

PARECER JURÍDICO

Assunto: Recurso Hierárquico da Empresa de Transportes Moderna LTDA.-EPP

Processo nº 016/2023- Pregão 011/2023

Parecer Jurídico nº 009/2023

I- RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Hierárquico interposto pela **EMPRESA DE TRANSPORTES MODERNA LTDA.-EPP**, no procedimento licitatório que visa a “Contratação de Empresa Especializada na Prestação de Serviços de Transporte Escolar para Atendimento da Secretaria Municipal de Educação do município de Ribas do Rio Pardo”, em conformidade com Processo Licitatório nº 16/2023, Edital Pregão Presencial nº 011/2023.

A empresa Recorrente afirma que a empresa Jose Claudio de Melo-ME, não teria apresentado Declaração Independente de Proposta quando da abertura dos envelopes contendo a propostas, que o Pregoeiro teria permitido a empresa a verificação em envelope diverso quanto a existência da declaração, e, após teria constatado que o referido documento não havia sido juntado, o Pregoeiro deliberou pela desclassificação de sua proposta, com consequente manifestação de interesse em recorrer pela empresa.

Afirma que deve ser mantida a desclassificação da proposta da empresa José Claudio de Melo- ME, revogando a decisão de anulação da fase de lances, com a consequente adjudicação do objeto.

É, o relatório.

II- PARECER JURÍDICO

II.i- Preliminarmente

Tem-se imperioso primeiro analisar que o instrumento utilizado pela **EMPRESA DE TRANSPORTE MODENA LTDA. - EPP**, qual seja, Recurso Hierárquico, não se amolda as hipóteses previstas no art. 109, inciso I, da Lei 8.666/93, senão vejamos:

“Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;”

Ao analisar o artigo retro mencionado é possível concluir pela taxatividade do seu rol, e essa vinculação tem razões muito simples. Primeiro, se a situação acima moldada ainda comportasse a interposição de novos recursos administrativos, a discussão em torno da matéria não teria fim. E, segundo, tendo em vista que, a rigor, os recursos serão julgados pela autoridade superior, esgota-se a instância administrativa.

No caso em exame, sequer se cogita o recebimento do recurso hierárquico com base nos princípios da fungibilidade recursal e da instrumentalidade das formas, uma vez que esses princípios permitem receber recurso quando este, apesar da forma inadequada, preenche todos os requisitos para o exercício do direito de recorrer pela via adequada, o que não ocorre no caso em tela.

Entretanto, como forma de preconizar o interesse público, recebe o presente recurso como Direito de Petição, e, passa o analisar nestes termos.

II.ii- Do mérito

Inicialmente, cumpre esclarecer que a Constituição Federal de 1988, no art. 37, XXX, determina que, ressalvados os casos previstos na legislação, as contratações de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública devem ser precedidas de procedimento licitatório, que assegure igual condições de participação a todos os concorrentes

A Lei 8666/93, instrumento legal utilizado no processo em tela, traça as regras básicas do procedimento licitatório, estabelecendo alguns princípios jurídicos que norteiam (art.3º), dentre os quais se destacam a legalidade, a imparcialidade, a moralidade, a igualdade, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo das propostas, admitindo a aplicação de outros que lhe são correlatos.

Deste modo, tem-se que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é regra que determina que os licitantes devem apresentar documentação capaz de refletir, desde logo, as condições estabelecidas no edital.

O Edital Pregão Presencial nº 011/2023 no item 7.1.h, determina a juntada do documento de Declaração de Proposta Independente no envelope N°1, junto com os demais documentos elencados no mesmo Item.

Cumpre salientar, no entanto, que a Lei 8.666/93, prevê, desde de que com a finalidade de privilegiar a competição mediante a manutenção na disputa de Licitantes que tenham entregue documentação omissa/incompleta, a possibilidade de realização de diligências, em algumas situações.

Assim, ao analisar o recurso interposto pela licitante, bem como a Ata de Sessão Pública, verifica-se que a empresa José Claudio de Melo-ME, estava devidamente credenciada, portanto, possuindo representante legal no momento da sessão. Verifica-se ainda que não foi realizado pelo Sr. Pregoeiro diligências que pudessem sanar a ausência da Declaração de Proposta Independente, conforme preceitua o art. 43, §^{3º}, caso em que poderia o teor do documento ser declarado verbalmente, e, reduzido a termo em ata.

Tem-se que o documento que culminou na desclassificação da proposta atestava condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, razão pela qual admitir a juntada da declaração não viola os princípios da isonomia e igualdade entre os licitantes, muito pelo contrário a desclassificação como ocorreu sem oportunizar o saneamento dos documentos de proposta, é que fere o interesse público, uma vez que se tem caracterizado a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).

Imperioso ressaltar ainda que a empresa desclassificada apresentou os melhores valores na proposta, sem sequer ir a fase de lances o que poderia reduzir ainda mais o preço final por item, aliado ao fato que a empresa José Claudio de Melo-ME, foi a única a apresentar proposta do item 3 considerado fracassado, entendimento este corroborado pelo próprio licitante em suas razões recursais, que de forma alternativa pugnou pela classificação da mencionada empresa somente no item 3, ato sim que fere de morte o princípio da impessoalidade.

Sendo este o entendimento do TCU, conforme acordão nº1211/2021- P, com a seguinte ementa;

- 1. 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).
- 2. 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.

Com isso, é possível entender que a vedação prevista no artigo 43, §3º, da Lei 8666/93, deve se restringir àquilo que o licitante não dispunha materialmente no momento da licitação, e não tão somente formalmente.

Para esta assessoria, seria exatamente essa a hipótese dos autos, uma vez que a declaração ausente retrataria condição anterior à sessão do pregão e poderia ser prontamente elaborada e entregue, haja vista se tratar de atestar de condição inerente à elaboração da proposta em si, sendo este documento de fácil elaboração e consistente em mera declaração sobre fato preexistente e compromissos assumidos pelo licitante.

Neste caso deve ser concedido prazo razoável para o devido saneamento, em respeito aos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999, sendo a medida de desclassificação da proposta contraria ao interesse público, sendo este o entendimento dos nossos tribunais superiores, senão vejamos:

STJ: "As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa".

STF: "Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu à formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo das propostas, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.

Assim, resta certo que é extremamente formalista a decisão que desclassifica o licitante por ausência de um documento de declaração que poderia ser obtido no momento da sessão, sendo a declaração de uma situação preexistente àquele momento, sobretudo porque dissociada dos princípios da proporcionalidade (razoabilidade) e da competitividade, já que não houve sequer suspeita da inconsistência dos fatos que ensejariam a declaração.



É cediço que o formalismo constitui princípio inerente a todo procedimento licitatório, no entanto, a rigidez do procedimento não pode ser excessiva a ponto de prejudicar o interesse público. Ademais, em matéria de licitação, como o objetivo é o de atrair o maior número de interessados, deve-se adotar interpretação que favoreça a consecução desse objetivo, tirando-se qualquer margem de discricionariedade da Administração Pública no que diz respeito à rejeitar possíveis licitantes.

De mais a mais, tem-se que a nossa Constituição Federal diz que **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”** (art.5º). No caso do processo licitatório em comento o instrumento normativo a ser utilizado é a Lei nº 8.666/93, e demais leis em sentido estrito que tratam sobre o tema.

É muito comum verificarmos exigências de documentos que não foram requeridos na própria legislação, exemplo clássico: a **exigência de alvará de funcionamento** municipal (sem nenhuma justificativa plausível), conforme Acórdão 4182/2017 do TCU.

Nesse caso, mesmo que o licitante envie sua proposta sem tais documentos que a lei o desobriga, sua inabilitação não pode ocorrer exclusivamente por essa razão, no caso em tela tem-se que o documento de Declaração de Proposta Independente exigido, que motivou a desclassificação da proposta, foi obrigatório durante um lapso temporal pela IN nº 02 de setembro de 2009, ocorre que a mesma teve seus termos revogados pela IN nº 102, de 2020, razão pela qual não há instrumento normativo vigente que impõe a juntada de tal documento.

O fato de um documento estranho à legislação estar no edital é razão para uma impugnação prévia, mas se não foi retirado a tempo deve ser considerado como uma mera sugestão sem força vinculativa.

Em outras palavras, entende esta assessora que o licitante não pode ter sua proposta desclassificada por não juntar um documento que foi exigido no edital, mas que não é obrigatório em sede normativa.

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência pátria tem defendido a atenuação dos rigores do art. 43,§3º, da Lei 8.666/93, cogitando o saneamento de meras falhas que não comprometam a habilitação ou a seriedade da proposta, no intuito de evitar o afastamento de licitantes que tenham condições de atender satisfatoriamente o objeto licitado, em privilégio ao princípio da competitividade, o qual é indispensável para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

Neste sentido, a fim de subsidiar a tomada de decisão quanto ao Recurso Hierárquico apresentado, e com base em todo o embasamento constante no discorrer do presente parecer, opino favoravelmente pela manutenção da empresa **JOSE CLAUDIO DE MELO-EPP.**





É o parecer que submeto à consideração superior, ressaltando que o parecer possui caráter opinativo, salienta que a análise jurídica sobre o procedimento se restringe à perfeita aplicação da legalidade, ficando os critérios de conveniência e oportunidade a cargo da autoridade superior competente.

Salvo melhor juízo, este é o parecer.

É a manifestação, salvo melhor juízo, que apresentamos para decisão.

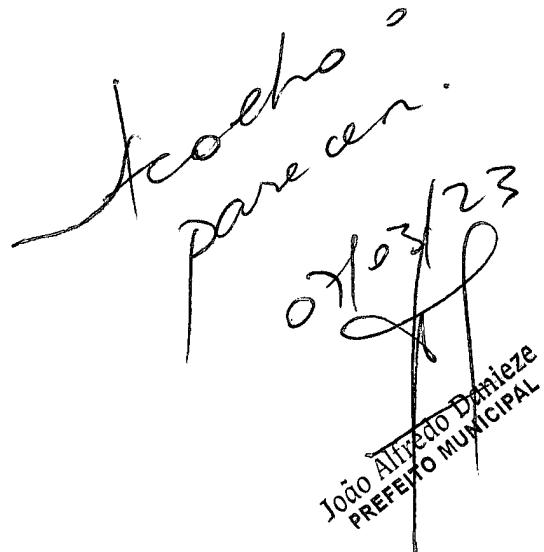
Ribas do Rio Pardo/MS, 06 de março de 2023.



LARISSA FERNANDA SANTOS

Assessora Jurídica - Portaria nº 006/2023

OAB/MG nº. 136.515



João Alfredo Dahieze
PREFEITO MUNICIPAL