 10.520/2002.
2. A prova de conceito não é requisito de habilitação e não integra a fase de apresentação de propostas, sendo inviável a concessão de prazo para realizá-la novamente.
3. Anulação do ato que oportunizou a reaplicação da prova de conceito.

Trata-se de consulta formulada pela Secretária de Estado de Comunicação, no âmbito do processo administrativo n° 19/0811-0000167-0, que versa acerca do Pregão Eletrônico n° 0175/2019. O objeto da licitação é a contratação de empresa especializada em consultoria para ambientes virtuais, suporte técnico, manutenção, planejamento estratégico, curadoria de conteúdo, monitoramento de informações sobre o Governo do Rio Grande do Sul em ambiente de internet, produção de relatórios e projetos estratégicos de comunicação para internet.

O Edital do procedimento licitatório estabeleceu a submissão do licitante mais bem classificado na etapa de lances à prova de conceito, consistente no



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

envio de amostra do monitoramento realizado pela empresa, a fim de verificar o atendimento das exigências técnicas, demonstrando de forma prática o funcionamento do serviço solicitado. Aplicada a referida prova de conceito, a PLUGAR, candidata mais bem classificada, foi declarada inapta por não ter atingido a pontuação mínima nos itens da avaliação. Tendo em vista que as outras duas empresas não enviaram a prova de conceito, restaram desclassificadas todas as candidatas.

Irresignada com o resultado da prova de conceito, a empresa PLUGAR interpôs recurso. Após o julgamento das razões recursais, às fls. 526-239 sobreveio avaliação da Assessoria Jurídica da Subsecretaria da Administração Central de Licitações (CELIC), opinando pela inexistência de ilegalidades no procedimento da prova de conceito, e sugerindo a análise da pertinência da aplicação do artigo 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993.

Em prosseguimento, a Procuradora do Estado que atua como Agente Setorial junto à CELIC, manifestou-se à fl. 540, concluindo pela viabilidade de fixação de prazo para realização de nova prova de conceito, para todos os licitantes desclassificados, com base no já mencionado artigo da Lei de Licitações.

Nesse diapasão, à fl. 574 a empresa PLUGAR foi convocada para encaminhar nova documentação referente à prova de conceito, escoimada das causas de desclassificação. Em virtude de questionamentos realizados pela mencionada candidata, o expediente foi restituído à SECOM, para formulação de resposta à licitante.

Analisados os autos pelo Procurador do Estado Agente Setorial junto à aludida Secretaria, concluiu-se na promoção de fls. 597-599 pela existência de dúvida acerca da aplicação do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 para a situação da desclassificação em prova de conceito.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Acolhendo o pedido de consulta, a Secretária de Estado de Comunicação remeteu o expediente para análise desta Procuradoria-Geral do Estado (fl. 601).

É o relatório.

1. A Lei de Licitações, em seu art. 48, § 3º, permite a abertura de prazo para que os licitantes apresentem novos documentos ou propostas, sanando os vícios inicialmente existentes, nos seguintes termos:

Art. 48. -

(...)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) (grifou-se)

Trata-se, portanto, de previsão legal que pode incidir em duas hipóteses taxativas: (a) caso todos os licitantes forem inabilitados; ou (b) caso todas as propostas forem desclassificadas. O prazo para sanar vícios pode ser concedido, portanto, somente na etapa de habilitação e na etapa de classificação de propostas.

O caráter restritivo na aplicação do dispositivo em comento se coaduna com a interpretação realizada pelo Tribunal de Contas da União, a exemplo do seguinte excerto de julgado, que demonstra a aplicabilidade do instituto apenas às etapas de habilitação e classificação:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

A regra indicada pelo art. 48, § 3.º, da Lei 8.666/1993 não pode ser aplicada a licitantes já excluídos em outras etapas no curso da licitação, de modo que **ou se aplica aos licitantes desclassificados, ou se aplica aos licitantes inabilitados**. O entendimento que se coaduna com o dispositivo é aquele segundo o qual ocorre ou a repetição da etapa de classificação, com reapresentação de propostas por todos licitantes que tiveram suas propostas de preços desclassificadas, ou a repetição da etapa de habilitação, com todos os inabilitados, e não o beneficiamento simultâneo de todos os participantes, de quaisquer das etapas (Acórdão nº 429/2013, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman) (grifou-se).

Observa-se, ainda, que a redação do dispositivo legal em comento busca conferir tratamento isonômico aos concorrentes, prevendo que a concessão de prazo para a correção dos vícios somente será cabível quando todos os participantes da etapa na qual se encontra o procedimento licitatório forem beneficiados pela nova oportunidade de apresentação de documentos ou propostas.

Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho:

O princípio da isonomia impede que a Administração dispense alguns licitantes do cumprimento de requisitos exigidos de outros. **Os licitantes devem ser tratados com igualdade. Se um único licitante preencher os requisitos necessários (incluindo-se proposta formal e materialmente perfeita), não se admitirá apreciação das propostas dos demais. A aplicação do § 3.º do art. 48 pressupõe, portanto, a desclassificação de todas as propostas ou a inabilitação de todos os licitantes.** (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações*



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

e *Contratos Administrativos*. 3. ed. em e-book baseada na 18ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019) (grifou-se)

Insta destacar, ainda, que o dispositivo em exame confere uma faculdade para o gestor público, que deve analisar a conveniência e a oportunidade em fixar prazo para apresentação de novos documentos ou propostas, notadamente no que concerne ao alcance dos objetivos da licitação. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATOS. MANDADO DE SEGURANÇA. HABILITAÇÃO E CREDENCIAMENTO JUNTO AO DETRAN/RS PARA EXPLORAÇÃO DAS ATIVIDADES DE CENTRO DE REMOÇÃO E DEPÓSITO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA CÍVEL DA JUSTIÇA ESTADUAL. NÃO APRESENTAÇÃO. NEGATIVA DE CREDENCIAMENTO. REGULARIDADE. (...) O fato de ser a única empresa a ter se habilitado não implica em dispensa da necessidade de apresentar toda a documentação necessária. **Art. 48, § 3º, da Lei de Licitações que não a socorre, notadamente porque o referido dispositivo legal refere que a Administração poderá fixar aos licitantes novo prazo para apresentação de documentos, o que representa uma faculdade outorgada à Administração, a qual cabe avaliar se, no caso concreto, há a conveniência de sua utilização.** AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento, Nº 70077659993, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 26-06-2018) (grifou-se)

Não há obrigatoriedade, portanto, na aplicação do art. 48, § 3º, da Lei de Licitações. Trata-se de faculdade outorgada à Administração, que deve avaliar a



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

conveniência de sua utilização no caso concreto, quando presentes as taxativas hipóteses de cabimento legalmente previstas.

2. Realizadas as considerações pertinentes acerca do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 no âmbito das licitações em geral, cumpre analisar a possibilidade da aplicação do aludido dispositivo legal aos procedimentos de pregão. Destaca-se, no ponto, que a Lei nº 10.520/2002 dispõe, em seu art. 9º, que “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

Dessarte, em tese, é viável a aplicação subsidiária da Lei de Licitações aos procedimentos que adotem a modalidade pregão. É cediço, entretanto, que a Lei do Pregão estabelece um procedimento peculiar, caracterizado pela inversão de fases quando comparado às modalidades clássicas previstas na Lei de Licitações. Com efeito, no pregão, primeiramente é realizada a classificação e o julgamento das propostas, realizando-se a habilitação posteriormente, a iniciar pelo primeiro classificado, o denominado vencedor provisório.

Pertinente citar, sobre o tema, a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

(...) na modalidade pregão opera-se a inversão das fases de licitação tais como tradicionalmente dispostas na Lei nº 8.666/93, em que, inicialmente, se procede à habilitação e, depois dela, ao julgamento das propostas. No pregão, como dito, ocorre o inverso, primeiro são julgadas as propostas, para depois proceder à habilitação, de modo que se imprime celeridade à licitação. (NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 18) (grifou-se).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Nesse diapasão, caso o vício ocorra na fase da avaliação das propostas ofertadas no pregão, configurando-se a desclassificação de todas elas com fulcro no inciso VII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002, será possível abrir prazo para que os interessados realizem o saneamento, pois, após tal procedimento, todas as propostas renovadas serão analisadas. Veja-se, nesse sentido, o magistério de Marçal Justen Filho:

Desclassificadas todas as propostas por vícios, poderia cogitar-se da aplicação do art. 48, § 3º, da lei nº 8.666? Ou seja, poderia conceder-se prazo para os licitantes corrigirem os defeitos de suas propostas, trazendo outras perfeitas? (...) Se reputado constitucional o dispositivo, **parece viável sua aplicação ao âmbito do pregão *mas exclusivamente para essa etapa de avaliação de propostas***. Os licitantes serão convocados a apresentar novas propostas, escoimadas dos vícios que tinham conduzido à sua desclassificação. **A situação será similar à que se verifica nas demais modalidades de licitação, quando todas as propostas são desclassificadas.** A única característica será que as novas propostas não serão objeto de juízo para determinar o vencedor. A avaliação visará a definir as qualificadas a participar da fase de lances. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 168) (grifou-se)

Sob outro viés, a peculiaridade procedimental do pregão acarreta dúvidas acerca da aplicabilidade do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, caso os defeitos a serem sanados ocorram na etapa da habilitação. Isso porque os requisitos de habilitação são avaliados sucessivamente, conforme a classificação dos candidatos – o primeiro licitante considerado habilitado excluirá a análise da habilitação dos subsequentes. Nesse diapasão, abalizada doutrina considera que a concessão do prazo para correção de vícios se destina a permitir a continuidade da competição, de modo que



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

a aplicação do dispositivo legal em apreço na fase de habilitação do pregão, pela característica de avaliação sucessiva e não simultânea, acarretaria a quebra do princípio da isonomia.

Esclarecedora é a análise do doutrinador Marçal Justen Filho:

Pode ocorrer a inabilitação de todos os licitantes, ainda que tal se configure como bastante improvável. Nesse caso, a Administração deverá encerrar o certame e iniciar outro. Não seria possível aplicar o disposto no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666, tendo em vista a disparidade de situações dos diferentes licitantes. A reabertura da oportunidade de apresentação de documentos se destina a permitir a continuidade da competição. No caso, isso não aconteceria. Apenas se promove o exame dos documentos apresentados pelo mais bem classificado na etapa de lances e assim por diante. Conceder nova oportunidade para apresentação de documentos equivaleria a outorgar ao melhor classificado esse benefício. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, pgs. 205-206) (grifou-se)

Ainda que com base em outro fundamento, Joel de Menezes Niebuhr também vislumbra a ocorrência de óbices à aplicação do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 ao procedimento de pregão quando não contemplados todos os participantes da etapa respectiva:

Essa terceira opção é indevida porque o § 3º do artigo 48 da Lei nº 8.666/1993 pressupõe a inabilitação de todos os licitantes, enquanto que, no caso vertente, somente os participante dos lances orais foram inabilitados. Ela poderia ser aplicada se todos os licitantes tivessem participado dos lances orais. Daí, sim, todos os licitantes teriam sido inabilitados e, pois, incidiria o § 3º do artigo 48 da



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Lei nº 8.666/1993. (NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 210) (grifou-se)

Insta ressaltar, entretanto, que o tema não é pacífico. No já mencionado acórdão nº 429/2013, o Tribunal de Contas da União não fez distinção explícita entre a desclassificação e a inabilitação para fins de incidência do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 em procedimento de pregão, aduzindo apenas que a regra “não pode ser aplicada a licitantes já excluídos em outras etapas no curso da licitação, de modo que ou se aplica aos licitantes desclassificados, ou se aplica aos licitantes inabilitados.” (Acórdão nº 429/2013, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman). Tal decisão exemplifica a existência de posicionamentos diversos acerca do tema.

Entende-se, entretanto, que a restrição da abertura de prazo para sanar vícios à fase de avaliação das propostas, quando se trata de pregão, é a solução que melhor contempla a segurança jurídica, coadunando-se com os objetivos e princípios que regem a licitação, e prevenindo, conseqüentemente, possíveis afrontas à impessoalidade e à isonomia entre licitantes.

Considera-se, assim, viável a aplicação do procedimento previsto no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 às licitações realizadas na modalidade pregão no que concerne à fase de avaliação das propostas, caso todas sejam desclassificadas, sendo desaconselhada a aplicação do dispositivo em comento à fase de habilitação.

E, conforme se verá adiante, a etapa de prova de conceito possui semelhanças com a fase de habilitação no pregão eletrônico, na medida em que sua aplicação também é sucessiva, e não simultânea entre os candidatos. Nessa medida, sob o ponto de vista da impessoalidade e da isonomia, as conclusões aplicáveis a essas etapas não diferem.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

3. Realizadas as considerações pertinentes acerca das disposições da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 10.520/2002 na medida de sua aplicabilidade ao presente caso, cumpre analisar os contornos jurídicos da prova de conceito, procedimento que se pretende sanear a partir da concessão do prazo previsto pelo art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993.

Sobre o tema, inicialmente, observam-se as disposições realizadas pelo Edital de Pregão Eletrônico nº 0175/2019 acerca da prova de conceito:

11 PROVA DE CONCEITO E SUA METODOLOGIA DE AVALIAÇÃO

11.1 A SECOM - Secretaria de Comunicação designará uma Comissão composta de no mínimo por 04 (três) Servidores, sendo no mínimo 03 (três) servidores da SECOM e 01 (um) servidor da CELIC, para o julgamento da prova de conceito que será publicada em até 5 dias, após a publicação do edital no Diário Oficial;

11.2 **O licitante melhor classificado na etapa de lances será convocado a enviar a documentação original ao Pregoeiro, deverá se submeter à prova de conceito, que consistirá no envio de amostra do monitoramento aos e-mails da comissão nomeada para o Julgamento, a fim de verificar o atendimento das exigências técnicas, demonstrando de forma prática o funcionamento do serviço solicitado, conforme itens 3 e 4. O prazo que a empresa licitante terá para realizar a prova de conceito será de 5 dias úteis;**

11.3 O Pregoeiro encaminhará mensagem eletrônica no sistema de compras à empresa habilitada, informando a data e o termo que deverão ser utilizados como referência para a amostra dos relatórios e monitoramento, bem como os endereços de e-mail da comissão nomeada para o julgamento da prova de conceito, o que será previamente indicado pela SECOM ao Pregoeiro;

11.4 A Empresa declarada vencedora na etapa de lances que não comparecer para efetuar a prova de conceito, será imediatamente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

considerada inapta para a assinatura do contrato, sendo desclassificada.

11.5 A empresa submetida à prova de conceito deverá comprovar a sua capacidade técnica de abrangência dos meios a serem monitorados, conforme descritos no item 5,6 e 8 deste Termo de Referência.

11.6 Caso a solução não atenda as exigências será considerada inapta. Nesse caso, será convocada a solução seguinte de menor preço, para nova prova de conceito e assim sucessivamente até que uma das soluções participantes do certame atenda às exigências.

11.7 A metodologia utilizada para avaliar a qualidade do serviço prestado consistirá em observar, durante a prova de conceito, se os aspectos deste Termo de Referência foram cumpridos, a comissão avaliadora emitirá parecer e justificativa técnica para cada item avaliado da planilha de verificação.

11.8 Caso os itens listados na planilha de verificação não sejam 90% atendidos, a empresa será desclassificada do certame, procedendo-se ao disposto no parágrafo 5º, artigo 25 do Decreto nº 5.450/2005.

11.9 A SÉCOM deverá enviar parecer ao Pregoeiro considerando apta ou inapta a empresa, no prazo de até 7 (sete) dias;

(...)

Nos termos da disciplina editalícia acima transcrita, observa-se que o objetivo da prova de conceito consistia na verificação do atendimento das exigências técnicas, mediante a demonstração prática do funcionamento do serviço solicitado. Referida exigência em muito se assemelha ao pedido de apresentação de amostras, assim conceituado por Marçal Justen Filho:

Pode-se aludir a uma natureza indiciária da amostra. Isso significa que a amostra propicia uma prova indireta sobre fatos relevantes para uma



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

decisão administrativa. A amostra não consiste, direta e precisamente, na proposta formulada nem na prestação executada. Mas **a amostra propicia à autoridade uma avaliação quanto ao conteúdo ou da proposta apresentada ou da prestação executada.** (JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 139) (grifou-se)

Inobstante o pedido de amostras e a submissão à prova de conceito não possuam disciplina legal específica, entende-se que a possibilidade de exigí-las decorre do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, que faculta à “Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo”. Repisa-se, no ponto, que a Lei de Licitações é subsidiariamente aplicável ao pregão por inteligência do art. 9º da Lei nº 10.520/02.

Com base em tal dispositivo legal, que permite a realização de diligências anômalas, o Edital de Pregão em testilha determinou a aplicação da prova de conceito após a etapa de lances, conforme a classificação dos licitantes, sucessivamente, até que algum dos candidatos fosse considerado apto. Percebe-se, assim, que a prova de conceito não se confunde com a proposta. Tal conclusão resta corroborada pelo momento no qual tal exame é aplicado, qual seja, após a etapa de lances, enquanto a classificação e o julgamento das propostas, conforme já visto, ocorrem antes da própria habilitação nos procedimentos do pregão.

Acerca do momento de realização da prova de conceito, pertinente apresentar, ainda, a seguinte lição doutrinária:

(...) a apresentação e o julgamento da amostra deverão ocorrer como última etapa antes de proclamar-se o vencedor do certame. Isso significa que, encerrada a fase de lances, deverá desencadear-se o



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

exame da documentação de habilitação. **Somente se passará ao recebimento e avaliação de amostras relativamente ao licitante que preencher todos os demais requisitos para ser contratado.** Desse modo, evita-se que sejam promovidas as diligências relativamente à amostra em face de um licitante que não dispunha de condições de ser contratado por ausência de requisitos de habilitação (o que pode ser determinado de modo simples e rápido mediante o mero exame de documentos). (JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 139) (grifou-se)

Observa-se, assim, que a prova de conceito também não se configura como condição para habilitação, e nem o poderia, tendo em vista que os documentos que podem ser exigidos para a habilitação dos licitantes são aqueles taxativamente previstos no texto legal, em homenagem ao princípio da ampla competitividade, cuja restrição exige respaldo em lei.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa no voto do Relator, Min. Teori Albino Zavascki, cujo excerto segue transcrito em homenagem ao caráter didático empregado pelo julgador, que se fundamentou na legislação aplicável e no entendimento da doutrina especializada:

Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Matéria Constitucional. Deficiência na Fundamentação. Não Conhecimento. Tempestividade dos Embargos Declaratórios. Aplicação do Princípio 'Pas de Nullité sans Grief'. **Art. 31 da Lei de Licitações. Rol Taxativo.** Recurso Especial parcialmente Conhecido e, nessa Parte, Desprovido.
(...)

4. Quanto à matéria de fundo, objeto da impetração, o recurso não merece prosperar. É que **ao afastar a exigência de demonstração de qualificação econômico-financeira que extrapolou o previsto no art.**



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

31 da Lei de Licitações, o acórdão recorrido acabou por fazer cessar a violação a esse dispositivo perpetrada pelo ato administrativo consubstanciado no Edital.

O acórdão recorrido consignou o seguinte:

"Ora, não há como negar, no caso presente, a ameaça concreta a direito líquido e certo da impetrante, ora apelada. O item 4.2.a do Edital em tela (fls. 36v/37) exige, entre outras, certidão negativa do 9º Ofício de Registro de Distribuição, complementando o item 4.4, destacando no texto do edital em negrito, que (*in verbis*):

4.4 A não apresentação de quaisquer documentos exigidos para habilitação implicará na automática inabilitação do licitante.

Nítido está que a impetrante, da leitura do edital, pôde constatar que seria automaticamente inabilitada à licitação, tendo em vista a indigitada certidão positiva. Não se cuida de simples suposição; havia, sim, um ato concreto da autoridade dita coatora, consubstanciando materialmente, nos já citados itens 4.2 c/c 4.4 do edital 01/95." (fl. 116).

Ora, a redação do *caput* do 31 da Lei nº 8.666/93 é expressa em prescrever que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira "limitar-se-á" àquela enumerada nos seus incisos, evidenciando tratar-se de rol taxativo. **A doutrina especializada, em uniformidade, adota tal entendimento:**

"Os arts. 27 a 31 indicam a documentação a ser, com exclusividade, exigida para a habilitação. Essas exigências são taxativamente elencadas pela Lei nº 8.666/93, sendo, portanto, vedadas as exigências não constantes expressamente nesse diploma. Trata-se de normas gerais sobre licitações, pois as exigências dizem respeito à salvaguarda dos princípios da licitação, em especial do da igualdade" (MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 52).

(...)

5. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa parte, nego provimento. É o voto. (REsp 799.098/RJ, 1.ª T., rel.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Min. Teori Albino Zavascki, j. em 4.09.2008, DJe de 15.09.2008) (grifou-se)

O Tribunal de Contas da União também possui entendimento pacificado acerca do assunto:

A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados pelas licitantes, pode ser exigida do vencedor do certame, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal. Esse é o entendimento pacificado nesta Corte, no Acórdão 1113/2009 – TCU – Plenário, e sustentado na nota técnica 4/2009-Sefti/TCU. (Acórdão 2.763/2013 – Plenário, TCU) (grifou-se)

Com base em tal posicionamento da Corte de Contas, Marçal Justen Filho delimita, em sua obra, a natureza jurídica da prova de conceito:

É interessante destacar que o TCU tem praticado a distinção entre requisito de habilitação e comprovação da viabilidade da proposta a propósito de uma questão específica relativa à chamada “prova de conceito”. **A admissão da validade da exigência apenas pode ser justificada a partir do pressuposto de que não se trata de requisito de habilitação, mas de comprovação da aceitabilidade da proposta propriamente dita.** (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 3. ed. em e-book baseada na 18ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019) (grifou-se)

A prova de conceito, portanto, foi validamente exigida no edital como forma de verificar se a solução de tecnologia empregada pelo licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar atendia às exigências do edital. Aplicada a prova à licitante PLUGAR, os resultados foram avaliados com base nos critérios



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

objetivos previamente estabelecidos no item 11 do Edital, concluindo-se pelo não atendimento da pontuação mínima exigida.

Os itens que faziam parte da avaliação foram analiticamente consolidados na Planilha de Verificação de Conformidade (fls. 427-436), pela qual a empresa PLUGAR foi cientificada acerca dos equívocos cometidos na prova à qual fora submetida. O detalhamento dos itens avaliados, com efeito, era necessário para viabilizar a ampla defesa, a qual foi exercida pela licitante por meio do recurso das fls. 489-500. Apreciadas as razões recursais, entretanto, o resultado negativo da avaliação não sofreu alteração.

A prova de conceito, dessarte, traduziu-se na realização de uma tarefa, já consumada pela licitante, ainda que não tenha obtido êxito. Permitir a sua realização em uma segunda oportunidade, dessarte, não se confunde com a mera apresentação de novos documentos prevista no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93, e acarretaria no desvirtuamento do objetivo da aplicação da prova, que consiste precisamente em testar o sistema empregado pelo licitante.

A análise do caso demonstra, ainda, que a incidência do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 retiraria a utilidade da própria prova de conceito, pois teria como consequência a reaplicação de uma avaliação cujos elementos de correção já são de conhecimento do examinado, conduzindo, portanto, à sua provável aprovação.

4. Conclui-se, assim, que a reaplicação da prova de conceito encontra óbice na ausência de previsão legal, visto que a situação *in concreto* não adere às hipóteses taxativas previstas pelo art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, quais sejam, a inabilitação de todos os licitantes ou a desclassificação de todas as propostas.

Outrossim, considerando que a concessão do prazo para correção de vícios se destina a permitir a continuidade da competição, a aplicação do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

dispositivo legal para a etapa da prova de conceitos, assim como ocorre na fase de habilitação do pregão – ambas caracterizadas pela avaliação sucessiva e não simultânea – acarretaria a quebra do princípio da isonomia.

Nesse diapasão, o ato que concedeu prazo para a realização de nova prova de conceito é passível de anulação, pois não encontra amparo na Lei nº 8.666/1993, na Lei nº 10.520/2002 e no Edital de Pregão Eletrônico nº 0175/2019, e sua manutenção tem o potencial de acarretar lesão ao princípio da isonomia e desvirtuar os objetivos da aplicação do teste, notadamente no que concerne à contratação de serviço que atenda às exigências técnicas realizadas no Edital.

Registra-se, por fim, que a presente manifestação possui caráter estritamente jurídico, não tendo o condão de cancelar opções técnicas eleitas pela Administração, nem de emitir juízo de conveniência e oportunidade.

É o parecer.

Porto Alegre, 12 de agosto de 2019.

Guilherme de Souza Fallavena,
Procurador do Estado,
Consultor Jurídico.

Processo Administrativo Eletrônico nº 19/0811-0000167-0.



Nome do arquivo: Parecer17846-19

Autenticidade: Documento Íntegro



DOCUMENTO ASSINADO POR	DATA	CPF/CNPJ	VERIFICADOR
Guilherme de Souza Fallavena	16/08/2019 16:17:24 GMT-03:00	83035877068	Assinatura válida

Documento Assinado Digitalmente

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo nº 19/0811-0000167-0

PARECER JURÍDICO

O **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO**, no uso de suas atribuições, aprova o **PARECER** da **CONSULTORIA-GERAL/ASSESSORIA JURÍDICA E LEGISLATIVA**, de autoria do Procurador do Estado **GUILHERME DE SOUZA FALLAVENA**, cujas conclusões adota para responder a **CONSULTA** formulada pela **SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO**.

Restitua-se ao Procurador do Estado Agente Setorial do Sistema de Advocacia de Estado junto à Secretaria de Comunicação.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO, em Porto Alegre.

EDUARDO CUNHA DA COSTA,
Procurador-Geral do Estado.



Nome do arquivo: 6_DESPACHO_ACOLHIMENTO_PGE.pdf

Autenticidade: Documento Íntegro



DOCUMENTO ASSINADO POR	DATA	CPF/CNPJ	VERIFICADOR
Eduardo Cunha da Costa	10/09/2019 16:55:44 GMT-03:00	96296992068	Assinatura válida

Documento Assinado Digitalmente

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.