



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS
Estado do Espírito Santo
Secretaria Municipal de Obras, Infraestrutura e Transporte

DELIBERAÇÃO

Ao tomar ciência dos **RECURSOS ADMINISTRATIVOS (ATA DE TOMADA DE PREÇOS Nº 006/2021 – PROPOSTA DE PREÇOS)** apresentados pelas empresas concorrentes do processo licitatório, foram analisados os fatos ora expostos para que desta forma fosse tomada a decisão por este gestor da Secretaria Municipal de Obras, Infraestrutura e Transporte.

Considerando o recurso apresentado pela empresa Zel Construtora EIRELI – EPP e a empresa denominada GSF Transportes, Locações e Serviços EIRELI, esse gestor optou por requisitar ao corpo jurídico dessa instituição um parecer acerca dos fatos apontados nos recursos das empresas supramencionadas referente ao processo administrativo nº 013.180/2021, cujo objeto trata-se da **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM ENGENHARIA SOB REGIME DE EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO, COM MATERIAL E MÃO DE OBRA, DO TIPO MENOR PREÇO GLOBAL, DESTINADO A EXECUTAR SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO DE RUAS LOCALIZADAS NO BAIRRO MORADA DO LAGO E NO BAIRRO AROEIRA, NO MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS/ES, CONFORME PLANILHA ORÇAMENTÁRIA, CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO, MEMORIAL DESCRITIVO E PROJETOS.**

Considerando a retificação do Parecer Jurídico nº 912/2021 (sob as fls.1024 a 1035) e passa a valer o Parecer Jurídico nº 1028/2021, apensado nos autos do processo sob as páginas 1041 a 1052, elaborado pela a Procuradoria Geral do Município, onde a mesma expõe fatos conjuntamente a fundamentação jurídica e opina que não houve excesso de formalismo na desclassificação da empresa denominada Zel Construtora EIRELI – EPP.

Diante de todos os fatos expostos, fica mantida a decisão referente a desclassificação da Empresa Zel Construtora EIRELI – EPP.

Sendo o que se apresenta para o momento, nos colocamos à inteira disposição para outros esclarecimentos que julgarem necessários.

Em 24 de Novembro de 2021.

JOÃO ADIR OLIVEIRA SCARDINI
SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS, INFRAESTRUTURA E TRANSPORTE
Decreto nº 12.953/2021
Prefeitura Municipal de São Mateus/ES

PARECER Nº: 1028/2021

PROCESSO Nº: 013180/2021

INTERESSADO: LICITAÇÃO

PARECER JURÍDICO

ADMINISTRATIVO. DÚVIDA JURÍDICA.
SECRETARIA MUNICIPAL DE OBRAS,
INFRAESTRUTURA E TRANSPORTES. EXCESSO DE
FORMALISMO. MATÉRIA DE IMPUGNAÇÃO DE
EDITAL. BUSCA PELA PROPOSTA MAIS
VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

I – RELATÓRIO

Os autos vieram a esta Procuradoria Geral Municipal para elaboração de parecer acerca da **DÚVIDA JURÍDICA** suscitada pela Secretaria Municipal de Obras, Infraestrutura e Transportes, na pessoa do Secretário Municipal, Sr. Albino Enezio dos Santos, o qual solicita esclarecimento sobre a **EXISTÊNCIA OU NÃO DE EXCESSO DE FORMALISMO NA DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA ZEL CONSTRUTORA EIRELI-EPP**, na Tomada de Preços nº 006/2021.

O procedimento em tela foi encaminhado pelo Sr. Secretário Municipal de Obras, Infraestrutura e Transportes com solicitação de apreciação de excesso de formalismo referente a desclassificação da ZEL CONSTRUTORA EIRELI-EPP, tendo em vista que a referida empresa não apresentou o detalhamento do BDI impresso, conforme requerimento constante no edital, apesar de ter apresentado o detalhamento do BDI no arquivo digital.

A Secretaria Municipal de Obras, Infraestrutura e Transportes, por meio de seu setor de engenharia, forneceu a desclassificação da referida

empresa pelo motivo de a mesma ter apresentado composição de custo unitário condizente com os serviços propostos na planilha orçamentária elaborada para a dada contratação, entretanto, não foi observado nos documentos físicos impressos a composição de custo do BDI dentro do processo licitatório, fato que enseja sua desclassificação.

Em suas razões recursais a empresa ZEL CONSTRUTORA EIRELI-EPP arguiu excesso de formalismo tendo em vista a atitude da equipe de engenharia em ter procedido com sua desclassificação, posto que a composição de custo unitário está condizente com os serviços propostos na planilha orçamentária e a composição de custo do BDI encontra-se devidamente detalhado nos arquivos digitais anexados ao processo licitatório.

Nas contrarrazões recursais, a empresa GSF TRANSPORTES, LOCAÇÕES E SERVIÇOS EIRELI-ME argumentou que foi acertada a desclassificação da empresa acima mencionada, considerando o descumprimento explícito e confesso da recorrente ao normatizado e exigido no instrumento convocatório, tendo em vista que o Edital determina que deverá ser apresentada comprovação de cálculo de BDI pela licitante conforme preconizado no item 5.1 do edital.

Em sua manifestação técnica, a Srª Presidente da CPL se manifesta no sentido de que não houve ilegalidade na desclassificação da empresa ZEL CONSTRUTORA EIRELI-EPP, uma vez que a empresa de fato deixou de apresentar documento da forma em que solicitava o edital, devendo na análise técnica dela ser mantida sua desclassificação.

Cumprе rеssaltar, quе a manifestação desta Procuradoria Geral Municipal terá por base os documentos apresentados no presente caderno administrativo, ou seja, referenciando aos elementos constantes nestes autos, competindo-lhe tão somente, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, pautando a análise com base na legislação e jurisprudências relativas as irresignações, bem como nas contrarrazões opostas.

É o breve relatório. Passo a opinar.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

De acordo com a Lei 8.666/93, uma das principais leis responsáveis por regular o procedimento licitatório, podemos entender a licitação como um processo administrativo, a partir do qual a administração seleciona a proposta mais adequada, de modo que essa seja mais econômica e tenha a melhor qualidade, para contratar uma obra, comprar um produto ou locar/alienar um bem.

O artigo 3º da Lei de Licitações traz em seu rol importantes princípios a serem observados:

“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, foi determinado que a Administração Pública utilizasse a licitação como única forma de contratação pública, contando, entretanto com algumas exceções, apesar de serem bem poucas.

Toda entidade que utilize verba pública de modo direto, ou até mesmo indireto, deverá dar início a um procedimento licitatório para realizar transações, tendo em vista que não possui recursos financeiros próprios para isso.

Um procedimento licitatório segue normas formais e objetivas, através de etapas.

As leis que regem as licitações permitem que o Poder Público tenha seus próprios regulamentos, com suas normas específicas em relação à necessidade das contratações.

Por este motivo, cada procedimento licitatório possui a sua particularidade, e os Editais podem conter termos diferenciados uns dos outros.

O Edital tem como finalidade fixar os requisitos necessários à participação das empresas licitantes, em relação à licitação e futura contratação a partir do o procedimento licitatório.

É necessário que o Edital possua tudo que é determinado pela Lei de Licitações, como os detalhes do órgão que está promovendo a licitação, o número do processo administrativo, todas as características acerca do produto ou serviço a ser prestado, a data e o horário da disputa, os documentos exigidos para habilitação da empresa, entre outros.

Além disso, o Edital tem uma importante função de estabelecer um elo entre a Administração e os licitantes. O documento deve sempre buscar a forma mais clara de redigir o seu texto, sem gerar dúvida ou estabelecer requisitos ilegais.

E é exatamente a partir de sua criação e publicação que nasce para os licitantes a oportunidade de impugná-lo, pois apesar de sua característica vinculatória, existe a possibilidade de serem revistos alguns itens.

A investigação acerca do excesso de formalismo nasce nesse momento.

Sendo assim, importante que analisemos dois pontos importantes: a impugnação ao edital licitatório e as nuances do excesso de formalismo, tendo em vista o princípio da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

II.1 – IMPUGNAÇÃO AO EDITAL LICITATÓRIO E A PRECLUSÃO A ELE ATRIBUÍDA

Existem duas hipóteses de legitimidade para impugnação do edital licitatório: pelo próprio licitante, ou seja, aquele que irá participar do certame licitatório; ou por algum cidadão, desde que seja portador de um título de eleitor.

A licitante deve impugnar o edital com pelo menos 2 (dois) dias úteis de antecedência da data de abertura dos envelopes de habilitação e o cidadão deve impugnar, no mínimo, 5 (cinco) dias úteis antes da ata de abertura dos envelopes de habilitação.

Segundo rege-se pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), A Administração Pública está vinculada as normas do edital, estando estritamente vinculada, conforme descrição literal da Lei e conforme bem colocado nas linhas anteriores.

No entanto, existem algumas aspas que a lei agrega, dando aos licitantes a possibilidade de impugnarem as normas contidas nas linhas do edital, afim de que sejam discutidas suas legalidades e ponderações. Vejamos:

Art. 41 da Lei nº 8.666/93. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1o do art. 113.

§ 2º **Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de**

leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes.

Ou seja, ainda que exista a estrita vinculação do instrumento convocatório, existe a possibilidade de serem discutidos os termos, consolidando o fato de que a Administração Pública trabalha com transparência a favor do interesse público.

II.1 – DO EXCESSO DE FORMALISMO E O PRINCÍPIO DA BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A licitação pública destina-se, conforme dispõe o art. 3º, "caput", da Lei no 8.666/1993, a garantir que a proposta mais vantajosa seja selecionada pela Administração:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Essa seleção deve ser julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Durante a seleção, a comissão de licitação deverá ter cautela para não infringir os princípios licitatórios.

Nota-se que existem muitos pontos importantes a serem analisados pela Administração Pública, tendo em vista que não se pode ultrapassar nenhum dos limites já expostos até aqui.

Nesse sentido, é preciso evitar os formalismos excessivos e injustificados a fim de impedir a ocorrência de dano ao erário e valorizar a economicidade e vantajosidade da proposta.

Mas o que pode ser denominado como "formalismo excessivo"?

É preciso entender que não basta apenas que os documentos estejam em conformidade com o formalismo legalmente estabelecido para se obtenha uma real vantagem à Administração Pública e aos seus administrados.

Em outras palavras, a licitação não pode ser vista como uma ciência exata que se enquadra às fórmulas preestabelecidas e no final terá sempre o melhor resultado. O agente precisa ir além, e utilizar o procedimento licitatório a seu favor, como um instrumento efetivo para obtenção de um resultado realmente valioso, atendendo aos princípios e objetivos da licitação, e, dessa forma, alcançando a melhor proposta para a ocasião.

Ponto muito importante é a seleção da proposta mais vantajosa, que muito bem passa a ser explicada pelo douto doutrinador Marçal Justen Filho:

"A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação à cargo do particular. **A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar 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."

Entendendo o conceito e a importância da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração podemos estabelecer um liame direto com a competitividade no certame público, sendo que segundo o inigualável Prof. Diógenes Gasparini:

"(...) se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado".

Portanto, quanto mais competição, mais provável é a seleção da proposta mais vantajosa.

O foco é garantir a melhor proposta sem ferir a igualdade entre as licitantes.

Nessa diapasão, temos o formalismo moderado e o excesso de formalismo.

O formalismo moderado pode se traduzir à análise do objeto do documento em detrimento à forma como é apresentado, ou seja, o crivo exarado deve levar em consideração se o documento em análise é capaz de atender ao objetivo que lhe é proposto, independentemente de seu aspecto formal, claro, observando a segurança jurídica e o grau de certeza fornecido pelo documento.

Vejamos o Acórdão 357/2015 (plenário) do Tribunal de Contas da União:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência

do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

A Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos 8.666/93 estabelece uma gama de documentos para a comprovação de que a empresa eventual contratada tem capacidade para atender a demanda pública.

O objetivo dessas documentações é evitar que se contrate uma empresa que não venha cumprir com o contrato, ou mesmo o faça de forma parcial e insatisfatória, prejudicando a Administração e causando danos ao erário. O formalismo moderado estabelece: se a empresa consegue alcançar o objetivo, consegue demonstrar que é capaz de atender a demanda, não há motivos para ser excluída da licitação apenas porque a forma como apresentou seus documentos estão em dissonância ao exigido no edital (desde que haja segurança).

O excesso de formalismo é presente naquelas desclassificações ou inabilitações por erros mínimos que não afetam o julgamento ou, obscuridades que podem ser sanadas sem infringir o tratamento igualitário entre as licitantes.

Vale lembrar que a Administração Pública tem o poder/dever de provocar a diligência para sanar quaisquer obscuridades que sobrevenham. Mais uma vez utilizo-me dos ensinamentos do festejado autor Marçal Justen Filho, que dessa vez nos explica:

“(...) não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória. (...)”

Observando a possibilidade de saneamento de pequenos defeitos que não comprometem o julgamento igualitário da licitação, cito uma obra um pouco mais antiga, porém com um pensamento bastante contemporâneo do doutrinador Adilson Abreu Dallari, que assim diz:

“Existem claras manifestações doutrinarias e já há jurisprudência no sentido de que na fase de habilitação não deve haver rigidez excessiva, deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade.”

Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase da habilitação.

Diante da dúvida formulada pelo Sr. Secretário Municipal de Obras, Infraestrutura e Transportes, alguns pontos importantes precisam ser levados em consideração.

O primeiro ponto a ser salientado é que o excesso de formalismo das normas contidas no edital é matéria a ser discutida na fase de impugnação do edital convocatório, tendo em vista que é esse o exato momento em que é possível a mitigação ou adequação de alguns itens.

Conforme se pode observar, essa fase já passou e não houve a impugnação a tempo, tendo a licitante deixado precluir seu direito por ora.

O segundo ponto importantíssimo a ser salientado é que o item 5.1.a.7 é bastante claro em sua letra quando menciona que as licitantes deverão apresentar juntamente com a planilha orçamentária o cronograma físico-financeiro e o cálculo da composição do BDI, sob pena de desclassificação da proposta.

Ou seja, a licitante tinha plena consciência da obrigatoriedade de apresentação do documento mencionado, tendo ainda sido alerta da possível desclassificação com a ausência da documentação retro.

O terceiro ponto que precisamos abordar é fato de que em esmiuça dos autos, esta Procuradoria Geral Municipal não identificou excesso de formalismo, ainda que já tenha passado tempo hábil de tal análise, tendo os setores competentes fincado suas razões na seleção da proposta mais vantajosa para o Município, e com isso, conseguido manter a sanidade do procedimento licitatório.

E por final, mas não menos importante é bom lembrarmos de que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade e da objetividade das determinações habilitatórias. Impõe à Administração e ao licitante a observância das normas estabelecidas no Edital de forma objetiva.

Em seu discurso, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos assegura:

"Art. 3º **A licitação** destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e **será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos** da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

E ainda:

Art. 41, "caput". A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

A vinculação se traduz em uma garantia para a sociedade de que não haverá favorecimentos ou direcionamentos nas aquisições feitas pela Administração Pública.

Em sendo assim, não pode a Administração Pública possibilitar margem à discricionariedade, quando os termos legais são incisivos e coerentes acerca de suas atribuições referentes ao edital licitatório.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, restrita aos seus aspectos jurídicos, esta Procuradoria Municipal **OPINA E SE MANIFESTA** no sentido de que não houve excesso de formalismo na desclassificação da empresa ZEL CONSTRUTORA EIRELI-EPP, tendo em vista os argumentos esposados nos neste parecer.

Salvo melhor juízo, é o nosso parecer.

São Mateus/ES, 23 de novembro de 2021.


AILKA BARBOSA MARTINS
PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO
DECRETO Nº 12.936/2021
OAB/ES Nº 16.070