

PARECER JURÍDICO

Trata-se de parecer jurídico acerca de recurso apresentado no processo de Licitação 130/20231, pregão presencial 056/2023, cujo objeto é a Contratação de empresa para realizar roçadas nas estradas rurais e pátios urbanos e conserto de calçadas, meio-fio, calçamento e limpeza de canaletas de asfalto do Município de Ibiam/SC.

Em apertada síntese, a empresa recorrente solicitara tempestivamente a desclassificação da empresa DIEGO GUILHERME DA SILVA FOGAÇA, em razão de que no momento do credenciamento, a empresa não apresentou ato constitutivo, o que teria ferido o item 3.3 do Edital.

Salientou que se o processo fosse *on line*, a empresa estaria imediatamente desclassificada.

A parte recorrida foi intimada a contrarrazoar, o que restou efetivado nos autos, pelo que a Recorrida pugnou pela imprudência total do recurso, sob a alegação de ausência de descumprimento do edital, bem como do princípio da proposta mais vantajosa.

É o relatório.

Consta do relatório (ata) do pregão presencial, que, por ser presencial, verificou-se posteriormente à habilitação primária, a ausência do documento - ato constitutivo, da Empresa DIEGO GUILHERME DA SILVA FOGAÇA, o qual, estando presente na sessão, e tendo em mãos referido documento, apresentou no momento e a comissão aceitou a entrega e, conseqüentemente, o declarou habilitado.

Tem-se portanto, salvo equívoco, que o que houve, foi uma diligência da comissão de licitação que, ao detectar a omissão, no pregão presencial, e estando o interessado presente e com os documentos em mãos, entendeu a mesma em aceitar a juntada no ato da sessão.



Sobre a possibilidade de diligências num processo de pregão presencial, temos que se trata de um meio de comprovação de fatos que foram apontados no processo do pregão, como vistorias, análises, inspeções em local, solicitação de documentos e solicitação de providências.

Logo, as diligências são elementares e fundamentais para solucionar certos problemas que podem surgir no decorrer do processo do pregão.

Cabe, portanto, ao agente responsável, no caso em específico ao pregoeiro, bem ponderar se é necessário ou não, para poder decidir adequadamente, complementar e esclarecer alguma condição que envolve a situação sobre a qual decidirá. Se, para que se possa bem decidir, for indispensável realizar a complementação ou o esclarecimento da informação, caberá ao agente responsável realizá-la, inclusive como dever de ofício. Caso contrário, em razão da ideia de celeridade que deve orientar o processo de contratação pública, a diligência não deverá ser feita se a decisão puder ser balizada pelos elementos constantes e informados no processo.

Não se desconhece que não era, no passado, entendido como ato da espécie “diligência” oportunizar a juntada de documentos posterior e, por este motivo, costumava ser proibido tal situação.

Contudo a evolução hermenêutica e jurídica aponta para uma nova perspectiva, esta pautada em outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica.

Por essa nova perspectiva que se adota, embora não se desconsidere o dever de os licitantes comparecerem à licitação munidos dos documentos necessários à comprovação de atendimento dos quesitos fixados no edital, tem-se como possível a Administração realizar diligências que viabilizem a análise dos aspectos envolvidos.



Ainda em 2010, ao tratar do tema, o TCU, no Acórdão nº 616/2010 – 2ª Câmara, determinou a um de seus jurisdicionados que “observe o dever de diligência contido no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, de forma a flexibilizar formalismos que podem redundar na frustração ao caráter competitivo que deve reger as licitações na administração pública”.

Essa é uma análise marcada pela principiologia que orienta os processos licitatórios, especialmente a seleção da melhor oferta em condições isonômicas.

O principal entendimento na questão é, como deve ser, a compreensão de que a licitação não é um fim mesma, mas sim um meio para a realização dos serviços públicos de forma eficiente.

Portanto, perfeitamente adequado, naquele momento da sessão presencial, onde o interessado tinha em mãos o documento exigido, aliado ao fato de que a habilitação também foi presencial, pelo que não há equívoco em, no próprio ato presencial que constatou, ter sido regularizada a situação.

Do STJ, de caso análogo:

“No caso vertente, cooperativa foi inabilitada, após ter sua proposta declarada vencedora na fase competitiva em pregão, porque deixou de apresentar apenas uma das 548 (quinhentos e quarenta e oito) certidões de regularidade fiscal perante a Previdência Social, relativas a cada um dos cooperados, conforme exigido no edital do certame. 3. O juízo a quo considerou desproporcional e excessivamente rigorosa a inabilitação do licitante, máxime porque a certidão faltante já existia à época do certame, não tendo sido apresentada por singelo e justificável lapso do concorrente, devido à quantidade de documentação a ser fornecida na fase de habilitação. 4. A prova de regularidade fiscal, perante a Previdência Social, exigida para a contratação administrativa do particular, segundo os artigos 195, § 3º, da CF, 4º, da Lei nº 10.520/2002, e 3º, 27, inciso IV, e 29, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, deve ser interpretada teleologicamente, a fim de garantir o equilíbrio financeiro da seguridade social e evitar a

*contratação de pessoas inidôneas, que possam tornar-se inaptas economicamente para os encargos contratuais, à vista das dívidas fiscais não pagas, resguardando-se, outrossim, a isonomia no procedimento licitatório, ao expurgar concorrentes que tendem a apresentar custos mais reduzidos, justamente devido ao fato de não honrar com suas obrigações. 5. A falta de apenas uma, dentre 578 certidões de regularidade fiscal perante a Previdência, não é fato bastante para macular a recorrida como particular inidôneo ao cumprimento do contrato, principalmente quando se comprova que a certidão faltante já existia na época da fase de habilitação, não tendo sido criada extemporaneamente, pós-certame, conforme provado nas instâncias ordinárias. **6. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de se temperar o rigorismo formal de algumas exigências do edital licitatório, a fim de manter o caráter competitivo do certame, selecionando-se a proposta mais vantajosa à Administração Pública, caso não se verifique a violação substancial aos demais princípios informadores deste procedimento. Precedentes.** 7. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, não provido". (STJ, REsp nº 997.259/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 25.10.2010.)*

Logo, vê-se que as decisões da Administração Pública devem se pautar nos princípios do formalismo moderado, da razoabilidade, da proporcionalidade, da busca pela verdade material e da ampla competitividade, permitindo assim a busca pela melhor oferta.

Mais do que isso, a juntada de documento comprobatório de situações existentes no momento devido passa a ser vista como ato de diligência e esta passa a ser entendida como obrigação ao invés de faculdade.

Vejamos:

"(...) isto porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). " Acórdão 1211/2021 - Plenário. Rel. Walton Alencar. Sessão em 26/05/2021



O entendimento do TCU é no sentido de estar sendo promovida diligência necessária ao combate do formalismo exacerbado, em busca da verdade real e de acordo com a necessidade de se prezar pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Portanto, entendemos que a não apresentação de documento exigido em edital não assiste razão suficiente para sua desclassificação, uma vez que a não-apresentação de documento comprobatório de condição pré-existente (existente no momento da abertura da sessão pública) pode ser saneada, tendo em vista a verdade real e a busca pela proposta mais vantajosa.

A doutrina e a jurisprudência repudiam o rigorismo formal e homenageiam as decisões administrativas que, a bem dos demais princípios regentes da Administração Pública, afastam a inabilitação e a desclassificação de concorrentes por fatos irrelevantes, que não afetam a objetividade e a efetividade de suas propostas perante o Poder Público e nem os colocam em posição vantajosa em relação aos demais participantes.

É certo que a licitação se regula por procedimento formal, o que impõe ao Administrador a vinculação da licitação aos ditames legais. Assim, a Administração está adstrita às normas constitucionais e legais, assim, como, o licitante, deve cumprir as exigências do instrumento convocatório.

A formalização do procedimento traduz a necessidade de conferir isonomia aos participantes, aliada à impessoalidade do administrador, sendo vedado qualquer comportamento que infrinja tais princípios, postulados da licitação.

Contudo, Hely Lopes Meirelles, ao tratar dos princípios da licitação, ressalta:



“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.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito. São Paulo: Malheiros. 2015)

Nesse exato sentido, Hely Lopes Meirelles ensina que:

“Isso não significa que o princípio de vinculação ao edital seja “absoluto” a ponto de obstar à Administração ou ao próprio Judiciário interpretá-lo, inclusive à luz do princípio da razoabilidade, para melhor aferir seu sentido e compreendê-lo, impedindo que o rigor excessivo venha a afastar da licitação possíveis proponentes e prejudicar uma das suas finalidades, mas tomando-se o cuidado para não haver quebra dos princípios legais ou constitucionais, como o da legalidade estrita. O importante é que o formalismo no procedimento não desclassifique propostas “eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes” (STJ, 1ª Seç., MS 5.418). (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito).

O embasamento de decisões no princípio da razoabilidade vem, comumente, associado à rejeição ao excesso no formalismo, quando do julgamento de documentos de habilitação ou de propostas técnicas apresentadas por licitantes. Esta explanação conjuga a abordagem do tema tanto no aspecto do princípio da razoabilidade, quanto no da rejeição ao rigorismo formal, quando da apreciação de documentos e propostas em licitações públicas.

De se destacar que o pregão foi presencial e, no primeiro momento de análise de documentação pela comissão, entendeu-se estar habilitada, e, posteriormente verificou-se, de ofício (pela própria comissão), a ausência do ato constitutivo.



Nesse momento, a atividade do administrador deve ser instruída pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da rejeição ao excesso de formalismo, além de outros igualmente relevantes; tudo dentro da pauta da Lei, mas sempre objetivo de ampliar ao máximo o espectro de concorrentes capazes de contratar com a Administração.

Consequente, entendemos que o ato de permitir o saneamento da omissão de documento constatada, naquele momento **(reitere-se que era presencial)**, não fere o procedimento formal, que poder ser mitigado, e privilegia o interesse público em buscar o melhor preço nas suas contratações, sem qualquer privilégio as participantes, que puderam disputar preço de forma livre.

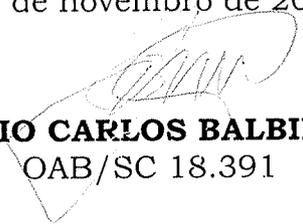
Desse modo, entendo que o recurso interposto não merece ser acolhido, levando-se em consideração que o documento estava com o recorrido, não sendo o caso de documento inexistente no momento presencial, sopesando ainda os princípios envolvidos, com a prevalência dos princípios da verdade material, razoabilidade, proporcionalidade e, em especial, a supremacia do interesse público, em detrimento ao formalismo exacerbado.

Ante o exposto, a assessoria jurídica do Município de Ibiam, opina pelo conhecimento e desprovimento do RECURSO interposto por DWD PARTICIPAÇÕES LTDA, mantendo-se a decisão contida na ata n.º 23/2023.

É o parecer

À consideração superior.

Ibiam – SC, 20 de novembro de 2023.


SERGIO CARLOS BALBINOTE
OAB/SC 18.391