



PROCESSO N.º 8462

12/04/23

29 Rubrica B

Processo: n. 8462/2023

Recorrente: Ômega Construtora e Serviços Ltda.

Assunto: Recurso - Edital de Licitação - Tomada de Preços n. 002 de 2023 - Processo Licitatório n. 475/2023

Ao Ilmo. Sr. Subprocurador de Processos Administrativos;

I - DO RELATÓRIO

Trata-se de recurso apresentado pela empresa recorrente em face da sua inabilitação nos autos da Tomada de Preços n. 002 de 2023 - Processo Licitatório n. 475/2023, que tem por objeto licitar a melhor proposta para contratação de empresa especializada para os serviços de engenharia para aplicação de massa asfáltica pré-misturada a frio - PMF ("tapa buraco").

Em suma, a empresa alega em sua peça recursal (fls. 03/13) que a sua inabilitação se mostra incabível e indevida, uma vez que na licitação por tomada de preços a validade da proposta é de 60 (sessenta) dias, por força do art. 64, § 3º da Lei n. 8.666/93, no entanto, foi exigida uma garantia de proposta de 120 (cento e vinte) dias.

Afirma, ainda, que apresentou garantia de proposta com validade de 90 (noventa) dias e que poderia a Comissão de Licitação ter solicitado a complementação do prazo de garantia por meio de diligência, na forma do art. 43, § 3º da Lei n. 8.666/93, o que não causaria qualquer prejuízo ao certame, tendo em vista que o procedimento licitatório não deve ser pautado num formalismo exacerbado que desvirtue sua finalidade, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, garantindo maior competitividade entre os interessados.

Por fim, requer o recebimento do recurso com efeito suspensivo e a declaração da sua habilitação, após análise de sua documentação e posterior análise da sua proposta.

Em sede de contrarrazões, por meio do processo administrativo n. 8955/2023 (apenso), a empresa *Novacap Engenharia, Indústria e Comércio Ltda.* requer seja negado provimento ao recurso, afirmando que não houve impugnação ao edital pela recorrente sobre a questão, restando preclusa qualquer alegação quanto ao edital, motivo pelo qual deve ser mantida sua inabilitação, uma vez que a recorrente não atendeu integralmente às exigência do edital, com fundamento no Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

A Comissão Permanente de Licitação, em decisão de fls. 24/28, acolheu o recurso, eis que tempestivo. No mérito, afirma que o único questionamento ao edital relacionou-se à descontinuidade de itens na Tabela EMOP, prontamente atendido pela equipe técnica da Secretaria de Obras, não tendo sido apresentados outros questionamentos, impugnações e



tampouco formulação de pedidos de esclarecimento por parte de nenhum interessado, devendo ser prestigiados, obrigatoriamente, os princípios norteadores da licitação, basilarmente os princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, da Igualdade e Isonomia.

Afirma, ainda, que a recorrente confunde o prazo de validade da proposta de 60 (sessenta) dias, que nada mais é do que o prazo máximo a ser suportado pelo vencedor para ser convocado para assinatura do contrato nas condições apresentadas, com a exigência de apresentação de garantia de proposta de 120 (cento e vinte) dias, que se trata de caução, exigida em edital, como condição de habilitação, entendendo se tratarem de figuras díspares.

Aduz que não há incoerência em razão de erro formal, de equívoco da Comissão de Licitação por não realizar exigência, excesso de formalismo ou muito menos violação à ordem jurídica, mas sim que, ao contrário, a Comissão realizou seu julgamento à luz do disposto no edital de licitação, de forma objetiva e clara, o qual exigia apólice de seguro com prazo de validade de 120 (cento e vinte) dias, e em nenhum momento tal exigência foi questionada, seja em sede de impugnação ou de esclarecimento/dúvida, tendo agido dentro da legalidade ao promover a inabilitação da recorrente.

Por fim, nega provimento ao recurso e encaminha os autos ao Secretário Municipal de Obras, em cumprimento ao estabelecido no § 4º do art. 109 da Lei n. 8.666/93.

No entanto, os autos foram encaminhados diretamente a esta Procuradoria-Geral.

É o relatório.

II - DOS FUNDAMENTOS

II.2 - DA ADMISSIBILIDADE E COMPETÊNCIA DO PREGOEIRO PARA ANÁLISE DO RECURSO

Preliminarmente, verifica-se que o recurso, ora apreciado, é tempestivo e foi recebido pela Comissão de Licitação, pelo que deve ser conhecido, analisado e decidido.

Em matéria de recurso administrativo, dispõe o art. 109 da Lei n. 8.666/93:

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;



Como se pode ver, cabe ao pregoeiro receber, analisar e decidir os recursos e cabe à autoridade superior competente decidir os recursos contra os atos do pregoeiro, quando este mantiver sua decisão.

Em pesquisa acerca da matéria, depreende-se que a autoridade que designou o pregoeiro é que detém competência para julgar o mérito dos recursos interpostos, que, no caso em tela, é a Secretaria de Obras, motivo pelo qual a esta especializada cabe apenas opinar juridicamente acerca do recurso.

Ademais, cabe ao Pregoeiro o julgamento das propostas e documentos de habilitação. O art. 51 da Lei de Licitações e Contratos define as atribuições das comissões de licitação, sejam elas permanentes ou especiais, da seguinte forma:

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

§ 1º No caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exigüidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.

§ 2º A Comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.

§ 3º Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

§ 4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

§ 5º No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.



8462
12 04 23

33 Rubrica 0

Convém reproduzir as lições de Jair Eduardo Santana¹, que explica o papel do pregoeiro e suas responsabilidades:

“Os papéis do pregoeiro e da autoridade superior estão bem delineados na Lei nº 10.520/02. Mencionada legislação define os papéis de um ou de outro ator, inexistindo dúvida, por exemplo, que as atribuições relativas à realização do certame, à necessidade do objeto e à própria homologação sejam da autoridade superior. Por outro lado é também incontestável que a condução da sessão de pregão, a decisão quanto à habilitação e o acolhimento de recursos, por exemplo, sejam atribuições do pregoeiro”.

Neste ponto, convém transcrever o teor do art. 43, § 3º da Lei n. 8.666/1993:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”. (sem grifos no original)

Portanto, conclui-se que o pregoeiro é responsável pela condução da sessão de julgamento, tendo a legislação lhe atribuído poderes autônomos para julgar e decidir sobre as propostas e habilitação das licitantes, inclusive com a possibilidade de promoção de diligências destinadas a esclarecer ou complementar a instrução processual e sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas.

Como narrado no relatório, a Comissão Permanente de Licitação, em decisão de fls. 24/28, acolheu o recurso e, no mérito, negou provimento, passando-se à análise dos fundamentos no tópico a seguir.

II.2 - DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO

No caso em questão, a Comissão Permanente de Licitação negou provimento ao recurso sob o fundamento de que não há incoerência em razão de erro formal, de equívoco por não realizar exigência, excesso de formalismo ou muito menos violação à ordem jurídica, mas sim que, ao contrário, realizou seu julgamento à luz do disposto no edital de licitação, de forma

¹ SANTANA, Jair Eduardo. Pregão Presencial e Eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 131 a 183.



8462
12 04 23

objetiva e clara, o qual exigia apólice de seguro com prazo de validade de 120 (cento e vinte) dias.

Compulsando os autos, verifica-se que o subitem 18.1 do Edital estabeleceu a exigência de garantia/caução no valor de R\$ 28.946,29 (vinte e oito mil novecentos e quarenta e seis reais e vinte e nove centavos), ou seja, 1% do valor orçado pelo Município, para fins de garantia da proposta, com prazo de validade de, no mínimo, 120 (cento e vinte) dias.

Às fls. 383/389 do processo licitatório, verifica-se que a recorrente apresentou a apólice de seguro garantia no valor estipulado, com data de vigência entre 23/03/2023 a 21/06/2023 (90 dias).

Pois bem. A exigência de garantia da proposta, prevista no art. 31, inc. III, da Lei n. 8.666/93, **tem por finalidade assegurar a apresentação de ofertas sérias e a manutenção das mesmas enquanto vigentes**, impedindo que os licitantes, imotivadamente, no curso do procedimento, venham a desistir dos compromissos e responsabilidades que nascem e decorrem da participação na licitação.

A respeito do tema, elucida Marçal Justen Filho² sobre a garantia da proposta:

“A garantia da proposta, prevista no art. 31, III da Lei nº 8666, configura exigência que dificulta o acesso ao certame e não se traduz em maior vantagem para a Administração. Na vida prática, é quase impossível encontrar algum caso em que essa garantia tenha sido aproveitada pela Administração para algum fim. Aliás, deve ter-se em vista a própria dimensão da garantia, relativamente irrelevante. A apresentação da garantia acaba sendo uma questão muito mais formal, propiciando disputas sobre o cumprimento de prazos e outros requisitos. A questão é objeto de intensa disputa entre os licitantes, sem maior benefício para a satisfação dos interesses buscados pela Administração Pública. Não é raro ocorrer a inabilitação ou desclassificação de propostas vantajosas simplesmente por defeitos no tocante a essa garantia.”

Diferentemente da garantia da proposta, a garantia contratual prevista no art. 56 da Lei n. 8.666/93 tem por objetivo assegurar a perfeita execução do objeto, bem como resguardar eventual ressarcimento da Administração Pública em caso de inadimplemento contratual, devendo ser devolvida somente após o cumprimento total das obrigações impostas ao contratado.

² FILHO, Marçal Justen. Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 231.



DIA 12/04/23

FOLHA 35 DE 8

Portanto, a garantia da proposta não se confunde com a garantia contratual (embora as modalidades sejam as mesmas), pois cada uma dessas exigências possui uma finalidade específica e visam resguardar, cada qual a seu modo, a satisfação do interesse público tutelado com a realização do processo de contratação pública (a obtenção de proposta vantajosa e a execução do objeto da contratação).

Quanto à validade da proposta, a Lei n. 8.666/93 estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias no art. 64, § 3º.

Se, por motivo de força maior, a adjudicação não puder ocorrer dentro do período de validade da proposta vencedora, e caso persista o interesse no objeto licitado, a Administração poderá solicitar prorrogação da validade, cuja prorrogação somente será válida se houver aceitação expressa do licitante, documentada nos autos.

Decorrido o prazo de validade da proposta, contado da data prevista para abertura dos envelopes “Documentação” e “Proposta”, sem solicitação para prorrogação da validade ou convocação para assinatura do termo contratual ou recebimento de documento equivalente, ficam os concorrentes liberados dos compromissos assumidos.

Considerando que a garantia da proposta visa assegurar a apresentação de ofertas sérias e a manutenção das mesmas enquanto vigentes, se a validade da proposta somente pode ser de 60 (sessenta) dias, de nada adiantaria estipular prazo de garantia maior que o da própria validade da proposta.

Ou seja, se a licitante for convocada após expirado o prazo de validade de 60 (sessenta) dias da proposta, não tendo havido prorrogação formal, ela não estará obrigada a assinar o contrato.

Portanto, estabelecer prazo de validade de garantia da proposta além do prazo de validade da proposta é medida inócua. Estar-se-ia estendendo o prazo da proposta de 60 (sessenta) dias estabelecido pela Lei n. 8.666/93.

Ao que parece, o prazo previsto no item 18.1 de 120 (cento e vinte) dias estaria se referindo a uma eventual prorrogação da proposta de 60 (sessenta) dias por igual período, o que totalizaria os 120 (cento e vinte) dias.

Entretanto, a prorrogação não é automática, deve ter a concordância da licitante e, portanto, na hipótese de ser necessária sua prorrogação, deve ser exigida também a prorrogação da validade da garantia da proposta.



Frise-se: a garantia da proposta tem por finalidade assegurar a apresentação de ofertas sérias e a manutenção das mesmas enquanto vigentes, impedindo que os licitantes, imotivadamente, no curso do procedimento, venham a desistir dos compromissos e responsabilidades que nascem e decorrem da participação na licitação.

No caso em análise, a recorrente apresentou garantia da proposta com prazo de validade de 90 (noventa) dias, ou seja, superior ao prazo de validade em si de 60 (sessenta) dias da proposta apresentada, estando devidamente coberta contra eventual desistência, atingindo, portanto, a sua finalidade.

Ademais, eventuais erros formais ou materiais no preenchimento dos documentos relativos à proposta não devem implicar na exclusão automática do licitante do certame, devendo o órgão público, após verificado o equívoco, solicitar e conceder prazo para a regularização do erro, possibilitando, assim, o ajuste da proposta apresentada.

O TCU³ já se manifestou diversas vezes no sentido de que a mera existência de erro material ou de omissão na planilha de custos e de formação de preços da licitante não enseja, necessariamente, a desclassificação antecipada da sua proposta, devendo a Administração promover diligência junto ao interessado para a correção das falhas, sem permitir, contudo, a alteração do valor global originalmente proposto.

O referido Tribunal já assentou também que é indevida a desclassificação de licitantes em razão da ausência de informações na proposta que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações⁴, bem como já determinou a certo ente que se absteresse de inabilitar empresas e/ou desclassificar propostas quando a dúvida, o erro ou a omissão pudessem ser saneados, nos casos em que não importasse prejuízo ao interesse público e/ou aos demais participantes⁵.

Veja-se o teor do Acórdão n. 1.211/2021-TCU-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, de 26.05.2021:

“REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE

³ Acórdão 1487/2019 Plenário; Acórdão 2564/2009 Plenário; Acórdão 1734/2009 Plenário; Acórdão 1924/2011 Plenário; Acórdão 1811/2014 Plenário; Acórdão 2546/2015 Plenário; Acórdão 2742/2017 Plenário; Acórdão 2290/2019 Plenário.

⁴ TCU. Acórdão 1170/2013-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes, 15.5.2013 - info 151.

⁵ TCU - Acórdão nº 2.231/2006 - 2ª Câmara.



FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET. 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".**

Vale a pena transcrever, ainda, parte do voto do Ministro Walton Alencar, relator do feito:

"[...] Resta, ainda, identificar a abrangência do procedimento de saneamento de "erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica" previsto no art. 47 do Decreto 10.024/2019.

O art. 26, §9º, do mesmo normativo estabelece que "os documentos complementares à proposta e à habilitação, quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados, serão encaminhados pelo licitante melhor classificado após o encerramento do envio de lances, observado o prazo de que trata o § 2º do art. 38".

Já o art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, aplicado subsidiariamente ao Pregão, dispõe que "é facultada à Comissão ou autoridade superior, em



qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta".

O art. 2º, §2º, do Decreto 10.024/2019, por sua vez, reproduziu o mesmo texto do art. 4º, parágrafo único, do Decreto 3.555/2000: "as normas disciplinadoras da licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, resguardados o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação".

Como visto, a interpretação literal do termo "[documentos] já apresentados" do art. 26, §9º, do Decreto 10.024/2019 e da vedação à inclusão de documento "que deveria constar originariamente da proposta", prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 pode levar à prática de atos dissociados do interesse público, em que o procedimento licitatório (meio) prevalece e ganha maior importância que o resultado almejado, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração (fim) .

Imperioso observar que, visto por este prisma, a interpretação literal desses comandos legais vai contra o entendimento da jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que o edital não constitui um fim em si mesmo. Cito caso semelhante à situação ora tratada em que, por meio do Acórdão 1758/2003-TCU-Plenário, de minha relatoria, o TCU considerou regular a inclusão de documentos no processo licitatório, no ato da sessão, conforme autorizado pela pregoeira, no exercício de suas regulares atribuições, tratadas no art. 11, incisos XIII e XIV, do Decreto 3.555/2000.

O edital de licitação constitui instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, quais sejam, assegurar a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93. Dessa maneira, a interpretação e a aplicação das regras estabelecidas devem ter por norte o atingimento dessas finalidades, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuam para esse desiderato.



As regras de licitações e a jurisprudência vêm evoluindo nesse sentido, sendo possível, por exemplo, ante à falta de juntada de comprovantes de regularidade fiscal pelo licitante, a consulta, pelo próprio agente público que conduz o certame, a sítios públicos em que constem tais documentos, nos termos do art. 40, parágrafo único, do Decreto 10.024/2019.

Em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento "que deveria constar originariamente da proposta", prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, deve se restringir ao que o licitante não dispunha materialmente no momento da licitação. Caso o documento ausente se refira a condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha, haverá de ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

Isso 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) .

Cito ainda o disposto no art. 64 da nova Lei de Licitações (Lei 14.133 de 1º de abril de 2021) , que revogará a Lei 8.666/1993 após decorridos 2 anos da sua publicação oficial:

"Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos



documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação."

O dispositivo reproduz a vedação à inclusão de novos documentos, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993; porém, deixa salvaguarda 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.*

Pelo exposto, julgo procedente a presente representação tendo em vista que o pregoeiro deixou de fundamentar o ato pelo qual concedeu nova oportunidade para envio da documentação, no prazo de 30 minutos, e considero prejudicada a medida cautelar pleiteada, uma vez que o certame foi revogado".

Neste prumo, vale transcrever as lições de Lucas Rocha Furtado⁶, representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União:

*A desclassificação de uma proposta pode ter dois fundamentos básicos: vícios formais e preço. O primeiro fundamento, indicado no art. 48, I, da Lei nº 8.666/93, suscita algumas dúvidas porque desconformidades insignificantes entre as propostas e o edital não devem dar causa à desclassificação. **A desconformidade ensejadora da desclassificação de uma proposta deve ser substancial e lesiva à Administração** ou aos*

⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Fórum. 2007. P. 255.



outros licitantes. É preferível admitir proposta com vícios formais de apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por rigorismo formal e incompatível com o caráter competitivo da licitação.

De acordo com o referido autor, embora se presuma que determinados requisitos impostos pelo edital são relevantes, o rigor em sua exigência não deve ser aplicado de forma a prejudicar a própria administração.

No Acórdão 2443/2021-Plenário⁷, datado de 06/10/2021, o TCU novamente afirmou a possibilidade de documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência:

ENUNCIADO

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 e Contratos Administrativos), não alcança documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência. (sem grifos no original)

Vale também transcrever parte do voto do Relator Augusto Sherman no supracitado Acórdão:

“[...] 13. Ademais, conforme bem pontuado pela Selog, os pareceres jurídicos que pautaram essa decisão, ignoram a jurisprudência mais recente do Tribunal, notadamente o Acórdão 1211/2021-TCU-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, cujo entendimento foi:

"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) "

14. Desse modo, considero que a inabilitação da [licitante 1] foi irregular, e para que o interesse público seja preservado, acompanho a proposta da unidade instrutiva no sentido de que seja expedida determinação ao GAP-RJ para que promova a anulação da decisão

⁷ TCU, Acórdão nº 2443/2021, do Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman, j. em 06.10.2021.



administrativa que reformou a decisão do pregoeiro quanto à habilitação da [licitante 1], que ofertou o menor preço, com a consequente habilitação da referida empresa.

Acórdão:

9.3. determinar ao Grupamento de Apoio do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 4º, inciso I da Resolução - TCU 315/2020, que, no prazo de quinze dias, adote providências quanto ao item abaixo, e informe ao TCU os encaminhamentos realizados:

9.3.1. promova a anulação da decisão da autoridade competente que reformou a decisão do pregoeiro quanto à habilitação da [licitante 1] no Pregão 45/2020, que ofertou o menor preço, com a consequente habilitação da citada Empresa, tendo em vista que a apresentação, em sede de diligência, do CAT 24097/2021 pela [licitante 1], emitido em 9/3/2021, destinado a atestar condição preexistente à abertura da sessão pública, não se configura motivo plausível para a inabilitação do licitante, conforme entendimento firmado no Acórdão 1211/2021-TCU-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. (sem grifos no original)

Quanto aos erros, classificados como erro formal, erro material e erro substancial, apenas é possível sanar aqueles que forem formais ou materiais.

O erro formal é aquele quando um documento é produzido de forma diversa da exigida, o qual não vicia e nem torna inválido o documento. Já o erro material ocorre quando há falha de conteúdo na informação, havendo evidente desacordo entre a vontade e o que de fato foi expressado no documento. Por fim, o erro substancial se refere à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais (art. 139 do Código Civil), cuja omissão ou falha substancial prejudica o conteúdo essencial do documento, inviabilizando seu adequado entendimento.

In casu, s.m.j., trata-se de erro material, passível de ser sanado, eis que a adequação do prazo de validade da garantia da proposta em nada altera a substância da proposta apresentada.

Deve-se ter em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os quais acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância dos defeitos.



Como alertado pelo TCU em seus diversos acórdãos sobre o tema, eventuais erros formais ou materiais não devem implicar na exclusão automática do licitante do certame, devendo o órgão público, após verificado o equívoco, solicitar e conceder prazo para a regularização do erro, possibilitando, assim, o ajuste da proposta apresentada.

Vale a pena rememorar o entendimento do TCU no Acórdão 2443/2021-Plenário, de que *“(...) 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”*.

A desconformidade ensejadora da desclassificação de uma proposta deve ser substancial e lesiva à Administração, o que não parece ser o caso dos autos.

É verdade que não se pode olvidar do dever de atenção máxima pelo licitante quando da sua participação na licitação, que teve ciência de todas as regras contidas no instrumento convocatório.

O correto, no entender desta assessoria jurídica, é que o edital fixe quais situações serão passíveis de diligência para fins de esclarecimento ou até disponha sobre a juntada de documentos que atestam situação pré-existente, gerando menor imprevisibilidade e insegurança à disputa licitatória, em função do dever de respeito ao princípio da vinculação do instrumento convocatório e da legalidade estrita.

III - DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, esta pasta jurídica tem a seguinte orientação:

Considerando os princípios envolvidos *in casu*, conjugando-se o princípio da razoabilidade/proporcionalidade e do formalismo moderado com a vedação ao rigorismo formal exacerbado e a supremacia do interesse público aliada à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, por meio da ampliação da competitividade do certame;

Considerando que estabelecer prazo de validade de garantia da proposta além do prazo de validade da proposta é irrelevante, já que a própria Lei fixa o prazo de 60 (sessenta) dias, e que a possibilidade de prorrogação do prazo de validade da proposta apenas pode ocorrer em caso de concordância da licitante, consequentemente, acarretando a necessidade de prorrogação do prazo de validade da garantia da proposta;

Considerando que o prazo de vigência da garantia da proposta apresentado pela recorrente de 90 (noventa) dias é superior ao prazo de validade em si de 60 (sessenta) dias da proposta apresentada, estando devidamente coberta contra eventual desistência, atingindo, portanto, a sua finalidade;



Considerando, ainda, que eventual necessidade de correção do prazo de validade da garantia por meio de diligência não acarreta a alteração da proposta nem causa prejuízo ao certame, tendo em vista a possibilidade de correção de erro formal ou material que não altere a substância da proposta;

Conclui-se que a habilitação da recorrente se mostra como medida que melhor atende ao interesse público, em consonância com o entendimento jurisprudencial mais atualizado das Cortes de Contas, especialmente do Tribunal de Contas da União.

Desta feita, **opina-se pela remessa dos autos à Secretaria Municipal de Obras** para ciência e decisão final, considerando que a presente manifestação jurídica é tão somente opinativa, não vinculando a Autoridade Superior, que pode decidir de forma diversa, com posterior envio à Comissão Permanente de Licitação para ciência e adoção das providências de sua competência.

Ressalta-se que o opinamento desta Procuradoria Geral, órgão com atribuição de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Municipal, na forma do art. 206, da Lei Orgânica do Município de Nova Friburgo, Lei Municipal n. 4.637/18, restringe-se apenas à análise das questões jurídicas relacionadas à legalidade, à medida em que a análise de questões de ordem técnica ou decisões inerentes à discricionariedade do administrador público, incumbe, exclusivamente, à área técnica e à secretaria requisitante, com fiscalização pelo órgão de controle interno.

É o parecer, meramente opinativo e não vinculativo, que se submete à consideração superior, *sub censura*, podendo ser acolhido ou rejeitado liminarmente.

Nova Friburgo, 12 de abril de 2023.

Fernando Guilherme de Oliveira Guimarães
Subprocurador de Assuntos Administrativos

Matrícula 62.795

Fernando Guilherme de Oliveira Guimarães
Subprocurador de
Assuntos Administrativos
Matr. 62.795