



1651

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO MATEUS
SECRETARIA MUNICIPAL DE ESPORTES, LAZER E JUVENTUDE.

DESPACHO

Diante da conclusão do parecer jurídico nº 1002/2021 referente ao processo nº 13297/2021 quanto a inabilitação da Empresa **BEMATHEL CONSTRUÇÕES E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA**, este gestor **DECIDE** pela deliberação de que não houve excesso de formalismo na inabilitação da empresa.

Segue para providências que o caso requer.

São Mateus, 19 de janeiro de 2022

JASSON BARBOSA BARCELOS FILHO

Secretário Municipal Esportes, Lazer e Juventude
Portaria nº 504/2021

Jasson B. Barcelos Filho
Secretário Municipal de Esportes,
Lazer e Juventude
Portaria 504/2021

PARECER Nº: 1002/2021

PROCESSO Nº: 13297/2021

INTERESSADO: LICITAÇÃO

PARECER JURÍDICO

TOMADA DE PREÇOS. RECURSO HIERÁRQUICO.
LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 109, INCISO I.
DÚVIDA JURÍDICA. EXCESSO DE FORMALISMO.
SETOR DE LICITAÇÕES.

I – RELATÓRIO

Os autos vieram a esta Procuradoria Geral Municipal para elaboração de parecer acerca da **DÚVIDA JURÍDICA** suscitada pela Presidente da CPL, na pessoa da Srª Vânia de Souza Duarte, o qual solicita análise jurídica se de fato existe excesso de rigor na análise de inabilitação da empresa BEMATHEL CONSTRUÇÕES E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA, em face da Ata da Tomada de Preços nº 08/2021, ocorrida no dia 21/09/2021, originada do processo administrativo nº 13297/2021, cujo objeto é a "CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA CONSTRUÇÃO DA QUADRA COBERTA POLIESPORTIVA, LOCALIZADA NA RUA AMÉRICO SILVARES COM AVENIDA BARÃO DO TIMBOHY, BAIRRO NOVA SÃO MATEUS, MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS/ES E CONSTRUÇÃO DA QUADRA COBERTA POLIESPORTIVA, LOCALIZADA NO BAIRRO LIBERDADE, MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS/ES".



O procedimento em tela foi encaminhado a esta Procuradoria Geral Municipal em face da inabilitação da empresa BEMATHEL CONSTRUÇÕES E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA, tendo em vista que a empresa apresentou Alvará de Funcionamento emitido anteriormente a data de alteração de atividade econômica, o que torna o mesmo inválido, conforme descrição da Ata de Tomada de Preços nº 008/2021.

Em recurso apresentado, a empresa BEMATHEL CONSTRUÇÕES E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA discorre que a afirmação de mudança de atividade econômica se trata de expressão criada na cabeça do concorrente para tumultuar o processo licitatório, e, que é muito comum aparecer representantes de concorrentes nas sessões de abertura da licitação tentando "a qualquer custo" apresentar impugnações improcedentes a fim de induzir a Comissão de Licitação a erros.

Ainda menciona que no que tange a absurda alegação de que o alvará está vencido ou sem validade, é de fácil leitura que no respectivo documento não se apresenta qualquer imposição de data de vencimento, trazendo especificação do ano e data de expedição em 29/09/2020, não fazendo referência a validade.

Em sua manifestação técnica, a Presidente da CPL argui que conforme consta da cláusula editalícia 3.1.2, "g", a empresa deverá apresentar alvará de localização e funcionamento relativo ao domicílio ou sede da licitante, tendo a mesma apresentado conforme fls. 1165, no entanto, ocorre que o respectivo documento foi emitido em 29/09/2020 e autenticado em 27/05/2021, trazendo em seu bojo a descrição de que o alvará deverá ser substituído em caso de mudança de endereço, alteração de razão social, alteração de horário de funcionamento, alteração de nome fantasia e alteração de atividade.

Menciona que analisando os demais documentos da empresa que foram acostados nos autos, é possível observar que conforme ficha cadastral emitida pela JUCESP, existe a informação de que no dia 23/07/2021 ocorreu alteração da atividade econômica/objeto social da sede para construção de edifício e outros, e, que segundo a transcrição do alvará,



é o suficiente para se exigir a emissão de novo documento, o que gera a invalidade do alvará de localização e funcionamento.

Relata que em função disso, permaneceu a empresa inabilitada, e que não existe ilegalidade em sua inabilitação, uma vez que a empresa apresentou Alvará de Localização e Funcionamento emitido anteriormente a alteração de atividade econômica demonstrada em Ficha Cadastral Completa emitida pela JUCESP.

Cumprе ressaltar, que a manifestação desta Procuradoria Geral Municipal terá por base os documentos apresentados no presente caderno administrativo, ou seja, referenciando aos elementos constantes nestes autos, competindo-lhe tão somente, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, pautando a análise com base na legislação e jurisprudências relativas as irresignações, bem como nas contrarrazões opostas.

É o breve relatório. Passo a opinar.

II – DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

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:

“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.”

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, foi determinado que a Administração Pública utilizasse a licitação como única forma de contratação pública, contando, entretanto, com algumas exceções, apesar de serem bem poucas.

Toda entidade que utilize verba pública de modo direto, ou até mesmo indireto, deverá dar início a um procedimento licitatório para realizar transações, tendo em vista que não possui recursos financeiros próprios para isso.

Um procedimento licitatório segue normas formais e objetivas, através de etapas.

As leis que regem as licitações permitem que o Poder Público tenha seus próprios regulamentos, com suas normas específicas em relação à necessidade das contratações.

Por este motivo, cada procedimento licitatório possui a sua particularidade, e os Editais podem conter termos diferenciados uns dos outros.

O Edital tem como finalidade fixar os requisitos necessários à participação das empresas licitantes, em relação à licitação e futura contratação a partir do o procedimento licitatório.

É necessário que o Edital possua tudo que é determinado pela Lei de Licitações, como os detalhes do órgão que está promovendo a licitação, o número do processo administrativo, todas as características acerca do produto ou serviço a ser prestado, a data e o horário da disputa, os documentos exigidos para habilitação da empresa, entre outros.

Além disso, o Edital tem uma importante função de estabelecer um elo entre a Administração e os licitantes. O documento deve sempre buscar

a forma mais clara de redigir o seu texto, sem gerar dúvida ou estabelecer requisitos ilegais.

E, é exatamente a partir de sua criação e publicação que nasce para os licitantes a oportunidade de impugná-lo, pois, apesar de sua característica vinculatória, existe a possibilidade de serem revistos alguns itens.

A investigação acerca do excesso de formalismo nasce nesse momento.

II.1 – DO EXCESSO DE FORMALISMO E O PRINCÍPIO DA BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A licitação pública destina-se, conforme dispõe o art. 3º, "caput", da Lei no 8.666/1993, a garantir que a proposta mais vantajosa seja selecionada pela Administração:

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.

Essa seleção deve ser julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Durante a seleção, a comissão de licitação deverá ter cautela para não infringir os princípios licitatórios.

Nota-se que existem muitos pontos importantes a serem analisados pela Administração Pública, tendo em vista que não se pode ultrapassar nenhum dos limites já expostos até aqui.



Nesse sentido, é preciso evitar os formalismos excessivos e injustificados a fim de impedir a ocorrência de dano ao erário e valorizar a economicidade e vantajosidade da proposta.

Mas o que pode ser denominado como "formalismo excessivo"?

É preciso entender que não basta apenas que os documentos estejam em conformidade com o formalismo legalmente estabelecido para se obtenha uma real vantagem à Administração Pública e aos seus administrados.

Em outras palavras, a licitação não pode ser vista como uma ciência exata que se enquadra às fórmulas preestabelecidas e no final terá sempre o melhor resultado. O agente precisa ir além, e utilizar o procedimento licitatório a favor da Administração Pública, como um instrumento efetivo para obtenção de um resultado realmente valoroso, atendendo aos princípios e objetivos da licitação, e, dessa forma, alcançando a melhor proposta para a ocasião.

Ponto muito importante é a seleção da proposta mais vantajosa, que muito bem passa a ser explicada pelo duto doutrinador Marçal Justen Filho:

"A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação à cargo do particular. **A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.**"



Entendendo o conceito e a importância da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração podemos estabelecer um liame direto com a competitividade no certame público, sendo que segundo o inigualável Prof. Diógenes Gasparini:

“(...) se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado”.

Portanto, quanto mais competição, mais provável é a seleção da proposta mais vantajosa.

O foco é garantir a melhor proposta sem ferir a igualdade entre as licitantes.

Nesse diapasão, temos o formalismo moderado e o excesso de formalismo.

O formalismo moderado pode se traduzir à análise do objeto do documento em detrimento à forma como é apresentado, ou seja, o crivo exarado deve levar em consideração se o documento em análise é capaz de atender ao objetivo que lhe é proposto, independentemente de seu aspecto formal, claro, observando a segurança jurídica e o grau de certeza fornecido pelo documento.

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.



A Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos 8.666/93 estabelece uma gama de documentos para a comprovação de que a empresa eventual contratada tem capacidade para atender a demanda pública.

O objetivo dessas documentações é evitar que se contrate uma empresa que não venha cumprir com o contrato, ou mesmo o faça de forma parcial e insatisfatória, prejudicando a Administração e causando danos ao erário. O formalismo moderado estabelece: se a empresa consegue alcançar o objetivo, consegue demonstrar que é capaz de atender a demanda, não há motivos para ser excluída da licitação apenas porque a forma como apresentou seus documentos estão em dissonância ao exigido no edital (desde que haja segurança).

O excesso de formalismo é presente naquelas desclassificações ou inabilitações por erros mínimos que não afetam o julgamento ou, obscuridades que podem ser sanadas sem infringir o tratamento igualitário entre as licitantes.

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

Observando a possibilidade de saneamento de pequenos defeitos que não comprometem o julgamento igualitário da licitação, cito uma obra um



pouco mais antiga, porém com um pensamento bastante contemporâneo do doutrinador Adilson Abreu Dallari, que assim diz:

"Existem claras manifestações doutrinárias e já há jurisprudência no sentido de que na fase de habilitação não deve haver rigidez excessiva, deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade."

Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase da habilitação.

O item 3.1.2,"g", é bastante claro em sua letra quando menciona que as licitantes deverão apresentar alvará de localização e funcionamento, relativo ao domicílio ou sede da licitante.

Ou seja, a licitante tinha plena consciência da obrigatoriedade de apresentação do documento mencionado, pois não existem nos autos impugnação favorável a respeito do item supramencionado.

Em sendo assim, em esmiuça dos autos, esta Procuradoria Geral Municipal não identificou excesso de formalismo, ainda que já tenha passado tempo hábil de tal análise, tendo os setores competentes fincado suas razões na seleção da proposta mais vantajosa para o Município, e com isso, conseguido manter a sanidade do procedimento licitatório.

E por final, mas não menos importante é bom lembrarmos de que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade e da objetividade das determinações habilitatórias. Impõe à Administração e ao licitante a observância das normas estabelecidas no Edital de forma objetiva.

Em seu discurso, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos assegura:

"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.”

E ainda:

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

A vinculação se traduz em uma garantia para a sociedade de que não haverá favorecimentos ou direcionamentos nas aquisições feitas pela Administração Pública.

Em sendo assim, não pode a Administração Pública possibilitar margem à discricionariedade, quando os termos legais são incisivos e coerentes acerca de suas atribuições referentes ao edital licitatório.

II.2 – DAS PREMISSAS DO RECURSO HIERÁRQUICO

Recurso administrativo pode ser conceituado como todo meio hábil a propiciar o reexame da atividade da Administração por seus próprios órgãos por razões de legalidade ou de mérito.

Em sentido amplo, abarca a representação, a reclamação e o pedido de reconsideração. Em sentido estrito compreende apenas os recursos hierárquicos próprios e impróprios.

O recurso hierárquico, assim é chamado, pois as partes se dirigem à instância superior da própria Administração proporcionando o reexame do ato inferior sob todos os seus aspectos.

Neste ponto, importante salientar alguns pontos perspicazes.



Considera-se **próprio** todo aquele recurso que é dirigido a autoridade ou instância superior do mesmo órgão administrativo, ou seja, decorre da hierarquia e gradação da jurisdição superior à que emanou a decisão ou o ato impugnado e por ele julgado, excetuando-se os diplomas legais com determinações específicas.

Ademais, está em perfeita consonância com o princípio do controle hierárquico.

E é **impróprio** quando direcionado (e julgado) a órgão ou autoridade estranha à hierarquia da que expediu o ato recorrido. Contudo, só é admissível se estabelecido em norma jurídica que especifique todas as condições de sua utilização.

De análise do §4º contido no artigo 109 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, verificamos:

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

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.”

Em sendo assim, o recurso impetrado pela empresa BEMATHEL CONSTRUÇÕES E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA, tratando-se de RECURSO PRÓPRIO, conforme mais acima explicitado, deverá:



1. Ser dirigido a Presidente da CPL para que esta possa reconsiderar sua decisão, caso assim entenda pertinente, em até 05 (cinco) dias úteis.

Ou, optando por não reconsiderar sua decisão:

2. No mesmo prazo retromencionado, encaminhá-lo à Secretaria Municipal de Obras, Infraestrutura e Transportes para que no intercurso do prazo de 05 (cinco) dias úteis seja proferida decisão adequada relativa ao recurso.

No mais, é isto.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, restrita aos seus aspectos jurídicos, esta Procuradoria Municipal **OPINA** no sentido de que **NÃO HOUVE EXCESSO DE FORMALISMO NA INABILITAÇÃO** da empresa BEMATHEL CONSTRUÇÕES E INSTALAÇÕES INDUSTRIAIS LTDA, tendo em vista os argumentos esposados nos neste parecer.

Salvo melhor juízo, é o nosso parecer.

São Mateus/ES, 10 de novembro de 2021.



AILKA BARBOSA MARTINS
PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO
DECRETO Nº 12.936/2021
OAB/ES Nº 16.070