



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
NÚCLEO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

RUA AUGUSTO CORRÊA, Nº 01 - CAMPUS UNIVERSITÁRIO DO GUAMÁ - ED. DA REITORIA, 3º ANDAR - CEP 66.075-900 - FONE: (91) 3201-7131 - E-MAIL:

PGERAL@UFPA.BR

PARECER n. 00014/2021/NLCA/PFUFPA/PGF/AGU

NUP: 23073.017996/2019-52

INTERESSADOS: AGÊNCIA DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA DA UFPA

ASSUNTOS: ANÁLISE DE RECURSO

EMENTA: Administrativo. Tomada de Preços nº. 01/2020. Análise de Recurso. Observância ao Princípio da Isonomia e da Vinculação ao Instrumento Convocatório. Parcial Procedência. Anulação do certame. Vícios de origem insanáveis e necessidade de atualização no edital. Fundamentação: Art. 3º c/c art. 41 da Lei nº 8.666/1993 c/c art. 49 da Lei no.8666\93.

Senhora Procuradora Chefe,

I – RELATÓRIO:

1. Vem à análise desta Procuradoria os presentes autos para apreciação do recurso interposto pela licitante **VAZ DIAS PROPRIEDADE INDUSTRIAL LTDA.** participantes da Tomada de Preços 01\2020, tipo Técnica e Preço, que objetiva a “**Prestação de Serviços Contínuos de Acompanhamento de Pedidos de Patentes**”, conforme previsto no Anexo I do Edital, no valor total estimado de **R\$-300.000,00 (Trezentos Mil Reais)**.

2. Insurgem-se a **RECORENTE** contra a decisão do Sr. Pregoeiro, que baseada na análise técnica a desclassificou do certame, conforme abaixo transcrita:

“por não atender os critérios mínimos relativos ao quadro mínimo e aos terceirizados, como também não apresentou o portfólio 03 de material biológico, segundo o Tratado de Budapeste, fato este comprovado que a levou a ter a pontuação zerada no subfator 03 da experiência técnica da empresa (ET), de acordo com o anexo 1.9, inciso II – Critérios de Classificação e Pontuação das Propostas, concluindo que a mesma não está tecnicamente apta a executar os serviços objetos desta contratação, eis que desrespeitou cláusulas e exigências expressas no edital.

3. As razões recursais foram apresentadas às fls. 1921\1936, onde a **RECORRENTE** irredignada invoca uma série de argumentos de natureza técnica, que ao seu ver não justificariam sua desclassificação tampouco a falta de pontuação na avaliação técnica, como assim expõem:

“não obstante a exigência de comprovação de serviços para o depósito de material biológico em centros internacionais credenciados ao Tratado de Budapeste, deve-se ressaltar ser essa exigência inadequada na medida em que o referido tratado não ratificado pelo Governo Brasileiro.

(...)

O Brasil, por sua vez não é signatário desse tratado internacional, de forma que seus termos e condições não vigoram no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, logicamente nem as instituições públicas e nem as privadas submetem-se ao cumprimento d qualquer regra de depósitos e processamento de patentes no Brasil e no exterior.

Pela ausência de vigência do Tratado de Budapeste no Brasil, não há como ser exigido no Brasil em um processo de licitação ou tomada de preços brasileiro que o licitante comprove a realização

de trabalhos (a experiência) no depósito de material biológico em centros IDA, até mesmo por não ser fundamental para prestação do serviço licitado.

*Portanto, e naturalmente, ele **não integra o ordenamento jurídico brasileiro**, de formas que naturalmente os seus termos e obrigações não podem ser exigidos **como um critério desqualificador** de empresas e Instituições de Ciências e Tecnologias (ICTs) **brasileiras** sob pena de violação do **princípio da igualdade e razoabilidade**.*

4. Assevera ainda a RECORRENTE em sua defesa, que:

*“quando alguém que não faz parte de país signatário do Tratado de Budapeste, como é o caso do Brasil, possui interesse em depositar patentes em outros países, **pode se valer de meios igualmente adequados e que alcançam absolutamente a mesma finalidade** àquelas trazidas no bolo do Tratado.”*

5. Assinala ainda também:

“Como visto não vigora no Brasil o Tratado internacional impostas às licitantes como experiência desqualificatória. Não obstante, a mesma finalidade prevista no Tratado é alcançada através do PCT, técnica esta que é equivalente e plenamente capaz de demonstrar experiência exigida pelo edital.”

(...)

Registre-se, que sob a ótica do princípio da utilidade, que há técnicas e práticas equivalentes que alcançam os mesmos resultados e as quais a Recorrente demonstrou ter experiências.

(...)

Cumpre salientar que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial emitiu a Resolução 124\2013 e que reconhece o depósito em qualquer depositário fora do Tratado de Budapeste, desde que atenda requisitos mínimos de depósito e manutenção.

Ou seja, a equivalência é regulamentada e aceita pelo competente órgão técnico.

*Para o depósito de patente internacional, portanto, **inexiste obrigatoriedade** para requerente de patentes de países não signatários de realizarem esses depósitos de microrganismo via **Tratado de Budapeste**.*

6. Uma vez constatada a admissibilidade do recurso, na forma do artigo 109 da Lei no. 866\93, foi instada a se manifestar a unidade técnica responsável pela análise, haja vista que a irresignação da mesma dizem respeito aos aspectos técnicos que correspondem a totalidade das razões recursais apresentadas.

7. Dessa forma a Unidade Técnica responsável, exarou Parecer, no qual analisando minuciosamente as questões invocadas pela recorrente manteve seu entendimento e concluindo pelo IMPROVIMENTO do Recurso.

8. De posse dos autos, o Sr. Pregoeiro exarou sua manifestação, e acolhendo o entendimento da unidade técnica exarada no PARECER TÉCNICO e concluiu pelo NÃO PROVIMENTO do recurso apresentado, mantendo a empresa recorrente como desclassificada do certame.

9. Assim, uma vez que o Pregoeiro manteve sua decisão, vêm os autos à análise e manifestação jurídica desta Procuradoria, com vistas a subsidiar a decisão de Vossa Magnificência na sua decisão quanto à questão recursal.

10. Eis o relatório. Passa-se à análise jurídica.

II – ANÁLISE JURÍDICA:

11. Preliminarmente deve-se esclarecer que cabe a este Órgão Jurídico de execução da Procuradoria Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União, **prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico**, sem adentrar em aspectos relativos à conveniência e oportunidade, à luz do que dispõe o art. 131, da Constituição Federal, e o art. 10 da Lei nº 10.480, de 02 de julho de 2002 c/c art. 11, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Importante repisar que diante da exclusão da análise dos elementos de natureza técnica, ainda que sobre estes realize eventualmente sugestões de atuação, **se adotará a premissa de que a autoridade competente se municiou dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.**

12. Tem por pressuposto, assim, que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, quantidades, requisitos, especificações, bem como quanto à pesquisa de preços, tenham sido regularmente apuradas pela área técnica do órgão competente e conferidas pela autoridade responsável pela contratação.

13. Portanto, não cabe aqui analisar se as quantidades orçadas se a qualidade efetivamente correspondem às necessidades do setor assessorado. Estes são assuntos que fogem às atribuições deste Órgão jurídico, **o que não impede que eventualmente se alerte a autoridade assessorada sobre tais aspectos.**

14. Feitas tais considerações, passa-se à análise do mérito jurídico das questões trazias à análise,

15. Assim, diante das informações trazidas ao conhecimento desta Consultoria Jurídica, impõe-se a necessidade de análise quanto à possibilidade de manutenção e continuidade do certame ou de sua anulação/revogação.

16. Observa-se, a priori, que o recurso se revela admissível, vez que cumpre os requisitos de admissibilidade e tempestividade, sendo-lhe dado efeito suspensivo na forma do art. 109, §2º, da Lei 8.666/93.

17. Então, em preliminar análise este órgão jurídico requereu através da COTA n. 00007/2020/NLCA/PFUFA/PGF/AGU, diligência à Unidade Técnica para esclarecimento da polêmica que envolve o recurso, cuja manifestação embora assegurando como indispensável os requisitos estipulados no Tratado de Budapeste, reconhece que o Brasil ainda não participa das suas normas, pois conforme ressalva a adesão ao mesmo ainda encontra-se em tramitação nos competentes órgão do Governo Federal cuja efetiva retificação, ainda não se concretizou, quando assim declina:

“A Lei no. 9279 de 1996, que regula direitos e obrigações relativas a propriedade industrial, diz, em seu artigo 24, que o relatório de um pedido de patente deverá descrever clara e suficientemente objeto da invenção, de modo a possibilitar a sua realização por um técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução. No caso dos pedidos de patentes em biotecnia, quando não se consegue o material biológico no material descritivo, o pedido tem que ser suplementado com o depósito deste material em um centro depositário específico. Como hoje o país não tem esses centros, utilizam-se centros depositários acreditados de acordo com o Tratado Internacional de Budapeste.

O Tratado de Budapeste é um tratado internacional, que é administrado pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI). Este Tratado reconhece o depósito do microorganismos para efeito do procedimento em matéria de patentes, e a partir desta necessidade de fornecer os microorganismos especificamente utilizados em uma invenção foram criadas as autoridades internacionais de depósitos de depositos -IDA's International Depositary Authority.

(...)

Atualmente, tramita-se perante o Governo Federal proposta de adesão do país ao Tratado de Budapeste, até porque referido tratado já é utilizado par fins de patente. A princípio não vai haver alteração na tramitação dos exames das patentes. Mas a partir do momento em ue o Brasil passar a ser signatário o procedimento fica mais robusto.

Entretanto, com o Brasil ainda não é signatário, e com a publicação da Resolução no.082 de2001, em 20 de fevereiro em 2002, o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior estabeleceu as condições para a habilitação de instituições como centros de depositários de material biológico, para fins de procedimentos em matéria de patentes. Mas, até a data de hoje as instituições não foram habilitadas, por motivo vários, não havendo no Brasil,no momento, nenhum centro depositário de microorganismo.

18. Por outro lado argui ser intempestiva as alegações da Recorrente, pois cabia a mesma impugnar o edital, no momento oportuno, porém portou-se silente aceitando as regras e condições neles dispostas, e somente agora na fase recursal demonstra sua irresignação advindo de sua desclassificação no certame.

19. No mérito, contudo, a súplica recursal da empresa insurgente merece parcialmente prosperar, como vejamos:

20. Conforme demonstrado nos autos e como também pela unidade técnica, está assinalado que as **normas do Tratado de Budapeste embora essenciais e por se constituírem requisitos indispensáveis à perfeita análise e pontuação das propostas das licitantes participantes da TP N.º. 01/2020, - por ser este procedimento tomada de preços por técnica e preço -, não poderiam compor o edital como exigência classificatória na medida em que aludido tratado ainda não foi retificado pelo Brasil, sendo, portando desarrazoada a exigência por falta de amparo legal.**

21. Convém registrar que as tratativas que envolvem essas gestões ainda tramitam nos órgãos especializados carecendo tempo para sua concretização, o que nos faz constar quer **ainda não faz parte do nosso ordenamento jurídico.**

22. Então, verifica-se que a irresignação da Recorrente, após à análise pela unidade técnica que resultaram na falta de pontuação e conseqüentemente sua desclassificação, por não atendimento as normas estipuladas no Tratado de Budapeste revelam-se parcialmente procedentes, sendo portando uma exigência desarrazoada como dito alhures por falta de amparo legal na medida em que o Brasil ainda não é signatário do aludido tratado.

23. Por outro lado, como registrado pela **unidade técnica como requisitos imprescindíveis e extremamente necessários a análise para pontuação das propostas das licitantes, entende-se que dever-se-ia fazer uma compilação e a equivalência desses requisitos como listados no Tratado de Budapeste e adequadamente listá-los de forma transparente e com razoabilidade no Termo de Referência e nos estudos preliminares que antecedem o processo licitatório, repisando o Tratado de Budapeste ainda não faz parte do nosso ordenamento jurídico e dessa forma não se pode exigir seu cumprimento e obediência.**

24. Nesse sentido, sabe-se que foram encaminhadas as tratativas para concretização da aludida adesão, a qual foi recomendada pelos Ministérios da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério das Relações Exteriores, sabendo-se que em setembro de 2020 foram encaminhadas correspondência à Presidência da República para que fossem iniciadas as gestões que envolvem essa adesão cujo excerto colacionamos abaixo:

O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério das Relações Exteriores foram consultados formalmente pelo Ministério da Economia sobre a proposta de adesão e ambos se declararam favoráveis, sem qualquer óbice, à adesão do Brasil ao Tratado (conforme documentação em anexo). Além destes ministérios, foi realizada reunião conjunta com o Ministério da Saúde, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, tendo todas as Pastas se manifestado favoráveis à adesão.

À luz do exposto, e com vistas ao encaminhamento do assunto à apreciação do Congresso Nacional, em conformidade com o Artigo 84, inciso VIII, combinado com o Artigo 49, inciso I da Constituição Federal, submetemos ao Senhor o anexo projeto de Mensagem, acompanhado de cópias autênticas do “Tratado de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional do Depósito de Micro- organismos para efeitos do Procedimento em matéria de Patentes” (“Tratado de Budapeste”), adotado em Budapeste em 28 de abril de 1977 e emendado em 1980, e de seu respectivo “Regulamento de Execução”, com suas atualizações.

25. Diante dessa premissa, comprova-se que a utilização do regramento do Tratado como marco para desclassificação da licitante revela-se desarrazoada, já que as tratativas para sua adesão encontram-se em vis de tramitação, não sendo assim possível aplicá-las integralmente como está estipulado no edital e no termo de referência que compõem as normas norteadoras desta Tomada de Preços no. 01\2020.

26. Para melhor posicionamento cabe aqui, adentrar sobre a conceituação e manejo do **ordenamento jurídico** conceituado como um conjunto de normas onde regras e princípios possuem relação de hierarquia em um estado, quer para organização como para o cumprimento das leis.

27. É a dimensão hierárquica das normas do direito de um Estado que está dotada de unidade, coerência e completude, sendo os dispositivos normativos superiores que dão validade e subordinam dispositivos normativos inferiores, demonstrando assim que o ornamento jurídico envolve o contexto de produção normativa, englobando não apenas as regras jurídicas por si, mas também regras e normas nas diferentes esferas, as técnicas de produção e de integração para sua aplicação no âmbito da sociedade de um Estado.

28. Assim, como já falado o ordenamento jurídico representa o contexto de produção normativa, assinalando que o **ordenamento jurídico brasileiro é integrado por normas jurídicas próprias**, que o regulamentam e o estruturam conforme disposto no art. 59, Constituição Federal, que são: **normas constitucionais, (originárias e derivadas), leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias –decretos legislativos e resoluções.** Essas normas são elaboradas sobre quatro postulados:

o princípio da legalidade, que se constitui como norma e como expressão de abstração racional;
o princípio da completude deontica, que pressupõe a existência de garantias aos direitos primários, através de proibições e obrigações;

o princípio da jurisdicionalidade, que determina normas secundárias de garantia secundária em proteção aos direitos e interesses primários; e

o princípio da acionabilidade, o qual prevê a existência de jurisdição passível de acionamento para a efetivação da garantia secundária

29. Assim, vislumbra-se que as ***normas jurídicas podem ser definidas como um conjunto de normas que integram o ordenamento jurídico, com função de regulamentar a conduta das pessoas com uma conotação de preceito e sanção***, cujo objetivo principal é resguardar a ordem e a paz social, sendo entendidas como instrumento ou ideia relacionada à segurança, à justiça, possuindo valor jurídico absoluto e hierarquicamente superior, devendo ser aplicada nas diversas relações jurídicas, e destinadas a todos os cidadãos sem nenhuma distinção, podendo ter um alcance de grande amplitude, num comando que imponha um determinado tipo de conduta a ser observado, ou seja, é a prerrogativa do Estado em fazer valer a sua função que é administrar e gerir o bem comum.

30. É nessa amplitude que a norma jurídica se comporta como gênero, cujos princípios e regras apresentam as características que conduzem a distinção, no que tange a qualidade de modo que podem ser aplicados nas mais diversas situações.

31. Corroborando com esse entendimento trazemos a colação excerto do ilustre jurista Miguel Reale (REALE . 2002,p.305), ao dizer que:

“são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua integração e compreensão quer para a elaboração de novas normas”

32. Constata-se que sendo as regras definidas como normas que estabelecem imperativamente uma obrigação que impõe, permite ou proíbe, ou seja, possui natureza impositiva, pois se perfaz numa expressão de um dever ser, que determina uma conduta, não há dese falar em obrigatoriedade em se cumprir as disposições insertas no Tratado de Budapeste no cenário atual, haja vista que o Brasil ainda não efetivou sua adesão ao mesmo já que as gestões para retificação carecem de ser concluídas.³¹ Sabe-se que as gestões que envolvem essa adesão seguem sendo efetuadas e conduzidas pelos organismos oficiais, necessitando ainda das tratativas finais que envolvem necessariamente **o referendun do Congresso Nacional, na forma do art. 84, VII da CF.**, requisito indispensável para acolhimento do mesmo para que então assim passe a fazer parte do nosso ordenamento jurídico.

33. Aduz-se por relevante que embora o art. 84, Inciso VIII da Carta Magna estabeleça como competência privativa do Presidente da República: ***“celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendun do Congresso Nacional”***, o art. 49, inciso I, complementa que tais atos só se tornam definitivos, após a provação do Congresso Nacional”, assinalando também que vigência dar-se-á **após à data da ratificação ou adesão, exigindo-se também a promulgação e publicação, por meio de Decreto do chefe do Executivo, com o texto integral do pacto.**

34. Dessa forma, sendo as regras definidas como normas que estabelecem imperativamente uma obrigação que impõe, permite ou proíbe, ou seja, possui natureza impositiva, pois se perfaz numa expressão de um dever ser, que determina uma conduta, não há dese falar em obrigatoriedade em se exigir um cumprimento das disposições insertas no Tratado de Budapeste, num certame como ora analisado, na medida em que como demonstrado, ainda não foi efetivada a adesão do Brasil a essas normas e requisitos, o que impede que sejam obedecidos, por ainda não integrarem nosso ordenamento jurídico.

35. Acerca da questão, sendo o tratado - um acordo que gera obrigações entre os signatários seu conteúdo passa a ter os efeitos jurídicos entre os mesmos após cumprimento do protocolo que prevê sua receptividade no nosso sistema jurídico, passando a partir dai ter um caráter obrigatório e efetivamente gerando obrigações e direitos. Destacam-se nessas ***tratativas as negociações preliminares antes da assinatura; aprovação parlamentar (referendun), e ratificação ou adesão ao texto convencional, para posteriormente compor o ordenamento jurídico do estado signatário.***

36. Vê-se pois que as tratativas preliminares que compõem a adesão ou retificação do Tratado de Budapeste ainda estão sendo efetuadas, (conforme pesquisas amplamente efetuadas), o que não nos permite utilizar esses requisitos e prerrogativas como componentes em nossas relações até que sejam efetivamente concluídas para que possamos utilizá-las, quando, a partir dai sendo Brasil signatário através da adesão ou retificação, esse Tratado passará a fazer parte do nosso ordenamento jurídico.

37. No entanto, com base nas questões levantadas pelo recurso da licitante **VAZ DIAS PROPRIEDADE INDUSTRIAL LTDA.**, suscitadas que influenciam diretamente na formulação das propostas, emerge a necessidade de nova verificação quanto à temática e análise em relação à possibilidade de prosseguimento do certame ou seu cancelamento para os devidos saneamentos.

38. Convém enfatizar que o edital é considerado como a “lei do certame”, sendo uma das consequências práticas dessa premissa o fato de que as especificações nele estabelecidas são critérios decisivos no julgamento das propostas dos licitantes. Suas regras possibilitam o conhecimento aos interessados acerca do inteiro teor do procedimento licitatório, e, ao mesmo tempo, representam uma limitação à discricionariedade do dirigente, uma vez que apenas serão utilizados os critérios objetivos, isonômicos e transparentes elencados nesse instrumento convocatório.

39. É a observância estrita a essas normas que contribuem para o bom êxito do processo licitatório como um todo, o que nos permite afirmar que o Edital vincula legitimamente tanto a Administração quanto os licitantes, cujo descumprimento das disposições impõe violação ao direito dos licitantes que se submeteram ao certame, segundo regras claras e previamente fixadas, estáveis e iguais para todos os interessados, maculando assim os princípios norteadores da competição, o que não pode ser admitido em nenhuma hipótese.

40. Nesse contexto, merece destaque o art. 41 da Lei n.º 8666/93, o qual dispõe que a Administração não pode descumprir normas do edital ao qual se está estritamente vinculada. Trata-se do **princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**, também consubstanciado no art. 3º da referida Lei, anunciando o Edital como lei do certame e vinculador aos que dela participam, tanto na qualidade de condutor quanto de participantes..

41. Sendo assim, ***“a Administração, segundo esse princípio, deve prender-se à linha que traçou para a realização do certame, ficando adstrita às regras que estabeleceu”*** [2]. O mesmo entendimento é adotado pelo STF,ao

decidir *in verbis*:

A Administração, bem como os licitantes, está vinculada aos termos do edital [art. 37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto” (STF. RMS-AgR nº 24.555/DF, 1ª T., rel. Min. Eros Grau, j. em 21.02.2006). (Grifo nosso).

42. Vale frisar que o edital possui o condão de estabelecer os critérios objetivos que permitem às licitantes concorrerem em igualdade de condições, conforme determina o art. 44 da Lei n. 8.666/1993, vejamos:

Art. 44 - No julgamento das propostas, **a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital** ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. (grifo nosso).

43. Consoante disposição legal supramencionada, os fatores de julgamento das propostas são aqueles aferidos no edital, cujas especificações preponderam para avaliação das mesmas, segundo a natureza do objeto.

44. Ademais, a formulação das propostas não comporta tão somente as questões financeiras e orçamentárias, mas devem também obedecer às exigências qualitativas insertas instrumento convocatório (composto do Edital e seus anexos), sob pena de desclassificação, *in casu*, especialmente por se tratar de **uma licitação cujo critério de julgamento é técnica e preço.**

45. Havendo, por iniciativa de qualquer parte legítima – elencadas na legislação de regência – dúvidas, discordância ou mesmo verificação de vícios em relação a tais exigências, é possível, no prazo legal, que sejam realizados pedidos de esclarecimento ou impugnação ao edital, impondo-se à Administração a adoção das medidas cabíveis com vistas ao prosseguimento do certame sem máculas.

46. Tal situação, no entanto, não corresponde ao caso ora sob análise, que embora não suscitado e aceitos exigências editalícias quando do início do certame por todos os participantes foi posteriormente objeto de irrisignação de uma licitante que em sede de Recurso arguiu a suposta exigência desarrazoada que após as diligências, restou confirmado o vício de origem no Edital, resultando no pedido de anulação do procedimento para a reformulação e adequação do Edital as normas amparadas pela legislação vigente.

47. Nesse patamar é que a suposta inconsistência observada, a qual gerou a desclassificação da Recorrente baseada na análise e manifestação da unidade técnica, que apesar de arguir que a licitante aceitou as regras pois não impugnou o edital no momento oportuno, **merece prosperar, na medida em que a exigência afeta diretamente o certame** afastando possíveis concorrentes haja vista a exigência que revela-se desarrazoada.

48. Assim, verificado o erro quando da análise e julgamento das propostas das licitantes competidoras, não há como continuar o procedimento, que, como já mencionado, implicam em condições avaliadoras pois o certame tem julgamento por técnica e preço, e a exigência estipulada no Termo de Referência refere-se diretamente a avaliação para pontuação técnica, que como dito alhures sem amparo legal impossibilitou a participação de um universo maior inibindo e conseqüentemente prejudicando a competitividade.

49. Tal exigência que compõem o Termo de Referência anexo que como parte integrante do Edital, tem que ser transparente e precisa, indicando corretamente os requisitos indispensáveis a consecução do objeto que se pretende contratar, com especificações rigorosamente estabelecidas dentro da legislação de regência.

50. No caso concreto, o cerne da questão é uma exigência ilógica e desarrazoada, consubstanciada como um **erro no Termo de Referência, que *in casu* é de origem**, viciou assim a fase interna da instrução processual, refletindo na competitividade impossibilitando assim que o certame tivesse maior amplitude e atingisse maior número de participantes, sendo portanto, **um erro insanável.**

51. Então restando confirmada a existência de vício insanável não há como dar continuidade ao procedimento, cabendo sua anulação e desfazendo-se seus efeitos, haja vista que a elaboração do edital e seus anexos subordinam-se a regras vinculantes previstas em Lei.

52. Nesse sentido, leciona o mestre Marçal Justen Filho (*in Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2006, pág. 470*), *in verbis*

“Quando, houver vício não suprível, o silêncio do particular é irrelevante e não provoca suprimento do vício. A omissão do interessado pode impedi-lo de valer-se da via recursal (art. 41 § 2º), mas não exclui seu direito de obter tutela jurisdicional acerca da matéria (mantém-se seu interesse de agir). O defeito permanecerá existente. A Administração Pública, tomando conhecimento (mesmo informalmente) dele, terá o dever de reconhecê-lo e desfazer o ato.”

53. Aduz-se por relevante que as disposições insertas no Termo de Referência devem ser precisas corretas pois como basilares e compõem o regramento da competição, pois é baseada na nitidez e certeza dessas informações que será efetuada a disputa e entre os competidores, possibilitando além da formulação das propostas e a oferta dos serviços pelos licitantes.

54. Logo o objetivo dessas especificações dispostas no Termo de Referência,- o qual é parte integrante do edital -, é transmitir aos participantes do certame de maneira exata e correta, os elementos necessários e suficientes, que possibilite a formalização das propostas possibilitando assim um julgamento objetivo e transparente, dentro dos princípios que norteiam a licitação, sobretudo os da igualdade e da moralidade.

55. Assim, sendo motivado pelo questionamento da licitante Recorrente em sede de Recurso, que ocasionou análise e diligência, pois a exigência que compõe o Termo de Referência como parte integrante ao edital, que é a peça chave da abertura do procedimento e representam regras estipuladas que permearão todas as fases e a elas se aterão todos os que responderem ao chamamento já que servem de parâmetro para contratação, impôs nova análise e diligência nesse particular, sendo constada o vício de origem, que insanável, impôs a anulação do procedimento.

56. É cediço que o Edital como ***lei do certame tem que ser: claro, explícito e transparente a cerca de todas as exigências necessárias, cujas regras objetivas e precisas possibilitem as participantes apresentação de propostas em fiel consonância ao objeto e conseqüentemente o sucesso do certame.***

57. Dessa feita, quando as informações são desarrazoadas no tocante a contratação requerida ou o Edital está incompleto não há como prosperar o certame e a licitação pode ser invalidada, já que acarretou prejuízo para terceiros – que embora em condições de participar deixou de fazê-lo - dependendo da gravidade da ocorrência, tal como *in casu* cujo azo ocasionou o afastamento de possíveis licitantes pela equivocada exigência consubstanciando assim ***vício de origem devendo ser a licitação anulada e refeito o certame.***

58. Verifica-se que a desarrazoada exigência no termo de referência que compõe o Edital Convocatório, viciou o certame desde seu início, havendo, por conseguinte, fundada razão para o desfazimento da licitação mediante anulação.

59. Sobre o assunto, trazemos à colação entendimento do mestre Marçal, Justen Filho (idem, idem, idem, pág. 474):

“Outra espécie de vício ocorrerá quando as regras previstas no edital não tiverem pertinência com o objeto a ser contrato ou com a finalidade concreta buscada pela Administração . Isso se verifica quando as regras forem inadequadas à mensuração da idoneidade do contratante ou à semelhança da melhor proposta para contratação desejada.”

60. É imperioso, dizer que o prévio exame das minutas por parte do órgão jurídico desta IFES é tão-somente quanto do princípio da legalidade, a fim de assegurar que o edital e contrato não contenham estipulações adversas à lei, quer para Administração quer para os licitantes, já que o princípio basilar da licitação é um edital explícito e transparente no qual estão contidas cláusulas e condições que asseguram a eficácia do certame.

61. Assim, comprovado que o vício de origem no certame inviabilizou a competição, restando ser anulada, e posteriormente repetida com saneamento de tal vício.

62. Por outro lado o art. 49 da Lei nº 8.666/93, assim prevê:

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. (grifamos).

§ 1º - A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do ar. 59 desta Lei.

63. A norma legal supramencionada preceitua que a Administração antes de adjudicar o objeto ao licitante vencedor, poderá caso haja alguma ilegalidade ou vício no certame, anular o julgamento ou todo o procedimento, e ainda, por motivo de conveniência ou oportunidade, revogar a licitação se constatado a ocorrência do fato depois de instaurada a competição.

64. Impõem ainda a mesma norma que a anulação ou revogação deve ser expressamente motivada, já que o desfazimento do procedimento **quando viciado é dever-poder da Administração, porquanto importa nos princípios da igualdade, da moralidade e da legalidade** que norteiam uma licitação.

65. Por outro lado, a faculdade de anular os ato administrativo decorre do próprio poder genérico da Administração previsto na Súmula 473, e como meio de autotutela, assim, se existe no procedimento alguma discrepância que viciou sua lisura, compete a Administração exercitar a autotutela, pois só pode agir *secundum legem*, cujos efeitos devem ser *ex tunc*, *porque atos eivados de vícios não podem gerar direitos*.

66. Também a Lei nº 9.784, de 29.01.1999, que Regula o processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 53, assim determina:

Art. 53- A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revoga-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos

67. Observa-se que a invalidação do ato é obrigatória, por força do princípio da legalidade, pois como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello “*a Administração Pública, que somente pode agir nos termos da lei, não pode conviver com atos ilegais*” (in *Curso de Direito Administrativo, 17ª ed. Ver. E atual, São Paulo, Malheiros, 2004*), pois cabe à *Administração a tutela do interesse público*, assim ao exercitar *de ofício* essa prerrogativa estará agindo dentro da sua função controladora.

68. *In casu*, comprovado está à existência de vício insanável que de origem viciou a competição desde sua fase interna, pois o Termo de Referência que compõe o Instrumento Convocatório está equivocado, já que a exigência ao cumprimento as normas do Tratado de Budapeste ainda não podem ser utilizadas, considerando que o mesmo ainda não compõem nosso ordenamento jurídico, cujas gestões ainda estão em andamento para serem concretizadas, cabendo ser sanado imediatamente, em honra dos princípios basilares da Administração Pública, já que é dever-poder da Administração a autotutela do ato nos termos da Súmula 473 da Excelsa Corte, que impõe:

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

69. Conforme preleciona, Helly Lopes Meirelles, (in *Licitação e Contratos Administrativos*, Ed. Revista dos Tribunais, 7ª ed., 1987, pág. 49), o dever de invalidar é insito da Administração diante de atos desconformes à lei aos princípios, *verbis*:

“Anula-se o que é ilegítimo; revoga-se o que é legítimo, mas inconveniente ou inoportuno. Os poderes de revogação e de anulação administrativa são inerentes à Administração constem ou não constem da Lei”.

70. Em vista disso, há fundada razão para que se reconheça o vício de invalidade no procedimento, na forma conceituada pelo caput do art. 49 do Estatuto das Licitações, cabendo, por conseguinte a anulação do certame.

71. No entanto, o desfazimento da licitação na forma pré-questionada, já foi objeto de decisão de nossos Tribunais, cujo Acórdão, a seguir, transcrevemos:

Anulação – poder/dever

TRF/1ª Região

DECISÃO: A Administração tem o poder/dever de revisar seus atos ilegais ou danosos aos interesses públicos, desde que o faça mediante justificção. No caso, a anulação do ato administrativo ocorreu tendo em vista irregularidade detectada nos documentos utilizados para a habilitação.

TRF – 4ª Região, 2ª Turma. MAS nº 41.5046, DJU 21 set. 1994, p. 52780.

*Anulação – revogação – diferença – contraditório*TRF/1ª R. decidiu: 1. *Verificada a existência de irregularidade no processo licitatório impõe-se sua anulação e não revogação, haja vista que esta obedece a critérios de conveniência ou oportunidade da Administração.*

2. *Em qualquer caso, no entanto, o desfazimento do certame requer justa causa a ser aferida em processo administrativo regular, com respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, conforme expressamente preconizado no artigo 49, parágrafo 3º, da Lei nº 8.666/93.*

TRF 1ª Região, 3ª Turma REOMS nº 1998.01.00.008247-4/PA. DJ 29 maio 2003 – Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública, vol. 18, ano 2, jan.2003, p.2256

72. Por outro lado, na forma do § 2º do mesmo dispositivo legal não há obrigação de indenizar os participantes posto que o certame foi anulado por motivo de legalidade, detectada na fase de julgamento da competição.

73. No entanto, em obediência ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório insulado no art. 5º, LV da Carta Maior, e previsto no art. 49, § 3º, da Lei das Licitações deve a Sr. Presidente da CPL notificar aos licitantes acerca da proposição da Comissão.

74. Por fim, recomenda-se a unidade requisitante UNIVERSITEC e para escoreta instrução processual, a elaboração dos **Estudos Preliminares** com a perfeita discriminação dos requisitos essenciais que nortearam o processo licitatório e listados no Termo de Referência em consonância com a legislação de regência.

III – CONCLUSÃO:

75. Por todo o exposto e o por tudo que dos autos consta, manifestamo-nos pela **anulação da Tomada de Preços no. 01\2020**, com fundamento no art. 49, da Lei das Licitações por vício insanável no Termo de Referência, arguida na peça recursal de licitante Recorrente que após devida análise constatou-se ser desarrazoada e sem amparo legal.

76. Considerando tal ocorrência e as circunstâncias que envolvem o procedimento sugerimos:

- **dar ciência aos licitantes da ocorrência, com vistas ao princípio do contraditório e ampla defesa;**
- **anulação do certame por ocorrência de vício insanável;**
- **efetuar estudos preliminares atualizado para compor o processo licitatório;**
- **proceder as devidas correções no Termo de Referência adequando os requisitos necessários à contratação a nossa legislação de regência, tendo o cuidado de enumerá-las mediante a análise procedida nos estudos preliminares que apontam a real necessidade das exigências objetivadas no certame; e**
- **finalmente proceder gestões à nova licitação com ampla divulgação, a fim de atingir maior números de interessados visando dar ampla competitividade ao certame.**

À consideração superior.

Belém, 17 de fevereiro de 2021.

MARIA DO ROSÁRIO DE FÁTIMA SANTOS DE MATTOS

Procuradora Federal

OAB/PA - 2963

SIAPE - 6677391

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23073017996201952 e da chave de acesso 94d7b8ba