



PREFEITURA MUNICIPAL DE ALEGRE – ES

CEP: 29.500-000 – ALEGRE – ESPIRITO SANTO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Assinado digitalmente
EDOMAR PROVEDI VARGAS
JUNIOR:88116280759
11/10/2024 - 14:23:50

PARECER JURÍDICO

TRATA-SE DE ANÁLISE SOBRE A DECISÃO DO AGENTE DE CONTRATAÇÃO EM RELAÇÃO À INABILITAÇÃO DAS EMPRESAS MARCONDES ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA e THOMPSON E DUARTE ENGENHARIA LTDA, ANTE A FALTA DE APRESENTAÇÃO DO BALANÇO PATRIMONIAL (DEMONSTRAÇÃO DE RESULTADO DE EXERCÍCIO E DEMAIS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS DOS 2 (DOIS) ÚLTIMOS EXERCÍCIOS SOCIAIS).

PORÉM, AS EMPRESAS APRESENTARAM O BALANÇO PATRIMONIAL SOMENTE DO ÚLTIMO EXERCÍCIO, CAUSANDO DESTA FORMA A INABILITAÇÃO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

É o breve relatório. Passamos a análise jurídica.

DA ANÁLISE JURÍDICA

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação limitar-se-á à dúvida estritamente jurídica ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto à outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração.

A emissão deste parecer não significa endosso ao mérito administrativo, tendo em vista que é relativo à área jurídica, não adentrando à competência técnica da Administração, em atendimento à recomendação da Consultoria-Geral da União, por meio das O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.

Portanto, passa-se à análise dos aspectos relacionados às orientações jurídicas ora perquiridas.

DA FUNDAMENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em capítulo reservado aos Princípios Gerais da Atividade Econômica, notadamente em seu art. 175, condicionou a prestação de serviços públicos à realização de prévio procedimento licitatório.

De outro lado, a própria Carta Magna, em capítulo destinado à Administração Pública, ressalva casos em que a legislação infraconstitucional confere ao Poder Público a faculdade de contratar sem a necessidade de tal procedimento, conforme se depreende do inciso XXI do art. 37, abaixo transcrito:

Art. 37. Omissis

[...]

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.

De tal missão se encarregou a Lei nº 14.133/2021, mais conhecida como a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – NLLCA, que regulamenta as Licitações e Contratações Públicas.

ANALISANDO O TÓPICO EM QUESTÃO, PODERIA A AGENTE DE CONTRATAÇÃO, POR MEIO DE DILIGÊNCIA AVERIGUAR O DOCUMENTO DO OUTRO EXERCÍCIO NÃO APRESENTADO?

Pela lógica do formalismo moderado, em compra pública, o mais importante é o resultado pretendido, não o processo burocrático.

Essa diretriz está relacionada à compreensão de que licitação é mais que um instrumento jurídico, sendo, na essência, um negócio no qual se busca uma solução apropriada para uma demanda legítima, ofertada por um provedor idôneo, a um preço justo, atendendo a múltiplos princípios e objetivos. (SANTOS e PÉRCIO, 2022).

Esse negócio jurídico merece interpretação adequada à sua natureza. Na lúcida definição de Adilson Dallari (1997), licitação não é concurso de destreza para o melhor cumpridor de edital.

Foi exatamente o que a NLL consagrou no artigo 12, inciso III, prevendo **relevar e sanear falhas formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão de sua proposta, sem afastá-lo da licitação ou invalidar o processo. Na habilitação, a NLL reforça o saneamento de erros ou falhas formais que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado e transparente (art. 64, §1º). É a lógica da essência sobre a forma, positivada como regra geral.**

A mesma lógica aparece em outros dispositivos da lei, revelando a coerência do espírito de formalismo moderado que deve reger as compras públicas. Como exemplo, o artigo 169, §3º, I prevê o controle de impropriedade formal por meio de saneamento e mitigação de riscos de nova ocorrência. Já o art. 80, §4º determina correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição em procedimentos de pré-qualificação.

O edital não é um fim em si mesmo e a interpretação e aplicação das regras deve ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando apego a formalismo exagerado, irrelevante ou desarrazoado (Acórdão nº 1211/2021-P).

Privilegiar a essência sobre a forma e a busca da proposta que proporciona o melhor resultado.

Isso é compatível com o art. 64, inciso I, da NLL, que admite expressamente a possibilidade de diligência para complementar informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame.

O TCU tem entendido que pode, sim, juntar documento ausente, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação, por equívoco ou falha, desde que tal documento comprove condição atendida pelo licitante antes da abertura das propostas (Acórdão TCU nº 1211/2021-P).

Da mesma forma que deve ser permitido sanear proposta, também se permite corrigir comprovação de habilitação, com a prevalência do fim (resultado) sobre os meios (processo burocrático). **O que importa é saber se o licitante tinha as condições requeridas no momento da abertura da disputa, a ausência ou a falha em um documento que registre essa situação não pode ser mais relevante do que a verdade dos fatos.**

Conforme o caso concreto, quem conduz o certame deve diligenciar para buscar o saneamento de falha ou equívoco da documentação apresentada e, na visão do TCU, sanear o que faltou.

O saneamento pode ocorrer, inclusive, de ofício, por diligência realizada pelo próprio agente condutor do certame, por meio de consulta aos sítios eletrônicos e às bases de dados oficiais para verificação do atendimento de condições de habilitação do licitante, inclusive no tocante a documentos eventualmente não apresentados. Essa é posição defendida no Enunciado 9 do I Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal, com base no art. 12, VI; art. 67, §3º; art. 68, §1º e art. 87 da NLL.

Outro exemplo, o TCU entendeu que se deve habilitar licitante que comprova, após diligência, condição preexistente à abertura da sessão pública (Acórdão nº

Reforçando essa visão, os modelos de editais da AGU para a NLL trazem redação explícita de que, após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, **salvo em sede de diligência, para complementar os documentos já apresentados e desde que se refiram a fatos existentes à época da abertura do certame.**

Com a publicação do Acórdão 1211/2021, Plenário (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) que trouxe uma nova interpretação a respeito da vedação à inclusão de novo documento, de que tratam o artigo 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e o artigo 64 da nova Lei de Licitação, conforme redação:

“Acórdão 1211/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Documento novo. Vedação. Definição. A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro” .

Essa interpretação é no sentido de que a vedação não se refere a documento ausente que não foi juntado devido a um equívoco ou falha, sendo que deverá ser solicitado posteriormente e avaliado pelo pregoeiro.

As questões relacionadas à documentação de habilitação do licitante possuem grande relevo no debate público. Em particular, maior controvérsia cinge-se na identificação da abrangência dos documentos complementares à proposta e à habilitação, que podem ser apresentados quando necessários para confirmar aqueles já apresentados, nos termos previstos no artigo 64 da Lei 14.133/2021.

Há, portanto, possibilidade de inclusão de documentos que sirvam para esclarecer ou complementar informações de um documento já apresentado tempestivamente pelo licitante, quando este não for suficiente para comprovar o atendimento das condições fixadas no edital. Isso porque dentre as finalidades do certame licitatório encontram-se a contratação da proposta mais vantajosa para a administração e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados.

o Tribunal de Contas da União (TCU) tem adotado uma interpretação diferente dessas regras. De acordo com essa nova abordagem, não se considera um documento novo quando ele atesta uma condição que já existia antes da abertura da sessão pública da licitação. Em outras palavras, **se um licitante não anexa um documento existente, por equívoco ou falha, antes da abertura da licitação, o TCU considera esse erro sanável, passível de correção, permitindo que o licitante envie a documentação faltante, em vez inabilitá-lo.**

Vejamos o Acórdão 1211/2021 – Plenário:

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 e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).

O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea h; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

A orientação mencionada, que permite a correção de erros sanáveis na documentação de habilitação, foi citada e confirmada em outros julgamentos do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme evidenciado pelos Acórdãos 2443/2021 e 468/2022 – Plenário.

Apesar de o dispositivo contido no art. 64 da Lei nº 14.133/21, reproduzir a vedação à inclusão de novos documentos, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, **“deixa salvas a possibilidade de diligência para a complementação de informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame, o que se alinha com a interpretação de que é possível e necessária a requisição de documentos para sanear os comprovantes de habilitação ou da proposta, atestando condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame.”**

Assim, nos termos dos dispositivos citados, inclusive do art. 64 da Lei 14.133/2021, **entendo não haver vedação ao envio de documento que não altere ou modifique aquele anteriormente encaminhado.** Por exemplo, se não foram apresentados atestados suficientes para demonstrar a habilitação técnica no certame, talvez em razão de conclusão equivocada do licitante de que os documentos encaminhados já seriam suficientes, poderia ser juntado, após essa verificação no julgamento da proposta, novos atestados de forma a complementar aqueles já enviados, **desde que já existentes à época da entrega dos documentos de habilitação.”**

Se é verdade que em tema de licitação a Administração está vinculada às normas e condições estabelecidas no Edital , e, especialmente, ao princípio da legalidade, **também é igualmente verdadeiro que a licitação não é um fim em si mesma, isto é, ela está a serviço da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, devendo todas as suas formalidades serem cotejadas com essa finalidade (formalismo moderado), sob pena de, superestimando a forma, termos uma contratação que não é a mais eficiente, econômica e vantajosa (formalismo exagerado).** Tomem-se as lições de Lucas Rocha furtado , “in verbis”:

“É certo que se o instrumento convocatório de uma licitação impõe determinado requisito, deve-se reputar relevante tal exigência. Esse rigor não pode ser aplicado, no entanto, de forma a prejudicar a própria Administração ou as finalidades buscadas pela licitação (proposta mais vantajosa e isonomia). A respeito desse assunto, o Tribunal de Contas da União manifestou-se nos seguintes termos:

(...) o rigor formal não pode ser exagerado ou absoluto. Como adverte o já citado mestre Hely Lopes Meirelles, o princípio do procedimento formal não significa que a administração deva ser formalista a ponto e fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta diante, desde que tais omissões sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes. (Decisão TCU nº 570/92, Plenário. Ata nº 54/92. DOU, 29 dez. 1992)”.

Sobre esse procedimento trazemos as lições do mestre Marçal Justen Filho:

“deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja adotada a estrita regulação imposta originariamente na lei ou no Edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento dos defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação”.

Tanto a Doutrina e a jurisprudência entendem que erros materiais são sanáveis no âmbito do processo licitatório, “sobretudo em função do princípio da economicidade e do privilégio à proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Tendo “como finalidade privilegiar a competição mediante a manutenção na disputa de licitantes que tenham entregue documentação omissa/incompleta, a Lei Geral de Licitações legitima a realização de diligências” ;

O “excesso de formalismo já fora amplamente debatido e condenado” e que “o poder de diligência se legitima quando fundamentada no alcance do interesse público e pela busca da proposta mais vantajosa, o que se observa dos autos em tela”.

Portanto, em suma e em conclusão, impõe-se uma leitura do edital à luz dos princípios da razoabilidade e da economicidade, uma vez que a busca pela proposta mais vantajosa não pode sucumbir ao excesso de forma.

Diante de todo o exposto, opinamos pelo conhecimento do Recurso dos licitantes, no mérito, por sua procedência, reformando-se a decisão da ilustre Agente de Contratação para retornar à fase de habilitação e proceder as diligências necessárias para apresentação do balanço patrimonial na forma prevista em lei, em consonância com o parecer dessa procuradoria.

Em face aos princípios insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, que seja a respectiva análise estendida ao julgamento do lote 001.

Quanto ao recurso da empresa CONSTRUSUL CONSTRUTORA LTDA EPP, deixo de analisar por ser relativo à questão técnica, mas, em face aos princípios insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, que seja novamente submetido a proposta ao setor técnico para confirmação ou não da manifestação exarada nos autos.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Alegre-ES, 11 de outubro de 2024

EDOMAR PROVETI VARGAS JUNIOR

PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

Parque Getúlio Vargas, 01 – Centro – Alegre/ES Tel.: (28) 3552-2327 – FAX.: (28) 3552-1918

http: www.alegre.es.gov.br / e-mail alegre@alegre.es.gov.br