



PARECER JURÍDICO

MANIFESTAÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

CONCORRÊNCIA ELETRÔNICA Nº 01/2024

Processo Administrativo Nº 086/2024

Recorrente: CONSTRUTORA FORTE BRASIL LTDA - EPP/SS

Recorrida: NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI

OBJETO: Contratação de empresa especializada para pavimentação asfáltica de várias ruas do município de Coremas-PB, conforme projeto básico.

1 - DA TEMPESTIVIDADE

A empresa CONSTRUTORA FORTE BRASIL LTDA - EPP/SS, apresentou intenção de recurso em **24/04/2024 - 19:27:27** via sistema do Portal de Compras de Pública, tendo a intenção recursal sido deferida pelo agente de contratação no dia 26/04/2024 - 08:21:25, oportunidade em que foi concedido prazo para apresentação das razões recursais até 02/05/2024 às 18:00 hs.

Tempestivamente a empresa CONSTRUTORA FORTE BRASIL LTDA - EPP/SS, apresentou razões recursais em **02/05/2024 - 15:05:08**.

2 - DA ABERTURA DE PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE CONTRA - RAZÕES.

Interposto o Recurso por parte da empresa CONSTRUTORA FORTE BRASIL LTDA - EPP/SS, o agente de contratação possibilitou a apresentação de contra razões, até o dia 07/05/2024 às 18:00 hs.

Tempestivamente, a empresa NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI encaminhou suas contra-razões via email, tendo as mesmas sido anexada aos autos.

3 - MOTIVAÇÃO DA INTENÇÃO DE RECORRER

A empresa recorrente, alega em síntese em suas razões recursais:

Que o ora Recorrente foi declarado arrematante via sistema no dia 03/04/2024, às 10:22:57 hs.

Que o agente de contratação no 03/04/2024, às 11:14:25 abriu prazo até as 13:15 hs do mesmo dia, para que no prazo de 02 horas a recorrente apresente - se sua documentação de habilitação conforme previsto no edital, por meio do sistema, em formato digital.

Que às 13:03:22 hs, faltando 12 minutos para expirar o prazo, a empresa apresentou mensagem no chat, informando que não estava



conseguindo anexar os documentos no sistema, tendo pedido prorrogação do prazo.

Que o pedido de prorrogação foi indeferido pelo agente de contratação, impossibilitando a empresa de cumprir a diligência.

Que a empresa NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI, teria descumprindo os termos do edital, notadamente o item 6.9.1 do Edital da Licitação em questão, já que o prazo máximo para a prestação da garantia de proposta era até a data e horário da abertura desse certame, mais precisamente em 03/04/2024 às 09:00, tendo a empresa vencedora apenas encaminhado o comprovante posteriormente.

Que a empresa NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI, também teria descumprido o item 12.3.2, que trata de Cadastro de Contribuinte Municipal, que no município de Patos/PB sede da empresa já citada corresponde ao CIM - Cadastro de Inscrição Municipal, que por sua vez, para ser emitido a empresa tem que estar em dia com a prefeitura.

Por fim, requer a procedência do recurso impetrado, com efeito para que, reconhecendo-se a irregularidade da decisão tomada inicialmente pelo Agente de Contratação, admita-se a participação da empresa Recorrente, para que seja solicitada novas diligências para a empresa CONSTRUTORA FORTE BRASIL possa apresentar a Documentação de Habilitação e a Proposta de Preços e Inabilitar a empresa NIEMAIA CONSTRUCOES, por descumprimento das normas editalícias.

4 - DA ANÁLISE DOS FATOS:

4.1. DA ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE INABILITOU A EMPRESA RECORRENTE.

Estabelece o Instrumento Convocatório:

12.6.Os documentos exigidos para habilitação serão enviados por meio do sistema, em formato digital, Após a etapa de lances no prazo de 2 (duas) horas, contado da solicitação do Agente de Contratação, prorrogável por igual período, nas seguintes situações:

12.6.1.Por solicitação do licitante, mediante justificativa aceita pelo Agente de Contratação



Conforme análise do Edital, o prazo previsto para o encaminhamento da documentação de habilitação da empresa vencedora é de 02 (duas) horas, contando da solicitação do agente de contratação, podendo ser prorrogado por solicitação do licitante, **mediante justificativa plausível e documentada aceita pelo Agente de Contratação.**

De acordo com as mensagens constante no chat, consignada em Ata, o Agente de Contratação às 11:14:25, do dia 03/04/2024, abriu prazo até as 13:15 hs (02 duas horas), para que a empresa apresenta - se sua documentação de habilitação conforme previsto no edital.

Ocorre, que faltando apenas 12 minutos para expiração do prazo, mas precisamente às 13:03:22 hs, a empresa apresentou mensagem no chat, informando que não estava conseguindo anexar os documentos no sistema, tendo pedido prorrogação do prazo.

Contanto, a empresa não juntou/anexou a seu pedido, nenhum documento comprobatório de sua alegação, como o **Print da Tela do Portal de Compras Pública**, demonstrando que o Arquivo não estava sendo enviado e/ou **chamado aberto via email a empresa gerenciadora do sistema** e/ou **protocolo de atendimento telefônico informando o ocorrido.**

Frise - se, que a responsabilidade dos arquivos sobre o envio é do próprio Portal de Compras Públicas junto com a referida empresa recorrente, cabendo a parte no mínimo apresentar qualquer início de prova documental no seu pedido de prorrogação.

Além disso, a empresa recorrente poderia ter encaminhado a documentação solicitada (Documentação de Habilitação) através do email: coremaslicita@gmail.com, constante no preambulo do edital ou ter entrado contato em via telefone Tel.: (83) 3433-1074, contanto não tomou nenhuma das atitudes mencionadas, resumindo - se, somente a informar que não estava conseguindo atender a diligência de juntada dos documentos de habilitação no prazo estabelecido por falha no sistema.

Ressalte - se ainda, que a **empresa recorrente durante o transcorrer do certame**, teve várias oportunidades para anexar seus documentos de habilitação, não tendo o feito em nenhum momento, seja na fase de proposta, habilitação ou recursal, inclusive poderia ter apresentado também por **ocasião do encaminhamento das razões recursais, como forma de comprovar que a época da diligência possuía os documentos de habilitação previsto e solicitados no edital.**



Contanto, a empresa em sua peça recursal, apenas apresentar fundamentos vazios e sem lastro probatório documental que comprove seus argumentos.

Caso, realmente tivesse ocorrido intercorrência do sistema no momento alegado, a empresa poderia **ter solicitado uma certidão/declaração ou documento congênere a empresa gerenciadora do sistema**, comprovando que naquele determinado momento o sistema estava inoperante para o mesmo, contanto não juntou as suas alegações recursais qualquer prova, mas tão somente, o contrato social da empresa, documentos dos sócios e cartão de CNPJ.

Assim, no entender desta procuradoria, o agente de contratação não cometeu nenhum ato ilegal ou irregular ao inabilitar a empresa recorrente pela não apresentação de nenhum documento de habilitação previsto no edital, pois o pedido de prorrogação foi carente de motivação e injustificado, não podendo o agente de contratação conceder uma prorrogação de prazo, sem o devido respaldo fático e probatório, sob pena de incorrer em descumprimento ao princípio licitatório da igualdade entre os licitantes.

Logo, não cabe razão ao recorrente em ralação ao argumento tecido em suas razões recursais, **visto que em nenhum momento de todo processo ou na via recursal, foi encaminhado a referida documentação de habilitação pelo sistema (Nas diligências ou na Fase Recursal, ou pelo email da comissão com solicitação para anexação nos autos)**, bem como não foi juntado a peça recursal documentos comprobatório de problemas no sistema, como **certidão/declaração** da empresa gerenciadora do sistema informando problemas, **comprovação de abertura de chamada técnico via email ou telefônico ou Print da TELA DO PORTAL**.

4.2 - DA ALEGAÇÃO DE QUE A EMPRESA VENCEDORA TERIA DESCUMPRINDO O ITEM 12.3.2, POR NÃO TER APRESENTADO O CADASTRO DE CONTRIBUINTE MUNICIPAL - CIM.

Estabelece o Item 12.3.2 do Edital:

12.3.2. Prova de inscrição no cadastro de contribuintes municipal, relativo à sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual.

Analisando a documentação de habilitação apresentada pela empresa vencedora NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI, observou -se que a referida empresa apresentou o **Alvará de Localização e Funcionamento expedido pela Prefeitura Municipal de Patos - PB**, comprovando sua inscrição junto ao cadastro Municipal de contribuinte deste Município, bem como apresentou a **FICHA DE**



INSCRIÇÃO DO CONTRIBUINTE junto ao Governo do Estado da Paraíba, demonstrando de forma veemente o cumprimento do disposto no item do 12.3.2 do edital.

Além disso, apresentou a **certidão de regularidade para com a Fazenda Municipal da Cidade de Patos - PB**, comprovando também que se encontra inscrito no cadastro de contribuintes municipal e regular com suas obrigações fiscais, pois caso não estivesse, nem mesmo **Certidão Municipal ou Alvará de Funcionamento** poderia ser expedido em favor da empresa declarada vencedora.

Frise - se também, que analisando o Contrato Social da empresa e suas alterações e o COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL, observa - se que a empresa encontra - se com situação cadastral de inscrição desde 12/02/2009, já tendo existência jurídica na Cidade de Patos - PB a 15 anos.

Assim, esta procuradoria entende que não cabe razão a empresa recorrente, não tendo o agente de contratação cometido nenhuma irregularidade ao habilitar a empresa vencedora neste item.

4.3 - DA ALEGAÇÃO DE QUE A EMPRESA VENCEDORA TERIA DESCUMPRINDO O ITEM 6.9.1 DO EDITAL.

Estabelece o Item 6.9.1 do Instrumento Convocatório:

6.9.1. Comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, no valor equivalente a R\$ 66.781,50. Essa comprovação terá como referência o momento de apresentação da proposta, portanto, o prazo máximo para a "prestação" da referida garantia é até a data e o horário previstos para abertura da sessão pública desta licitação. Encerrada a etapa de envio de lances e após a avaliação da conformidade da proposta, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, o referido comprovante deverá ser encaminhado por esse proponente no prazo de 2 (duas) horas, contado da solicitação do Agente de Contratação. Caberá ao licitante optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

- a) caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia;
- b) seguro garantia;
- c) fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil;
- d) título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total.



Conforme análise do Edital, a administração possibilitou aos participantes do certame, dois momentos distintos para apresentação da garantia da proposta:

1 - Até a data e o horário previstos para abertura da sessão pública desta licitação.

2- Após o Encerramento da etapa de envio de lances e após a avaliação da conformidade da proposta, no prazo de 2 (duas) horas, contado da solicitação do Agente de Contratação.

Verificada a Ata da sessão, observou - se que a empresa NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI foi declarada arrematante/vencedora da fase de lances no dia 03/04/2024, às 13:40:51.

No mesmo dia (03/04/2024), às 16:12:31 hs, o agente de contratação inseriu nova mensagem no sistema concedendo a empresa NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI **o prazo de 2 (duas) horas para apresentação da documentação de habilitação e o prazo de 24 (vinte e quatro) horas**, para o encaminhamento da proposta atualizada, adequada ao último lance ofertado e após a negociação realizada.

Atendendo, a solicitação de diligência do agente de contratação a empresa NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI apresentou no dia 03/04/2024, às 16:16:13, ou seja, quatro minutos após a abertura do prazo e dentro do prazo de 02 duas horas toda a documentação de habilitação, sua proposta atualizada e demais peças orçamentárias e a garantia de proposta.

Apresentada a documentação arrolada, foi encaminhado a proposta para análise para o setor de engenharia, tendo o engenheiro do Município se manifestado pela regularidade da proposta.

Posteriormente, o Agente de Contratação do Município analisou toda documentação apresentada pela empresa NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI, tendo concluído pela habilitação da empresa, pelo cumprimento integral do edital e apresentação de todos os documentos de proposta e habilitação solicitados no instrumento convocatório.

Este procurador, diante do fato trago a discussão, realizou a análise dos documentos apresentados pela empresa declarada vencedora NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI, não tendo verificado nenhuma falha ou irregularidade que pudesse ter ocasionado a inabilitação do concorrente.

Com relação especificamente ao documento de garantia de proposta, observou - se que a empresa NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI apresentou referido documento no dia 03/04/2024, às 16:16:13, ou



seja, dentro do prazo de 02 horas após a solicitação dos documentos por parte do agente de contratação, em atendimento a parte final do item 6.9.1 do edital.

Frise - se, que inclusive foi aberto pelo Agente de Contratação via **Sistema no dia 03/04/2024, às 11:00:06 hs**, prazo para apresentação de intenção recursal referente a fase de proposta de preço até às 11:10 hs do mesmo dia, **não tendo sido apresentado intenção recursal por nenhuma das empresas concorrentes referente a fase de propostas.**

A Nova Lei de Licitações, que entrou em vigência plena a partir de 02 de janeiro de 2024, por sua vez, em seu art. 17, definiu como regra as seguintes fases do processo licitatório, em sequência:

- a) preparatória;
- b) de divulgação do edital de licitação;
- c) de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- d) de julgamento;
- e) de habilitação;
- f) recursal; e
- g) de homologação.

A Lei ainda prevê que a fase de habilitação (alínea "e") poderá anteceder a de apresentação de propostas (alínea "c"), mediante motivação.

Isto é: a regra agora é a apresentação das propostas e, somente, após o julgamento, a análise da habilitação.

Na esfera federal, a **Instrução Normativa SEGES/ME nº 73, 30 de setembro de 2022**, ao dispor sobre as licitações eletrônicas de bens, serviços e obras, com critério de julgamento por menor preço ou maior desconto, **define que o momento de envio de documentos relacionados à proposta e habilitação será após a disputa (julgamento).**

No momento do cadastramento **da proposta no sistema, o licitante não anexa documentos**, apenas preenche informações relacionadas ao objeto ofertado e ao preço.



Veja-se:

Art. 18. Após a divulgação do edital de licitação, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, a proposta com o preço ou o percentual de desconto, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública.

§ 1º Na hipótese de a fase de habilitação anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do art. 8º, os licitantes encaminharão, na forma e no prazo estabelecidos no caput, simultaneamente os documentos de habilitação e a proposta com o preço ou o percentual de desconto, observado o disposto no § 1º do art. 36 e no § 1º do art. 39.

[...]

Art. 29. Encerrada a etapa de envio de lances da sessão pública, o agente de contratação ou a comissão de contratação, quando o substituir, realizará a verificação da conformidade da proposta classificada em primeiro lugar quanto à adequação ao objeto estipulado e, observado o disposto nos arts. 33 e 34, à compatibilidade do preço ou maior desconto final em relação ao estimado para a contratação, conforme definido no edital.

§ 1º Desde que previsto no edital, o órgão ou entidade promotora da licitação poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.

Art. 39. A habilitação será verificada por meio do Sicaf, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º ou por aqueles que aderirem ao Sicaf.

§ 1º Os documentos exigidos para habilitação que não estejam contemplados no Sicaf serão enviados por meio do sistema, quando solicitado pelo agente de contratação, ou comissão de contratação quando o substituir, até a conclusão da fase de habilitação.

§ 2º Será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas do licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do art. 8º,



observado, nesta hipótese, o disposto no § 2º do art. 64 da Lei nº 14.133, de 2021

Desta feita, surge a seguinte questão: Se na apresentação da proposta não é possível juntar documentos e a análise dos documentos para fins de habilitação é realizada apenas do licitante vencedor, como dar cumprimento à garantia da proposta como requisito de pré-qualificação?

O Tribunal de Contas da União - TCU, em entendimento firmado analisando certame embasado na Lei nº 8.666/1993, posicionou-se pela inviabilidade de cobrança de garantia de proposta antes da fase de habilitação, para não permitir o conhecimento antecipado das empresas que efetivamente participariam do certame:

Licitação. Qualificação econômico-financeira. Garantia da proposta. Momento. É irregular a exigência de prestação de garantia da proposta antes da data de apresentação dos documentos de habilitação, pois não encontra amparo na Lei 8.666/1993 e permite o conhecimento antecipado das empresas que efetivamente participarão do certame, o que pode comprometer o caráter competitivo da licitação.

O entendimento do TCU ao meu ver é o mais correto e coerente, pois impossibilita o conhecimento antecipado das empresas participantes, evitando acordos e combinações entre empresas previamente.

Logo, entendemos que a garantia da proposta deve ser exigida apenas após a fase de disputa aberta, quando houver, a apresentação da proposta atualizada ao lance final, como ocorreu no caso em discussão e tem previsão na parte final do item 6.9.1 do edital.

Caso se fosse exigir a garantia da proposta até a data da abertura da sessão, os licitantes deveriam registrar suas propostas iniciais no prazo fixado no edital para poderem participar da disputa. Assim, o sistema deveria fornecer campo para anexar a garantia das propostas dos licitantes. No momento da abertura da sessão pública, a Administração teria acesso aos documentos inseridos pelos licitantes, desclassificando aqueles que não apresentassem a garantia de proposta de acordo com as condições exigidas.

No caso dos autos em análise, o sistema não disponibilizou previamente campo próprio para juntada de qualquer garantia de proposta como condição de pré - habilitação.



Desta feita, não existe fundamento fático ou jurídico para desclassificação da proposta da empresa vencedora NIEMAIA, pois no sistema nem mesmo foi disponibilizado campo próprio para juntada de garantia de proposta prévia, também pelo fato da empresa ter realizado a juntada de sua garantia no momento da solicitação do agente de contratação e no prazo de duas horas, bem como ainda por não ter sido apresentado na fase de proposta nenhuma intenção recursal, mesmo o agente de contratação tendo aberto o prazo.

Logo, o mais coerente e correto é que após a etapa de lances, quando o agente de contratação convocar o licitante melhor classificado para a apresentação de proposta readequada ao último valor ofertado na disputa, exija a garantia de proposta.

Frisa-se que atualmente, nas plataformas eletrônicas, os concorrentes não são identificados no decorrer da etapa de lances, apenas ao término da disputa.

Assim, a apresentação da garantia da proposta antes da fase aberta de disputa ocasionaria indevida violação do sigilo das propostas dos concorrentes.

A revogada Lei nº 8.666/1993 dispunha sobre o não sigilo das licitações, exceto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

O revogado Decreto nº 10.024/2019, ao regular o pregão eletrônico, disciplinava que no decorrer da etapa de lances da sessão pública os licitantes não poderiam ser identificados.

A Lei nº 14.133/2021, no mesmo sentido da revogada Lei nº 8.666/1993 e do entendimento do TCU, disciplinou que as licitações não serão sigilosas, exceto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura:

Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único. A publicidade será diferida:
I - quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

A IN nº 73/2022 reforça o entendimento de que durante a sessão pública é vedada a identificação do licitante:



Art. 21. Iniciada a fase competitiva, observado o modo de disputa adotado no edital, nos termos do disposto no art. 22, os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

[...]

§ 6º Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do melhor lance registrado, vedada a identificação do licitante.

Por fim, importante evidenciar que o Código Penal considera crime a violação do sigilo da proposta em licitações:

Violação de sigilo em licitação

Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.

Nesse sentido, a apresentação de garantia de proposta antes do início da sessão pública, tendo em vista a consequente identificação dos licitantes de forma precária, violar o sigilo da proposta, a impessoalidade do certame e estimulando um ambiente propício a formação de conluíus, o que foi evitado pela administração ao somente requerer e cancelar a garantia da proposta após o término da fase de lances.

3.4 - DA MANUTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

O pleito do Recorrente deve ser desprovido por ausência de supedâneo legal e à luz do princípio da dialeticidade, visto que as razões recursais devem efetivamente demonstrar o equívoco da decisão agravada hábil a ensejar a sua reforma, o que não ocorre no presente caso.

Relembro a recorrente que a Lei de Licitações é a regra no procedimento licitatório, pois trouxe à Administração brasileira grandes avanços, sobretudo quanto ao aspecto da moralização dos processos de aquisição de bens e serviços, que prevê que a "licitação destina-se a garantir os princípios seleção da proposta mais vantajosa para administração", e esta exigência é o norte do certame.

De início merece registro Acórdão nº 1211/2021 - Plenário/TCU, onde foi proferida importante decisão no qual é permitido o saneamento de defeitos com vistas à proposta mais vantajosa. O procedimento licitatório deve ter por norte assegurar a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração.



Pois bem, nota-se que as decisões realizadas durante a sessão são claras e irrefutáveis e que a proposta apresentada pela NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI foi a mais vantajosa para a administração.

A desclassificação da proposta da empresa NIEMAIA CONSTRUCOES EIRELI, em virtude das alegações interpostas pela recorrente, de que teria apresentado a garantia de proposta alguns minutos/hora após a data agendada para início da sessão, denota um excesso de formalismo no processo decisório. É relevante destacar que, no início do processo licitatório, foram integralmente incluídos no portal os documentos de habilitação, proposta e demais documentações exigidas. Este último, aliado à proposta, proporciona à equipe técnica os elementos necessários para a devida aferição quanto ao atendimento aos requisitos previstos no edital. Nesse contexto, o artigo 5º da Lei 14.133/2021 ressalta a importância de se evitar formalismos que possam prejudicar a efetividade do processo licitatório.

Se de fato o edital é a 'lei interna' da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda norma emanada pelo Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismos desarrazoados.

Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação de seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação. Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada - ou mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a Licitação.

Não por acaso existe o princípio do formalismo moderado, guardando conformidade com o complexo normativo que rege as relações jurídicas e o direito administrativo, com o objetivo precípuo de privilegiar o interesse público.

Previamente ao detalhamento desse princípio, deve-se dar destaque a outros três.

Esses três são os que fazem com que exista o princípio do formalismo moderado:

1. princípio da economicidade (vantajosidade);



2. princípio da eficiência; e
3. princípio da supremacia do interesse público.

Importa salientar que todos esses princípios também constam do rol presente no artigo 5º da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2021). O princípio do formalismo o moderado tem se mostrado um importante instrumento na tomada de decisões do gestor.

O primeiro desses princípios, o da economicidade, faz com que a Administração busque firmar contratos mais vantajosos economicamente, além de o Poder Público contratar com o melhor gasto, ou seja, que a despesa seja realizada de forma qualitativa. Uma das principais medidas para a aplicação desse princípio é a adoção do critério menor preço. Segundo leciona Marçal Justen Filho (2005, p. 65):

“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse geral por meio da execução do contrato. A maior vantagem configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relacionasse com a prestação a ser executada por parte da Administração, o outro se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresentasse quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a administração pública.”

A economicidade se trata, em suma, de custo-benefício. Ela se caracteriza por fornecer a adequação e satisfação do interesse da sociedade, por meio do cumprimento do contrato administrativo. As licitações possuem essa característica e, por essa razão, o melhor gasto deve ter como resultado a economia aos cofres públicos. Dessa forma, deve o agente público analisar com bastante critério as propostas para que se realize a melhor contratação, gerando eficiência e qualidade.

A eficiência, pode-se concluir, trata da capacidade de obtenção de bons resultados, enquanto a eficácia é exatamente a produção de resultados positivos, oriundos da própria capacidade de ser eficiente.

Tratando-se da supremacia do interesse público, importa salientar que ele parte do pressuposto de que a atuação do Poder Público deve estar pautada no interesse público, sempre em consonância com a Constituição e com as leis. Assim, devem os atos emanados da Administração estar de acordo com a “vontade geral” da população



Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmo os vícios sanáveis os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida pelo instrumento editalício.

Veja que a irresignação da Recorrente não há razões jurídicas que justifiquem a modificação do ato administrativo que atinja a esfera jurídica da empresa vencedora, nos termos do Instrumento Convocatório e da legislação pertinente.

Diante dos fatos apontados, pior, é requerer a alteração do resultado do certame por alegações sem nenhum fundamento legal deixando de contratar com a licitante que apresentou a proposta mais vantajosa à Administração, por ser essa mais econômica e indubitavelmente verossímil e que tenha atendido a todas as exigências do edital, por mero formalismo desarrazoado.

Nesse sentido já se posicionou os tribunais de justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HIPÓTESE DE INABILITAÇÃO DESARRAZOADA. VIOLAÇÃO À DIREITO LÍQUIDO E CERTO **exigência do edital de publicação diária de jornal. Embora seja uma exigência que possa ferir o princípio da concorrência na licitação, o impetrante comprova sua capacidade de tiragem diária. Inabilitação indevida.** Impetrante declarado como habilitado e vencedor do certame. Sentença não merece reforma. REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDO.

(TJ-SP - REEX: 00154407320128260565 SP 0015440-73.2012.8.26.0565, Relator: José Luiz Germano, Data de Julgamento: 30/07/2013, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/08/2013) (grifo)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. **EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO. INTERESSE MAIOR DA ADMINISTRAÇÃO E DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INDEVIDA INABILITAÇÃO DE CONCORRENTE.** ANULAÇÃO PARCIAL. PODER-DEVER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. **"A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta"** (STJ: MS n. 5.869/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 07.10.2002). 2. Considerando que, consoante previsto pelo próprio órgão emitente, a utilização do Certificado de Regularidade do FGTS para os fins previstos em lei, está condicionada à verificação de autenticidade no site, uma vez verificada a autenticidade e **a efetiva regularidade da empresa concorrente, configura excesso de formalismo a inabilitação da licitante que apresentou certificado com data de validade vencida, conforme reconheceu a própria Administração, havendo de prevalecer, no caso, o interesse público da melhor contratação.** 3. Tendo em vista que,



quanto ao comprovante de recolhimento da quantia de 5% (cinco por cento) da avaliação mínima, foi constatado que a empresa concorrente de fato havia apresentado o documento, tendo a comissão de licitação se equivocado quanto a sua falta, apresenta-se legítimo o ato da Administração que, no exercício do seu poder-dever de autotutela e em face da supremacia do interesse público, anulou o procedimento licitatório, na parte em que inabilitou a empresa por tal fundamento. 3. Sentença confirmada. 4. Apelação desprovida.

(TRF-1 - AC: 00200427320084013800 0020042-73.2008.4.01.3800, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, Data de Julgamento: 05/10/2015, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 26/10/2015 e-DJF1 P. 1705)

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CARTA CONVITE. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE. 1. Recurso especial oposto contra acórdão que concedeu segurança postulada pela empresa recorrida por ter a recorrente desclassificado-a em procedimento de licitação carta convite, ao entendimento de que a CEF teria feito, em seu edital licitatório, **exigência com um formalismo excessivo, consubstanciado que a licitante apresentasse, junto com sua proposta, catálogos técnicos ou prospectos do sistema de ar-condicionado**, que foi objeto do certame. 2. A fim de resguardar o interesse público, é assegurado à Administração instituir, em procedimentos licitatórios, exigências referentes à capacidade técnica e econômica dos licitantes. No entanto, **é ilegal a desclassificação, na modalidade carta convite, da proposta mais vantajosa ao argumento de que nesta não foram anexados os manuais dos produtos cotados, cuja especificação foi realizada pela recorrida.** 3. Recurso não provido

(STJ - REsp: 657906 CE 2004/0064394-4, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 04/11/2004, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.05.2005 p. 199)

"É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 - Plenário)"

"É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a



diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993.
(Acórdão 3615/2013 - Plenário)"

Em razão disto, os administradores públicos não podem se deixar levar por rigorismos inúteis e preciosismos técnicos, pois que apenas retardam e oneram o processo de seleção.

Com a habitual precisão, Hely Lopes Meirelles ensina que:

"A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades [...] É um verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam nas suas distorções rotineiras de complicar aquilo que a legislação já simplificou [...] Os administradores públicos devem ter sempre presente que o formalismo inútil que levam a Administração a contratar com uns poucos, em piores condições para o Governo" (ob. cit. p. 121 - grifos nossos).

Oportuno, a propósito, invocar a decisão abaixo, proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo orientação deveria ser seguida no julgamento do presente recurso, verbis:

"Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório" (in RDP 14/240).

Por todo o exposto sem nada mais evocar, esta procuradoria emite parecer pela Improcedência do Recurso Apresentado pela empresa CONSTRUTORA FORTE BRASIL LTDA - EPP/SS, mantendo - se o ato administrativo que declarou vencedor do certame a empresa NIEMAIA CONSTRUÇÕES EIRELI.

Assim, encaminho os autos à autoridade superior para sua análise, consideração e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Coremas/PB, 28 de maio de 2024.

DIMITRYUS DEWEY CARMO BATISTA

Procurador Geral do Município - OAB/PB 32.571

Port.: 217/2023 - D.O.M. 25/10/2023