MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

PARECER No. 281/2022

PROCESSO No. 21474/2021

PROCEDÊNCIA: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

PARECER JURÍDICO

SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA - PREGÃO ELETRÔNICO Nº 006/2022 - MENOR PREÇO GLOBAL - DÚVIDA JURÍDICA - COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO.

I - RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório na modalidade ELETRÔNICO PREÇO GLOBAL, para subsidiar por MENOR "CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE CAPINA MANUAL, RASPAGEM, ROÇAGEM, CAIAÇÃO, RASTELAMENTO E RETIRADA DE RESÍDUOS EM PRAIAS, CÓRREGOS E RIOS DO MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS/ES, CONFORME ESTUDO BÁSICA TÉCNICO, TERMO DE REFERÊNCIA, PLANILHA ORÇAMENTÁRIA", em atendimento à Secretaria Municipal De Obras, Infraestrutura e Transportes de São Mateus/ES, consoante os itens relacionados no Termo de Referência, regidos pelo disposto nas Leis no. 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 e Decreto Municipal nº 9.912/2018, devendo ser incluído o Decreto Municipal nº 9.323/2017.

Conforme despacho acostado às fls. 475/476, a Presidente da CPL encaminhou os autos para saneamento de alguns questionamentos em relação ao certame.

A consulta vem assim formulada:



MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

1) Considerando a motivação descrita anteriormente, houve excesso de formalismo na desclassificação da empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA EPP?

- 2) Existe decisão diversa do informado no MEMORANDO/PMSM/SMGAB/Nº 805/2021, que possibilita a participação da empresa MULTIFACE SERVIÇOS E PRODUÇÕES LTDA ME nesse certame?
- 3) Considerando a diferença do valor entre a segunda e a terceira arrematante, a terceira arrematante é obrigada a readequar o valor dela?

Considera-se oportuno consignar que a presente manifestação desta Procuradoria Municipal tem por referência os elementos constantes dos autos do processo administrativo epigrafado, no qual compete a este órgão prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não adentrando na análise da conveniência e da oportunidade da prática de atos administrativos, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, não possuindo, ainda, natureza de convalidação do ato administrativo.

É o breve relatório. Passo a opinar.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

O primeiro questionamento formulado pela CPL cinge-se quanto a eventual excesso de formalismo na desclassificação da empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA EPP no Pregão Eletrônico nº 006/2022.

Contextualizando o questionamento, é possível verificar que a referida empresa foi desclassificada por apresentar proposta sem aplicação do desconto linear em todos os itens para formação do valor global, no percentual de 12,6% (doze vírgula seis por cento), conforme previsto no item 13.30, sendo a proposta desclassificada, com base no disposto no item 12.9 do edital (planilha fl. 474).



MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

Pois bem. Certo é que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração e os licitantes a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no edital.

Nessa ótica, a Lei nº 8.666/93 em diversos dispositivos se refere a este princípio. Vejamos:

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.

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

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

 XI – a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório: "é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416).

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

Contudo, rigorismos formais extremos não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei.

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório.

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

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. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a "licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital".

490 T

MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

Nota-se que sua utilização (formalismo moderado) não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do *caput* do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios.

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro.

No caso em concreto, é certo dizer que constou no edital:

13.30. O pregoeiro solicitará ao licitante melhor classificado que, no prazo de até 03 (três) horas, envie a proposta adequada ao último lance ofertado após a negociação realizada, **aplicando-se o desconto linear nos itens**, acompanhada, se for o caso, dos documentos complementares, quanto necessários à confirmação daqueles exigidos neste Edital e já apresentados.

Pois bem. No caso em concreto, a CPL questiona se houve excesso de formalismo, uma vez que a empresa arrematante não teria aplicado o desconto linear em todos os itens (desconto percentual aplicado indistintamente a todos os itens).

Nesse sentido, conforme é possível verificar no histórico da Ata de Sessão (fls. 478/485), a empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA justifica que o desconto linear não poderia ser aplicado em todos os itens, uma vez que acarretaria preço de mão de obra abaixo da legislação trabalhista.

Aduz que é ponto pacífico num contrato público o atendimento à legislação trabalhista, valor comprovadamente exequível associado a capacidade financeira da contratada para cumprir o contrato.

MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

Por sua vez, a empresa CAPE CONSTRUTORA E LOCADORA EIRELI aduz que "o arrematante e sua proposta realinhada não aplicou desconto linear conforme exigência do item 13.30, desta forma, deve a mesma ser desclassificada."

A empresa FORTALEZA AMBIENTAL GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS LTDA expressa que "a licitante São Gabriel não aplicou o desconto linear conforme preconiza o item 13.30 muito bem destacado no edital".

Por seu turno, a empresa MULTIFACE SERVIÇOS E PRODUÇÕES LTDA declarou que "a proposta enviada pelo arrematando fere e desrespeita de forma cabal as condições impostas no edital nos itens 13.30 e 14, desta forma a mesma merece a desclassificação".

Pois bem. Compulsando os autos, verifica-se na planilha de fl. 474 a empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA não aplicou o desconto linear nos itens 1.2, 1.3 e 2.7.

Os referidos itens tratam-se de itens relacionados à mão de obra, ou seja, ou seja, salários previstos em convenção coletiva.

Nesse sentido, vislumbro que a observância do desconto linear em todos os itens implicaria, inexoravelmente, na necessidade de se praticar valores abaixo do piso salarial das categorias profissionais, indicando a inexequibilidade da proposta.

Nesse caso, é dever da Comissão de Licitação observar o edital também sob a ótica da Razoabilidade e da Proporcionalidade, a fim de evitar que o rigor e o formalismo exagerado violem o princípio da Seleção da Proposta Mais Vantajosa para a Administração, entendimento esse também presente na Jurisprudência do TCU, qual seja, Acórdãos 1.990/2008, 1.791/2006 e 2.104/2004, e Decisão 111/2002, todos do TCU-Plenário).



MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

"Não se pode perder de vista que a finalidade precípua da licitação é a escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública e, para atingi-la, não pode o administrador ater-se à rigorismos formais exacerbados, a ponto de afastar possíveis interessados do certame, o que limitaria a competição e, por conseguinte, reduziria as oportunidades de escolha para a contratação."

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.

Ademais, corroborando o entendimento acima exposto, tem-se que as normas que regem o processo licitatório devem(rão) sempre serem interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os participantes, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

Nessa corrente, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo tem firmado entendimento que não se pode exagerar no formalismo quando do operacionamento das licitações, pois o que a Administração visa é o baixo custo na compra, *in verbis*:

Na licitação pública, o formalismo indevido (desnecessário e inadequado) não pode impedir a proposta mais vantajosa, quando for inteiramente desimportante para a configuração do ato. (2° Câmara Cível do TJES. Ag n° 24099157943. Relato Des. Samuel Meira Brasil Júnior).

MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

Por outro lado, a aplicação do princípio do formalismo moderado não torna o relevante para futuros certames, nos quais continua atuando a vinculação ao instrumento convocatório, não trazendo, portanto, como consequência, a habilitação de empresas descumpridoras de exigências materialmente importantes.

Nesse sentido, não pode haver apego ao formalismo extremo, uma vez que deve ser praticado de forma moderada em procedimentos licitatórios, em prol da busca da melhor contratação.

No caso avaliado, verifica-se que a rejeição da proposta da referida empresa torna-se mais prejudicial ao interesse público, do que a sua manutenção.

Nesse sentido, 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:

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.

Vale lembrar que a Administração Pública tem o poder/dever de provocar a diligência para sanar quaisquer obscuridades que sobrevenham.

MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

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. (...)"

Dessa forma, demonstra-se a impossibilidade matemática de se obter o desconto ofertado de 12,60% em todos os itens, uma vez que levaria indubitavelmente, à prática de salários abaixo dos pisos estabelecidos em Convenções Coletivas de Trabalho.

Outrossim, este também foi o entendimento nos autos do processo 022.074/2018 (Pregão Presencial nº 022/2018), cujo objeto foi "REGISTRO DE PREÇO PARA EVENTUAL CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE PLANTIO, PODA, ERRADICAÇÃO DE ÁRVORES, MANUTENÇÃO E REVITALIZAÇÃO DAS PAREAS URBANIZADAS, BEM COMO A URBANIZAÇÃO EM ÁREAS DEGRADADAS, VISANDO À MANUTENÇÃO, REVITALIZAÇÃO DAS ÁREAS VERDES E GRAMADAS NO MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS/ES."

Naquela oportunidade, a empresa vencedora apresentou "declaração de aplicação de descontos", declarando a "inviabilidade de aplicação linear dos descontos alcançados na fase de lances nos itens da planilha devido o salário de mão de obra que devem ser respeitados os acordos coletivos sindicais das categorias."

Dessa forma, a referida empresa foi declarada vencedora considerando justamente a inviabilidade de aplicação linear em todos os itens da planilha, uma vez que devem ser respeitados os acordos coletivos sindicais das categorias.

Isto exposto, é certo que a Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se



Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitando os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Senão vejamos:

Súmula 473, STF - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Dessa forma, entendo que a desclassificação da empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA EPP se deu de forma equivocada, considerando os argumentos acima delineados.

Ademais, levando em consideração a súmula 473 do STF, a CPL pode anular seus atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, bem como revoga-los por motivos de conveniência e oportunidade, de modo que é possível ser revista a desclassificação da referida empresa.

Outrossim, entendo também que poderá ser oportunizada a empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA ME corrigir a planilha apresentada durante o certame, sem, contudo, que altere o valor total já registrado.

Nesse sentido, o TCU já manifestou ser dever da Administração a promoção de diligências para o saneamento de eventuais falhas na proposta e reafirmou a impossibilidade de o licitante majorar o valor inicialmente proposto:

A existência de erros materiais ou omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratantes realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. (Acórdão 2.546/2015 – Plenário)



MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

O segundo questionamento cinge-se se existe decisão diversa do informado no MEMORANDO/PMSM/SMGAB/Nº 805/2021, que possibilita a participação da empresa MULTIFACE SERVIÇOS E PROCUÇÕES LTDA ME nesse certame.

Nesse sentido, vislumbra-se que o referido memorando refere-se a decisão nos autos do processo tombado pelo nº 5012657-56.2021.4.02.0000, em trâmite no TRF-2, que suspendeu temporariamente a possibilidade de contratar com o poder público dos investigados (e suas empresas), nos termos do evento 170 dos autos. Nesse sentido, compulsando o processo judicial, vislumbra-se que ocorreu a revogação de todas as medidas cautelares pessoais impostas na decisão do evento 170, conforme decisão acostada no evento 300 dos autos.

O terceiro questionamento foi formulado com a seguinte dúvida: "considerando a diferença do valor entre a segunda e a terceira arrematante, a terceira arrematante é obrigada a readequar o valor dela?"

Segundo a recente manifestação do Plenário do TCU no Acórdão 2637/2015, a tentativa de negociação para reduzir o preço final no pregão é dever da Administração, mesmo que a menor proposta seja inferior à estimativa do certame licitatório.

Ao ser questionada sobre a inexistência de negociação com a licitante vencedora em um pregão destinado à contratação de serviços ligados à tecnologia da informação, a fundação responsável pelo certame argumentou que a negociação não se mostrava obrigatória, pois a licitante havia oferecido proposta com preços abaixo do valor estimado à contratação.

O Min. Bruno Dantas, ao examinar a questão, ressaltou que

"no pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação. Nesse sentido, os Acórdãos 3.037/2009 e 694/2014, ambos do Plenário".

Dessa forma, assentou o Tribunal de Contas da União ser irregular deixar a Administração de negociar com a licitante vencedora a fim de obter melhor proposta. Tal omissão, segundo a Corte de Contas, representa afronta ao art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005, e à própria jurisprudência do TCU.

Em mais um Acórdão 2622/2021 Plenário , o TCU destacou: "Na modalidade pregão, a negociação com o licitante vencedor visando obter melhor proposta para a Administração deve ser realizada mesmo se o valor ofertado for inferior àquele orçado pelo órgão ou pela entidade promotora do certame (art. 38, caput, do Decreto 10.024/2019)".

Neste acórdão, o relator Ministro Augusto Sherman, pediu que a Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 9°, inciso I, da Resolução - TCU 315/2020, que adota-se medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes, da ausência de tentativa de negociação pelo pregoeiro, o qual deixou de solicitar uma contraproposta ao licitante detentor do 3º maior preço, conduzindo à declaração desse licitante como vencedor do certame com sua proposta inicial, economicamente superior às melhores propostas ofertadas, contrariando o art. 38, caput, do Decreto 10.024/2019, e os precedentes Acórdão 694/2014-TCU-Plenário(Relator Ministro Valmir Campelo) e 534/2020-TCU-1ª Câmara (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues).

Por fim, toda a negociação proposta pelos Pregoeiros responsáveis pelos certame tem como base legal o disposto no art. 4º, inciso XVI, combinado com o mesmo art. 4º, Inciso XVII da Lei 10.520/2002. Diz os referidos artigos:

Art. 4°, XVI – se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender ás exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas



Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor.

Art. 4º , XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido o melhor preço.

III - CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando os elementos dos autos, esta Procuradoria Geral do Município, OPINA nos seguintes sentidos:

- 1) Aplicação do poder de Autotutela para rever SÃO GABRIEL AMBIENTAL desclassificação da empresa TERRAPLENAGEM LTDA EPP, oportunizando correção da planilha enviada;
- 2) A pregoeira tem o dever de negociar com o licitante vencedor visando obter melhor proposta para a Administração devendo ser realizada mesmo se o valor ofertado for inferior àquele orçado pelo órgão ou pela entidade promotora do certame, e, principalmente, se às for economicamente superior melhores proposta propostas ofertadas.
 - a. A empresa arrematante não pode ser desclassificada se o preço ofertado estiver abaixo do estimado pela administração pública;
 - b. A pregoeira deve solicitar uma contraproposta aos arrematantes, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, ensejando a possibilidade de uma contratação por valor ainda mais interessante para o Poder Público.

Estado do Espírito Santo Procuradoria Geral do Município Processo nº. 21474/2021 Parecer nº. 281/2022

Saliento que com relação ao segundo questionamento, apesar de não ser uma dúvida jurídica acerca de aplicação de dispositivos legais, o mesmo foi respondido no corpo do parecer.

Salvo melhor juízo este é o nosso parecer.

São Mateus/ES, 05 de abril de 2022.

SELEM BARBOSA DE FARIA

PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

DECRETO Nº 13.417/2021