

**PARECER Nº _____ / 2.021.**

Referência: Processo Licitatório nº 28/2021 – Pregão Presencial nº 218/2021.

Procedência: Secretária Municipal de Administração.

Data: 13/07/2021.

EMENTA:

“PROCESSO LICITATÓRIO - MODALIDADE PREGÃO PRESENCIAL - RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA A FASE DE HABILITAÇÃO - ANÁLISE DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO - REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA - PRINCÍPIOS QUE VINCULAM A CONDUTA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO - CONSIDERAÇÕES”.

CONSULTA

A Secretaria Municipal de Administração, através da Pregoeira do Município, encaminha para a Procuradoria Jurídica do Município de João Monlevade solicitação de parecer jurídico para verificação da legalidade quanto ao recurso administrativo interposto por licitante perante a fase de habilitação dos documentos junto a presente licitação, modalidade pregão presencial.

Recebida a solicitação, passamos a opinar.

PARECER

Inicialmente cumpre esclarecer que a Lei Federal nº 8.666/93, que rege os contratos e as licitações da Administração Pública, estabelece, em seu artigo 2º, a necessidade do processo licitatório antes de se contratar com terceiros. Explicita, ainda, em seu artigo 3º, *caput*, que:

“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.”

A exigibilidade é a regra geral, conforme também dispõe a Constituição Federal:

“Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

A licitação atua como o procedimento que precede o contrato administrativo, e tem por objetivo permitir a apresentação de propostas por todas as pessoas interessadas, possibilitando, conseqüentemente, a escolha daquela que será mais vantajosa para a Administração, gestora dos interesses públicos.

Assim, tanto para a aquisição de bens quanto para a prestação de serviços, é exigida da Administração Pública a observância da regra da obrigatoriedade das licitações como pressuposto dos contratos, restando toda a formulação da contratação registrada nos termos do edital e do contrato administrativo firmados com o contratante, restando as partes vinculadas aos termos pactuados.



No caso específico dos autos, o objeto contratado do presente processo licitatório nº 218/2021, modalidade Pregão Presencial nº 28/2021, é a "CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E LOCAÇÃO DE MÁQUINAS: PÁ CARREGADEIRA, MOTO NIVELADORA, ESCAVADEIRA HIDRÁULICA, ROLO COMPACTADOR, RETROESCAVADEIRA, CAMINHÃO PIPA, CAMINHÃO BASCULANTE, CAMINHÃO HIPER VÁCIO E CAMINHÃO MUNK, em atendimento à Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos".

O edital foi devidamente publicado.

Por sua vez, após a fase de impugnação ao edital, foi promovida a Sessão de Abertura/Julgamento, na data de 28/06/2021, com a participação das empresas descritas na ATA constante nos autos.

Em continuidade, das empresas que compareceram a Sessão de Abertura/Habilitação, a empresa "COOPERATIVA DEE TRANSPORTES GLOBAL LTDA" apresentou RECURSO ADMINISTRATIVO em face da decisão de HABILITAÇÃO de todas as empresas, ao argumento de que todos os licitantes não apresentaram demonstrativos contábeis, em violação a exigência editalícia disposta no item 6.3.4.b e 6.3.4.2 do ato convocatório.

Alega a empresa recorrente que as licitantes participantes do certame devem ser inabilitadas por descumprimento das exigências relativas a qualificação econômico-financeira relativa a necessidade de apresentação de demonstrações contábeis, a teor do constante nos itens 6.3.4.b e 6.3.4.2 e 6.3.4.3 do edital.

Adiante, a PREGOEIRA do Município apresentou sua RESPOSTA ao recurso administrativo, mantendo inalterada a sua decisão prolatada na anterior decisão para considerar como corretos os atos de habilitação promovidos no certame, em devido respeito as regras editalícias quanto as qualificações econômicos financeiras, conforme reproduzimos abaixo:

"Em prudente análise conceitual do sinal de pontuação utilizado no subitem 6.3.4, alínea "b", o sinal dois pontos é um sinal de pontuação que na escrita corresponde a uma pausa, podendo anteceder a uma citação, uma enumeração, uma explicação, uma fala direta ou que se relaciona com o que foi dito anteriormente.

Neste contexto, as demonstrações contábeis exigidas nos itens 6.3.4.b e 6.3.4.2 e 6.3.4.3 referem-se tão-somente ao exigido no item 6.3.4, alínea "b", que são o Balanço Patrimonial e a DRE, demonstrações estas suficientes para a análise econômica financeira da licitante".

Ora, a argumentação tecida pela Pregoeira do Município realmente merece ser acolhida pois fundou-se diretamente na correta interpretação do edital, em devido respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Realmente, em detida análise aos termos do edital, percebemos que as demonstrações contábeis as demonstrações contábeis exigidas nos itens 6.3.4.b e 6.3.4.2 e 6.3.4.3 referem-se tão-somente ao exigido no item 6.3.4, alínea "b", que são o Balanço Patrimonial e a DRE, demonstrações estas suficientes para a análise econômica financeira da licitante.

Assim, há que ser dado respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, devendo ser respeitada as regras traçadas no edital.

A licitação, sem dúvida, configura um procedimento de controle que traduz eficiência e transparência, garantindo a probidade dos atos administrativos, bem como assegurando a igualdade de condições entre os candidatos. E é justamente no universo das licitações que se verificam condutas ilegais e por vezes ímprobos.



O procedimento licitatório deve seguir as disposições contidas no edital, em respeito ao princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, como forma de garantir a isonomia, razoabilidade e igualdade entre os licitantes, a fim de se garantir a eficiência da Administração Pública, conforme previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal.

Assim, não se pode acoiar de ilegal o ato administrativo de habilitação das empresas que, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, baseou-se em previsão expressa do edital, bem como na disciplina legal do art. 31, da Lei Federal nº 8.666/93.

Nesse contexto, em análise dos autos, foi dada a correta interpretação as exigências editalícias quanto a qualificação econômico-financeiras dos licitantes, em devido respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Se não bastasse, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não é absoluto e cede espaço para o princípio da busca da proposta mais vantajosa da administração sob o escopo da razoabilidade e proporcionalidade, não podendo ser exigidas formalidades excessivas e rigorismos exacerbados quando o edital expressamente não o faz – O QUE OCORRE CASO O RECURSO ADMINISTRATIVO DO LICITANTE SEJA ACATADO, O QUE CULMINARÁ COM A INABILITAÇÃO DE TODOS OS LICITANTES.

Tanto assim o é, que a própria NOVA Lei de Licitações (Lei Federal nº 14.133/21), apesar de não ser aplicada ao caso em comento (art. 191), já traz **expressamente** a impossibilidade de exigir do licitante formalidades desnecessárias (*"Art. 12. (...) III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;"*).

A doutrina nos esclarece, quando da análise do art. 12, inciso III, da Nova Lei de Licitações, que o mesmo estabelece o PRINCÍPIO DA FORMALIDADE MODERADA, conforme assevera o professor LEANDRO SARAI, em seu novo livro:

"O inciso III apresenta o princípio do formalismo racional ou moderado. O formalismo é essencial para que se possa constituir verdadeiramente o procedimento e efetuar o controle sobre os atos praticados pelos agentes públicos. Porém, ele é apenas meio para consecução do resultado que seria ordinariamente a finalização do processo licitatório com a escolha da melhor proposta para a Administração.

Por isto, não pode e não deve tal princípio ser utilizado como justificativa para a exclusão de licitantes de forma desproporcional ou desarrazoada. Deve-se observar que a finalidade precípua e primária da licitação é o atendimento ao interesse público com a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, de forma que a exclusão de potenciais licitantes teria por conclusão uma menor disputa e a impossibilidade de concretização daquele princípio.

(...)

Assim, em boa hora a introdução do inciso III em comento, pois visa deixar clara a necessidade de observância da racionalidade nas decisões de habilitação e qualificação dos licitantes, de forma a não excluir participantes ou propostas totalmente viáveis somente por mero erro forma praticado no curso do procedimento ou na documentação. A mensagem constante na norma é a de que, sempre que possível, deverão ser aproveitados os atos praticados ou documentos anexados que contenham erros formais e que não comprometam o conteúdo ou a intenção e que não tragam prejuízos às partes.

(...)

No campo da licitação, tal fato poderia se dar numa situação em que a mera aplicação de determinada regra burocrática prevista no edital levasse à obrigação de contratação de um dos últimos colocados na disputa, eliminando-se os anteriores, o que levaria a um pagamento muito superior ao previsto para o primeiro colocado.



Neste contexto, a nosso ver, a aplicação do princípio da vinculação ao edital não poderia levar à subversão dos demais princípios, notadamente os da impessoalidade, interesse público e ampla participação, de forma que, ou o edital deveria ser interpretado com o objetivo de se encontrar uma ligação de proporcionalidade e razoabilidade apta a sustentar uma reformulação da disputa, ampliando-a novamente, ou toda a licitação estaria fadada à nulidade ou revogação, já que o objetivo maior da licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, também não estaria sendo obtido." (SARAI, Leandro. *Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Lei 14.133/21. Comentada por Advogados Públicos. 1ª Ed. São Paulo: Editora JusPodvm, 2021, pág. 281/282*).

Ainda, o professor HELY LOPES MEIRELLES nos ensina:

"Procedimento formal, entretanto, não se confunde com "formalismo", que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para processos judiciais – 'pas de nullité sans grief', como dizem os franceses." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro. 44ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, pág. 267*).

Aliás, já decidi o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU o seguinte:

"5. De fato, a administração não poderia prescindir do menor preço, apresentado pela empresa vencedora, por mera questão formal, considerando que a exigência editalícia foi cumprida, embora que de forma oblíqua, sem prejuízo à competitividade do certame.

6. Sendo assim, aplica-se o 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 formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, tudo de acordo com o art. 2º, § único, incisos VIII e IX, da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999." (ACÓRDÃO 7334/2009 – Primeira Câmara – Voto Ministro Relator).

Em outra oportunidade, decidiu o TCU no mesmo sentido:

"3619. Acórdão 4063/2020 Plenário (Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro)
Licitação. Julgamento. Competitividade. Desclassificação. Materialidade. Princípio da seleção da proposta mais vantajosa. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Proposta de preço.
É indevida a desclassificação, fundada em interpretação extremamente restritiva do edital, de proposta mais vantajosa para a Administração que contém um único item, correspondente a pequena parcela do objeto licitado, com valor acima do limite estabelecido, por ofensa ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa."

Neste contexto, não há como superar os corretos apontamentos apresentados pela PREGOEIRA do Município que elucidam devidamente a matéria, sob pena de, na verdade, culminar com a REVOGAÇÃO do presente certame, pois não estaremos diante de INABILITAÇÃO de licitantes e sim de uma licitação praticamente "DESERTA" (ausente um número razoável de licitantes), em violação ao princípio da busca da proposta mais vantajosa para a administração.

Acerca do tema, o próprio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TJMG já asseverou que "a qualificação econômico-financeira exigida da concorrente encontra-se disciplinada no art. 31 da Lei nº 8.666/93, com vistas a verificar se a licitante possui disponibilidade de recursos necessária para cumprir satisfatoriamente as obrigações decorrentes do objeto da contratação", senão vejamos:

"EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. VÍCIOS NO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA PARA EXECUÇÃO DE OBRA (TERMINAL RODOVIÁRIO GOVERNADOR ISRAEL PINHEIRO). MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DE ATO ILEGAL OU ABUSIVO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa



para o contrato de seu interesse. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais são nulos o procedimento licitatório e o contrato subsequente. 2. A qualificação econômico-financeira exigida da concorrente encontra-se disciplinada no art. 31 da Lei nº 8.666/93, com vistas a verificar se a licitante possui disponibilidade de recursos necessária para cumprir satisfatoriamente as obrigações decorrentes do objeto da contratação. 3. A qualificação econômico-financeira (fator de insolvência), a capacitação técnico-profissional emprestam legitimidade às exigências constantes do Edital, consubstanciando seriedade e rigor para o desempenho da empresa concorrente no trato da coisa pública, não constituindo, lado outro, apenas mero formalismo da Administração. 4. Razoabilidade das exigências previstas na habilitação. 5. Precedentes jurisprudenciais. 6. Segurança denegada.”¹

Não é outro o entendimento do TJMG acerca do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, senão vejamos:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - MODALIDADE CONCORRÊNCIA - DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INCLUSÃO DE PARÂMETROS PELA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO - JULGAMENTO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS - NULIDADE - EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. - A Lei Federal nº 8.666/1993 (arts. 3º, 41 e 43) determina que o processo de licitação se encontra adstrito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não sendo cabível à Administração Pública descumprir as normas e as condições do Edital. (TJMG - Remessa Necessária-Cv 1.0000.18.122469-2/005, Relator(a): Des.(a) Alice Birchal, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/05/2020, publicação da súmula em 24/05/2020)”.

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - DEFERIMENTO DA LIMINAR - ATO SUPOSTAMENTE ILEGAL PRATICADO PELA PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE - SUSPENSÃO DE PREGÃO ELETRÔNICO - VERIFICAÇÃO PELO TCEMG DA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM O IMPEDIMENTO AO PROSSEGUIMENTO DO CERTAME - VIABILIDADE DA LICITAÇÃO, VIA PREGÃO, DE FORMA APARTADA - INDEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO - ESPECIFICAÇÕES DA INTEGRAÇÃO - APLICAÇÃO DA LEI N. 10.709/18 - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE NÃO COMPROVADO - INDEFERIMENTO DA LIMINAR PARA A SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO - RECURSO PROVIDO. A licitação rege-se pelo princípio da vinculação ao edital: as disposições do ato convocatório obrigam a Administração Pública e os concorrentes. Decidido pela Corte de Contas que inexistem elementos aptos a ensejar o impedimento ao prosseguimento do certame e aferida a viabilidade da licitação, via pregão eletrônico, dos serviços de forma apartada, não deve ser suspenso “initio litis” o procedimento, máxime ante a ausência de comprovação de plano de prejuízo ao erário, de impropriedade técnica e de desatendimento à Lei n. 10.709/18.. Recurso provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.047885-5/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/05/2021, publicação da súmula em 24/05/2021)”.

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - NULIDADE - VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - VIOLAÇÃO - NÃO CONFIGURADA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Em atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, cabe ao licitante apresentar os documentos exigidos dentro do prazo estabelecido pelo edital da concorrência. Não se verifica ilegalidade na exigência da documentação em 24 (vinte e quatro) horas, a uma porque o prazo foi definido pelo edital, a duas porque a 2ª colocada no certame conseguiu cumprir o prazo estabelecido. Recurso provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.493947-4/001, Relator(a): Des.(a) Kildare Carvalho, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/06/2021, publicação da súmula em 25/06/2021)”.

“EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. HABILITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DO EDITAL. VÍCIO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. A Administração Pública, além de observar a igualdade de condições a todos os concorrentes, também atenderá aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art.3º, Lei n.º 8.666/93). Não comprovado o cumprimento das exigências do edital

¹ In MANDADO DE SEGURANÇA Nº 000.267.265-7/00 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - REQUERENTE(S): CONSTRUTORA OURÍVIO S/A - AUT COATORA: SECRETÁRIO ESTADO TRANSPORTE OBRAS PÚBLICAS ESTADO - RELATOR: EXMO. SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI.
Rua Geraldo Miranda, 337, Carmelinhos - João Monlevade/MG - CEP: 35930-027
Fone: (31) 3859-2500 - CNPJ: 18.401.059/0001-57 - www.pmjm.mg.gov.br



de licitação, há de ser reconhecida a ilegalidade da habilitação e contratação da empresa vencedora. Em reexame necessário, confirmar a sentença. Recurso de apelação prejudicado. (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.20.481476-8/001, Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/10/2020, publicação da súmula em 06/10/2020)".

Frente a tais premissas e à matéria controvertida nos autos, observamos que, nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993 (arts. 3º, 41 e 43), que o processo de licitação se encontra adstrito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não sendo cabível à Administração Pública descumprir as normas e as condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, bem como devem ser julgadas e habilitadas as licitantes de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital.

Enfim, impõe-se a manutenção da decisão adotada no feito, para NÃO ACOLHER o RECURSO ADMINISTRATIVO da empresa ora recorrente "**COOPERATIVA DE TRANSPORTES GLOBAL LTDA**", no que tange especificamente a decisão de habilitação dos licitantes.

Em conclusão, os argumentos tecidos pela empresa recorrente não são suficientes a ensejar a alteração da decisão da Pregoeira do Município, que, por sua vez, em nenhuma oportunidade encontra-se desarrazoada, sob pena de violação ao princípio da isonomia, da igualdade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, oportunidade na qual OPINAMOS pela manutenção da decisão de HABILITAÇÃO do licitantes em correto atendimento as qualificações econômico-financeiras dispostas no edital.

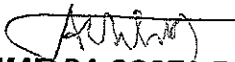
CONCLUSÃO

Em conclusão, **OPINAMOS** pela CONHECIMENTO, eis que tempestivo, do recurso administrativo apresentado pela empresa "**COOPERATIVA DE TRANSPORTES GLOBAL LTDA**", para, ao final, NÃO ACOLHER o mesmo, mantendo inalterada a decisão que procedeu a INABILITAÇÃO dos licitantes, consoante fundamentos dispostos acima e em devida observância as disposições da Lei Federal nº 8.666/93 e princípios norteadores da conduta do administrador público, notadamente o da busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

Registra-se que o presente parecer limitou-se a analisar a regularidade do procedimento sob a ótica jurídica prescrita pela Lei de Licitações, não se imiscuindo o parecerista no juízo de conveniência e oportunidade dos atos praticados, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica, econômica ou administrativa, por se tratarem de atos ilegítimos e estranhos à atuação desta Procuradoria, tomando por base exclusivamente os elementos jurídicos que integram o procedimento.

Encaminhe-se os autos ao Setor de Compras e Licitações do Município.

Salvo melhor juízo, é o parecer que submetemos a elevada apreciação superior.


ALCEMAR DA COSTA E SILVA
Procurador Municipal
OAB/MG 99.556