



PROCESSO ADMINISTRATIVO N.: 000071/2020

TOMADA DE PREÇOS N. 03/2020

TIPO MENOR PREÇO POR LOTE

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE ENGENHARIA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO DE QUADRAS POLIESPORTIVAS COBERTAS COM ARQUIBANCADA EM COMUNIDADES RURAIS DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO DO SUL.

DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – LEI N. 8.666/93 – ART. 38, INCISO VI – FASE EXTERNA – 2.ª FASE – PROPOSTA DE PREÇO – RECURSO – INDEFERIMENTO – PROSSEGUIMENTO – HOMOLOGAÇÃO.

I. DO RELATÓRIO

Trata-se de análise acerca da licitação em destaque, quanto a regularidade dos atos praticados na fase externa da licitação, notadamente publicação do edital, primeira fase (habilitação) e segunda fase (proposta de preço), conforme previsão legal do art. 38, inciso VI, da lei n. 8666/93.

A fase interna foi objeto de análise desta Procuradoria Municipal, a teor do comando do parágrafo único do art. 38 da lei n. 8666/93, conforme se verifica do Parecer Jurídico n. 82/2020 acostado às fls. 197-200.

Iniciada a fase externa do certame, registra-se:

- I) edital de Tomada de Preços n. 003/2020 – protocolos de envelopes e sessão pública para o dia 19/05/2020, terça-feira (fls. 202-250);
- II) extrato de Aviso de Licitação (fls. 251);
- III) cópia de publicação no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo em 30/04/2020, sexta-feira (fls. 252);
- IV) cópia de publicação nos átrios municipais, da Prefeitura, da Câmara de Vereadores, e da Associação Comercial, todos em 30/04/2020, sexta-feira (fls. 253);
- V) Impugnação protocolizada sob n. 002578/2020 em 12/05/2020, terça-feira (fls. 254-257);
- VI) Julgamento da impugnação, fundamentado, esclarecendo, e mantendo incólume o texto vigente do edital em referência (fls. 258-265);
- VII) documentos de credenciamento de representantes (fls. 269-311);
- VIII) documentos de habilitação das empresas participantes (fls. 312-1027);
- IX) ata da sessão pública de abertura dos envelopes de habilitação, datada de 19/05/2020 (fls. 1028-1030);
- X) Protocolizaram envelopes as seguintes empresas:
 - a – ASLE Construtora Ltda. EPP;
 - b – CAJ Construções e Serviços EIRELI-ME;
 - c – CMIL Construção e Manutenção Industrial Ltda.;
 - d – Conilon Construções e Reformas Ltda.;
 - e – Construtora Grek EIRELI EPP;
 - f – Construtora Santo Amaro EIRELI;

ERNADES VASSOLER ROZEL
Procurador Geral
OAB/ES N.º 20.425
Decreto N.º 007/2017

g – Elicon Construtora Ltda. EPP;

h – Lance Construtora EIRELI; e

i – MEO Engenharia e Construções EIRELI;

XI) manifestação do Engenheiro Civil do Município, quanto a capacidade técnica das licitantes (fls. 1032-1034);

XII) decisão da fase de habilitação exarada pela Comissão Permanente de Licitação (fls. 1035-1049);

XIII) publicação da decisão no Diário Oficial do Estado e no átrio da Prefeitura, em 29/05/2020, sexta-feira (fls. 1055-1056);

XIV) recurso protocolizado pela empresa Elicon Construtora Ltda. EPP, em 05/06/2020, sexta-feira, tempestivo (fls. 1058-1073);

XV) recurso protocolizado pela empresa MEO Engenharia e Construções EIRELI, em 05/06/2020, sexta-feira, tempestivo (fls. 1074-1082);

XVI) notificação aos demais licitantes acerca do teor dos recursos protocolizados, através de correspondência via correio-web, em 08/06/2020, segunda-feira (fls. 1083);

XVII) manifestação do Engenheiro Civil do Município acerca dos recursos protocolizados (fls. 1085-1105);

XVIII) contrarrazões de recursos da empresa Construtora Santo Amaro EIRELI, protocolizado em 09/06/2020, terça-feira, tempestivo (fls. 1107-1123);

XIX) contrarrazões de recursos da empresa Conilon Construções e Reformas Ltda., recebido em 17/06/2020, quarta-feira, tempestivo (fls. 1124-1150);

XX) informações em recurso expedidas pela Comissão Permanente de Licitação, fazendo o processo subir ao Prefeito Municipal, indeferindo os recursos administrativos, permanecendo a decisão da fase de habilitação inalterada (fls. 1151-1191);

XXI) após despacho do Prefeito, solicitando análise, a Procuradoria Municipal expede Parecer Jurídico n. 123/2020, que acompanha as informações e decisão da CPL quanto ao resultado da fase de habilitação e julgamento dos recursos (fls. 1193-1205);

XXII) após análise jurídica, o Prefeito Municipal expede decisão final quanto a fase de habilitação, indeferindo os recursos propostos, mantendo inalterada a decisão da CPL quanto a fase habilitatória do certame (fls. 1206-1207);

XXIII) aviso de resultado do julgamento dos recursos da fase de habilitação e publicação no Diário Oficial do Estado, em 20/07/2020, segunda-feira, designando sessão de abertura dos envelopes de propostas comerciais para a data de 23/07/2020 (fls. 1208-1209);

XXIV) Às fls. 1213-1342 constam as propostas comerciais das empresas habilitadas:

a – Elicon Construtora Ltda. EPP;

b – Construtora Grek EIRELI EPP;

c – CAJ Construções e Serviços EIRELI-ME;

d – Lance Construtora EIRELI;

e – Conilon Construções e Reformas Ltda.; e

f – Construtora Santo Amaro EIRELI.

XXV) Ata da sessão pública de análise, julgamento e classificação das propostas, declarando vencedora a empresa Elicon Construtora Ltda. EPP com valor total de R\$ 1.197.075,04 (fls. 1343-1344);

XXVI) Aviso de resultado do julgamento das propostas (fls. 1345);

- XXVII) Publicação do aviso de resultado do julgamento das propostas, no Diário Oficial do Estado, no átrio da Prefeitura e Câmara, em 27/07/2020, segunda-feira (fls. 1346-1347);
- XXVIII) Às fls. 1349-1386, o engenheiro civil municipal junta composição de custo unitário de proposta, enviada pela empresa vencedora;
- XXIX) Recurso administrativo da empresa Construtora Grek EIRELI EPP, protocolizado em 29/07/2020, quarta-feira, tempestivo (fls. 1388-1394);
- XXX) notificação aos demais licitantes acerca do teor do recurso protocolizado, através de correspondência via correio-*web*, em 04/08/2020, terça-feira (fls. 1395);
- XXXI) Contrarrazões de recurso administrativo apresentadas pela empresa Elicon Construtora Ltda. EPP, protocolizado em 10/08/2020, segunda-feira, tempestivo (fls. 1397-1406);
- XXXII) informações em recurso expedidas pela Comissão Permanente de Licitação, fazendo o processo subir ao Prefeito Municipal, indeferindo o recurso administrativo interposto pela empresa Construtora Grek EIRELI EPP, permanecendo inalterada a decisão da fase de proposta de preço (fls. 1407-1412);
- XXXIII) após, despacho do Prefeito solicitando análise da Procuradoria Municipal (fls. 1413).

Esta é a síntese, passamos à análise e manifestação.

II – FUNDAMENTOS

Ultrapassadas as análises pertinentes à fase interna da licitação em destaque, é a presente aquela afeta à fase externa, ou seja, o desdobramento do procedimento de licitação após a exteriorização de seu edital, com a competente publicação do resumo do instrumento convocatório em formato de “aviso de licitação”.

II.1 – Da Publicidade

Primeiramente, cumpre verificar se a Administração cumpriu os determinantes legais quanto a publicidade do certame, de acordo com a lei nacional n. 8666/93, no tocante ao seguinte dispositivo:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração,

ERNADES VASSOLER MOZER
Procurador Geral
OAB/ES Nº 20.425
Decreto Nº 007/2017

conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concurso; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - trinta dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço"; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - cinco dias úteis para convite. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Compulsando os autos processuais, e revisitando o relatório do presente parecer, identifica-se o seguinte:

I) edital de Tomada de Preços n. 003/2020 – protocolos de envelopes e sessão pública para o dia 19/05/2020, terça-feira (fls. 202-250);

II) extrato de Aviso de Licitação (fls. 251);

III) cópia de publicação no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo em 30/04/2020, sexta-feira (fls. 252);

IV) cópia de publicação nos átrios municipais, da Prefeitura, da Câmara de Vereadores, e da Associação Comercial, todos em 30/04/2020, sexta-feira (fls. 253);

Apreciando as citações dos autos, em cotejo com o dispositivo de lei supracitado, identifica-se que o prazo mínimo de publicidade exigido, 15 (quinze) dias, para a licitação em destaque, foi respeitado, bem como, no que concerne à necessidade de publicação no Diário Oficial do Estado, tal exigência também foi cumprida, restando, contudo, o não atendimento à necessidade de se publicar em Jornal diário de grande circulação no Estado.

Quanto a este último requisito, a Comissão Permanente de Licitação, em justificativa e motivação, alega o seguinte, assim registrado na ata de abertura do certame, às fls. 1028:

... Tomada de Preços n. 000003/2020, publicado no DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, do dia 30 de abril de 2020, no site oficial do município e afixado nos murais da Prefeitura Municipal de Rio Novo do Sul e da Câmara Municipal de Rio Novo do Sul, conforme recibos juntados aos autos, na forma do PARECER CONSULTA N. 00023/2019-1 – PLENÁRIO TCEES...

Como até este momento processual não identifica-se nos autos algum comprovante de que a licitação tenha sido publicada no site oficial do Município, de acordo com certificação que a CPL faz em trecho da ata acima transcrito, em diligência esta Procuradoria Municipal



identificou a respectiva publicação, imprimindo-a, e nesta oportunidade juntando aos autos às fls. 1414.

Ao encalço do Parecer Consulta n. 00023/2019-1, do Plenário do TCE-ES, importa registrar que este usa como parâmetro a Instrução Técnica de Consulta n. 00033/2019-7, que frisa o opinativo de desnecessidade de publicação em Jornal Diário por força da Medida Provisória 896/2019, deixando claro que, caso a MP não seja convertida em lei, que aquela análise da ITC não seria aplicável a novo contexto então deflagrado. Nesse sentido, destaca-se:

Instrução Técnica Conclusiva n. 00033/2019-7

(...)

Quanto à segunda pergunta, verifica-se que a alteração promovida pela MP 896/2019 traz sua resposta. Como se confere dos artigos 21, da lei 8.666/93, e 4º, da lei 10.520/02, foram revogados os incisos que exigiam a publicação em jornal diário de grande circulação. Sendo assim, os entes federativos estão desobrigados a proceder à publicação dos avisos de editais de licitação por esse meio. (grifo originário)

Por fim, vale ressaltar que esta peça se baseia na redação dada por medida provisória. Como esses instrumentos normativos podem ou não ser convertidos em lei, incorporando-se com ares de definitividade ao ordenamento jurídico, esta instrução deve ser entendida à luz do texto normativo vigente. Caso a MP 896/2019, que baseou esta exposição, não seja convertida em lei, estendida ou replicada em outra regra, a presente análise não será aplicável ao novo contexto. (grifo não originário)

O Parecer Consulta evocado, porém, apesar de usar a ITC n. 00033/2019 como paradigma, traz com clareza o entendimento do Relator Conselheiro Dr. DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER, acompanhado em unanimidade, que registra fazer a análise ora submetida com vistas ao texto original da lei, ante a transitoriedade de uma Medida Provisória, e que orienta o acolhimento da proposta da área técnica *independentemente da conversão da Medida Provisória 896/2019 em Lei Ordinária*. Vejam-se os destaques:

Parecer Consulta n. 00023/2019-1

(...)

Nada obstante, tendo em vista que esta resposta tem como base a Medida Provisória 896/2019, cujas precariedade e provisoriedade são inerentes, havendo a possibilidade de ser rejeitada pelo Congresso Nacional ou ainda caducar, além de ser objeto da ADI 6229 (ao fundamento de retaliação contra a liberdade de imprensa e de expressão e a democracia), o que de qualquer modo atingiria a suspensão da redação original das leis 8666/1993 e 10520/02, passar-se-á para a análise da Consulta à luz da redação original desses diplomas, antes da modificação perpetrada pela Medida Provisória. (grifo não originário)

(...)

A Lei de Licitações é uma lei de 1993, ou seja, é uma lei antiga, que não acompanhou a evolução tecnológica. À época da publicação da referida lei, a informática era incipiente e o jornal impresso era a principal fonte de informação e de publicidade na sociedade. Só que já na virada do século a internet ganhou espaço e hoje conquistou o posto que outrora era do jornalismo impresso.

Nesse cenário, deve-se buscar a finalidade do art. 21 da lei 8666/93, dando-o interpretação teleológica, de forma que o meio de publicidade pouco importa, desde que seja o mais eficaz. E, de fato, hoje o meio eletrônico é o principal meio de comunicação e informação, não podendo se prender a um formalismo obsoleto.

ARNANDES VASSOLER MOZER
Procurador Geral
OAB/ES N.º 20.425
Decreto N.º 007/2017

A exigência do inciso III do art. 21 da lei 8666/93 é arcaica e anacrônica, contrariando, inclusive, o motivo de sua criação, qual seja, dar publicidade aos atos da licitação, tendo em vista que hoje o jornal impresso tem um público bastante reduzido. Contribui para esse entendimento a previsão do art. 4º, inciso I, da lei 10520/2002, que deixou de estabelecer tal requisito para o Pregão, mas se esqueceu o Legislador de fazer o mesmo para as outras modalidades de licitação.

Além disso, o inciso III do art. 21 da lei 8666/93 deve ser interpretado conjuntamente com os Princípios da Publicidade, Transparência, Eficiência e Economicidade.

Finalmente, embora o Consultante informa que o Espírito Santo carece de jornal diário de grande circulação, atualmente resta no Estado apenas 1 jornal diário de maior circulação. Entretanto, obrigar publicações por esta via pode ser temerário, pois, ao existir apenas 1 veículo, vários problemas podem advir desta obrigação, pois, o monopólio pode levar ao controle dos preços, ou ainda, há casos em que a empresa pode estar proibida de contratar com o poder público por falta de certidões capazes de atestar sua regularidade, dentre outros problemas que podem surgir.

Porém, é importante reiterar que o Jornal "A Gazeta" deixou de ser diário desde 29/09/2019, para ser semanal, o Jornal "Notícia Agora" foi extinto em 02/08/2019. Logo, tornou-se muito difícil cumprir de forma literal o inciso III do art. 21 da lei 8666/93.

Isto posto, acolho a sugestão de resposta proposta pela área técnica, independentemente da conversão da Medida Provisória 896/2019 em Lei Ordinária. (grifo não originário)

Ante o exposto, **acompanho o posicionamento da Área Técnica e do Ministério Público Especial de Contas**, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto a apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Conselheiro

1. PARECER EM CONSULTA

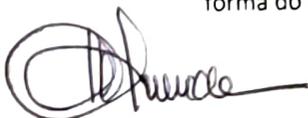
Vistos, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os conselheiros do Tribunal de Contas reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas, em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. Conhecer a presente Consulta;

1.2. No mérito, **respondê-la nos seguintes termos:**

1.2.1. Para as licitações baseadas na Lei 8.666/93 e na Lei 10.520/02, deve haver a publicação dos avisos de edital de licitação na imprensa oficial e no sítio eletrônico oficial do ente federativo, a qual pode ser complementada pela publicação no portal de transparência e em átrios públicos de fácil acesso à sociedade. Alternativamente à divulgação em seus próprios sítios eletrônicos oficiais, os entes federativos podem utilizar o sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo federal.

1.2.2. Em relação à divulgação no diário oficial da AMUNES, essa será possível, ao lado da publicação em sítio eletrônico oficial, se o Município adotar o diário oficial eletrônico comum com outros Municípios intermediado por essa associação, na forma do Prejulgado 13.



1.2.3. Os entes federativos estão desobrigados a publicar avisos de licitação em jornal diário de grande circulação. (grifo não originário)

1.3. Dar ciência aos interessados;

1.4. Após os trâmites regimentais, arquivar os autos.

2. Unânime.



Após a explanação, verifica-se claramente que os Conselheiros do Tribunal de Contas de nosso Estado, analisando a questão posta em consulta levando em consideração a realidade dos jurisdicionados deste Estado, opinam por desobrigar os entes federativos espiritosantenses da publicação de avisos de licitação em jornal diário de grande circulação, haja vista o cenário peculiar no Estado do Espírito Santo quanto a precária existência dessa via midiática.

Neste diapasão, compreende-se que a motivação e justificativa da Comissão Permanente de Licitação tem plausibilidade, fundamentando-se em análise técnica do órgão externo fiscalizador e orientador do Município.

Não obstante, verifica-se que o Município alcançou sucesso na divulgação da licitação, pois constou com 09 (nove) licitantes interessadas, restando 06 (seis) para a fase de propostas, tornando-se vencedora empresa que apresentou interessante preço global (R\$ 1.197.075,04) em vista daquele orçado pela Administração (R\$ 1.742.395,32), demonstrando economia superior a 31% na execução da obra.

Vê-se, portanto, que as publicidades no Diário Oficial do Estado, nos átrios municipais, e mais importante, no site da Prefeitura Municipal, proporcionaram à Administração alcançar, de forma abrangente e exitosa, a proposta mais vantajosa para a execução do objeto.

Assim, apesar de haver o risco de uma futura interpretação estritamente legalista, da qual se pode cogitar a invalidação do processo licitatório em análise, por falta da publicidade no jornal diário de grande circulação, esta Procuradoria encaminha, neste caso, para que seja relevado este requisito, ante o satisfatório tramite do processo, com 09 (nove) licitantes, 06 (seis) propostas analisadas, e o percentual de economia da proposta melhor classificada em relação ao orçamento da Administração.

Registra-se que, neste contexto, o prejuízo para a Administração estaria configurado em descartar um processo licitatório moroso, volumoso, tecnicamente executado, com sucesso em selecionar proposta vantajosa, com satisfatório número de participantes, apenas por falta de publicidade em uma mídia de jornal diário, dispensado por razões expostas em parecer do Tribunal de Contas de nosso Estado, usado como espeque pela CPL quando de sua decisão, conforme disposto em ata inaugural do certame.

Nessa senda, de se evitar prejuízo maior à Administração, se invalidado o presente procedimento licitatório, esposando-se com entendimentos de Magistrados que se debruçaram sobre matéria análoga, esta Procuradoria colaciona a seguir os seguintes textos, tomados como paradigmas de jurisprudência:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO EDITAL EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO – INOBSERVÂNCIA DA NORMA DO ART. 21, III, DA

ERNADES VASSOLER ROZER
Procurador Geral
OAB/ES Nº 20.425
Decreto Nº 007/2017

LEI 8666/93 – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – PRESENÇA DE VÁRIAS LICITANTES – FALTA DE IMPUGNAÇÃO – MERA IRREGULARIDADE QUE NÃO COMPROMETEU O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – EDITAL – CLÁUSULAS RESTRITIVAS DA CONCORRÊNCIA – RESTRIÇÕES NÃO IMPUGNADAS NO PRAZO EDITALÍCIO – PREJUÍZO OBJETIVO NÃO CONFIGURADO – EQUILÍBRIO ENTRE OS CONCORRENTES NÃO DESCONFIGURADO – NULIDADE NÃO VERIFICADA. – A inobservância da norma imperativa contida no art. 21, III, da Lei 8666/93, que exige a publicação da minuta do Edital em jornal de grande circulação no estado e no município, em tese, enseja nulidade do certame. Publicação exclusiva no Diário Oficial não cumpre os fins de publicidade exigidos na lei específica e na Constituição, art. 37, em regra. – No entanto, não tendo havido prejuízo objetivo ao certame, que não afastou qualquer provável concorrente, cujo equilíbrio foi preservado, sem qualquer impugnação ou reclamação, sendo demonstrada como suficiente a abrangência publicitária da licitação, prevalece o interesse público, como sancionador da legalidade do ato, concluindo-se que houve mera irregularidade, que não comprometeu a licitação.
(grifo não originário)

(TJ-MG 106370402719410021 MG 1.0637.04.027194-1/002(1), Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, Data de Julgamento: 10/02/2009, Data de Publicação: 03/04/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGADA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NECESSIDADE DA ANÁLISE PRÉVIA DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS: IMPOSSIBILIDADE. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais julgou apelação em ação civil pública, nos termos seguintes: “Apelação cível. Ação civil pública. Licitação. Compra de veículo. Edital. Art. 21, III, da Lei n. 8.666, de 1993. Publicação na imprensa oficial do Estado de Minas Gerais e fixação no átrio do prédio da Prefeitura Municipal. Princípio da publicidade observado. Recurso não provido. 1. A Lei n. 8.666, de 1993, ao exigir que o edital de licitação seja amplamente divulgado, busca possibilitar a concorrência, permitir a fiscalização dos atos da administração pública, e tornar a contratação menos onerosa aos cofres públicos. 2. Publicado o edital de licitação na imprensa oficial do Estado de Minas Gerais e, ainda, sendo o mesmo fixado no átrio do prédio da Prefeitura Municipal local, resta observado, pela administração pública, o princípio da publicidade. 3. Inexistindo prova de prejuízo ao erário público e demonstrada a razoável abrangência publicitária da licitação, a simples irregularidade formal consistente na ausência de publicação do edital de licitação em jornal periódico de circulação local, ou regional, não constitui, por si só, ilegalidade capaz de gerar a nulidade do certame. 4. Apelação civil conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial” (fl. 278). Os embargos declaratórios opostos foram julgados nos seguintes termos: “Embargos de declaração. Contradição e omissão inexistentes. Rejeição. 1. Não se agasalham embargos de declaração quando incorrem as supostas contradição e omissão. 2. Recurso conhecido e rejeitado” (fl. 312). 3. A decisão agravada teve como fundamentos para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a incidência das Súmulas 279 e 283 do Supremo Tribunal Federal e a circunstância de que não teria havido afronta ao art. 93, inc. IX, da Constituição. 4. O Agravante argumenta que: “3.1. Da inexistência de pretensão ao reexame de prova. Data venia, os doutos julgadores não consideraram o que em verdade foi posto pelo Ministério Público quando de suas razões de Embargos de Declaração aviado, já que se trata de irregularidade ocorrida em certame licitatório, irregularidade esta que vicia o procedimento, tendo, os eminentes julgadores, desconsiderado a disposição expressa do artigo 37, caput, inc. XXI e § 4º, da Carta Magna. (...) 3.2. Da ofensa direta ao artigo 37, caput, inciso XXI e § 4º da



Constituição Federal. (...) Ora, se a lesão há de ser presumida no caso presente e, ainda assim, ser possível a aplicação de sanções, o acórdão vergastado afrontou o parágrafo 4º do artigo 37 da Carta da República, visto que nele encontram-se inseridos as mesmas sanções do artigo 12 da Lei Federal n. 8.429/92. Assim, é mister ressaltar que não se está discutindo qualquer graduação de aplicação de sanção simplesmente, matéria essa afeta à norma infraconstitucional, mas a própria inaplicabilidade, in casu, de qualquer sanção à improbidade administrativa afirmada em exordial e admitida pelos recorridos, conforme constou inclusive do teor do acórdão vergastado. 3.3. Inaplicabilidade da Súmula n. 283. Dispões a Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal ser 'inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles'. No entanto, o Parquet se desincumbiu do ônus de impugnar todos os fundamentos da decisão recorrida. (...) Assim, não há que se falar em ofensa ao enunciado da Súmula n. 283 do STF, tendo em vista haverem sido impugnadas todas as fundamentações do acórdão recorrido" (fls. 6, 8, 10-11 e 16). No recurso extraordinário, alega que o Tribunal a quo teria afrontado os arts. 5º, inc. LIV, 37, caput, inc. XXI e § 4º, e 93, inc. IX, da Constituição. Apreciada a matéria trazida na espécie, **DECIDO**. 5. Razão jurídica não assiste ao Agravante. Inicialmente, cumpre afastar a alegação de nulidade do acórdão por ofensa ao art. 93, inc. IX, da Constituição da República. Embora em sentido contrário à pretensão do Agravante, o acórdão recorrido apresentou suficiente fundamentação. E tal como se firmou na jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal: "o que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional" (Recurso Extraordinário 140.370, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 150/269). 6. Anote-se, também, que a jurisprudência do Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes do exame de legislação infraconstitucional, podem configurar apenas ofensa indireta à Constituição. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A matéria constitucional contida no recurso extraordinário não foi objeto de debate e exame prévios no Tribunal a quo. Tampouco foram opostos embargos de declaração, o que não viabiliza o extraordinário por ausência do necessário prequestionamento. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, configurariam ofensa constitucional indireta. 3. Imposição de multa de 5% do valor corrigido da causa. Aplicação do art. 557, § 2º, c/c arts. 14, inc. II e III, e 17, inc. VII, do Código de Processo Civil" (AI 643.746-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 8.5.2009, trânsito em julgado em 9.6.2009 - grifei). 7. Quanto ao mérito, o Desembargador Relator consignou em seu voto condutor que: "A vexata quaestio consiste em verificar se existem irregularidades dos editais e contratações. O apelante, com a petição inicial, trouxe os documentos de fls. 6/104 e, posteriormente, os de fls. 109/114. No que interessa ao julgamento, destaco as cópias das publicações no 'Minas Gerais - Diário do Executivo, Legislativo e Publicações de Terceiros', dos editais dos processos licitatórios n. 22, de 2006, datado de quarta-feira, 07.12.2005 (fl. 21, destes autos); n. 60, de 2006, datado de sexta-feira, 17.03.2006 (fl. 20, do apenso 1); e n. 14, de 2006, datado de quinta-feira, 12.01.2006 (fl. 62, do apenso 3). Destaco, ainda, a cópia das publicações do resultado da tomada de preços n. 16, referente ao edital n. 55, de 2006, datado de quarta-feira, 26.04.2006 (fls. 131 e 187, do apenso 2). Destaco, também, o documento de fl. 186, cópia do termo de publicação do edital n. 55, de 2005.

RUADES VASSOLER MOZER
 Procurador Geral
 OAB/ES N° 20.425
 Decreto N° 007/2017

Concorreram as empresas mineiras D & B Comércio de Veículos Ltda. da cidade de São Lourenço, Ottima Veículos Ltda. da cidade de Varginha e Mississipi do Brasil Ltda. da cidade de Sete Lagoas, bem como a empresa paulista Tale Veículos Comércio Ltda. da cidade de Guaratinguetá, sendo vencedoras as apeladas D & B Comércio de Veículos e Peças Ltda. e Tale Veículos e Comércio Ltda. (...) Por outro lado, é de geral ciência que o art. 37 da Constituição da República determina os princípios gerais da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Porém, os princípios constitucionais específicos da administração devem ser interpretados juntamente com os demais princípios constitucionais. O princípio constitucional à informação dos assuntos públicos impõe à Administração Pública o dever de manter plena transparência em seus comportamentos. (...) Assim é que a lei condiciona a validade da licitação à sua ampla divulgação de forma a assegurar a participação de todos os interessados no certame. É claro que a mens legis, aqui, ao exigir a ampla publicidade do edital de licitação, buscou possibilitar a concorrência garantindo a qualquer interessado a faculdade de participar do certame, de fiscalizar os atos administrativos de licitação e, por conseguinte, para tornar menos onerosa aos cofres públicos a contratação. É inegável que houve a devida publicação do edital na imprensa oficial do Estado de Minas Gerais – ‘Minas Gerais’ e, ainda, que procedeu-se afixação do edital no átrio do prédio da Prefeitura do Município de Passa Quatro. Ora, em sendo assim, ainda que não tenha ocorrido a publicação do respectivo edital no único jornal regional, que, diga-se de passagem, é periódico conforme informado pelas testemunhas, não se pode negar que estabeleceu-se a concorrência buscada pela norma legal já mencionada uma vez que quatro empresas de vários locais apresentaram suas propostas, vencendo a que apresentou menor preço. Ressalto, por oportuno, que dentre as quatro concorrentes três delas são daquela região - Tale (Guaratinguetá), D & B (São Lourenço) e Ottima (Varginha), o que leva à presunção de que ocorreu a divulgação necessária. Por outro lado, não há provas de que houve lesão aos cofres públicos por superfaturamento. Tampouco existe prova de que alguma concessionária local deixou de participar do certame em razão da não publicação do edital em jornal periódico regional. Desta forma, ainda que se admita tenha existido a simples irregularidade na falta de publicação do referido edital de licitação em jornal de circulação regional, repita-se, sem que tenha ocorrido lesão ao erário público, com publicação na imprensa oficial do Estado de Minas Gerais e afixação do edital no átrio do prédio da Prefeitura daquele Município, entendendo devam ser prestigiados os atos administrativos de licitação e contratação efetivados, até mesmo em respeito ao princípio da supremacia do interesse público sobre os individuais” (fls. 280-281 e 284-286). Conforme se verifica, concluir de forma diversa do que foi decidido pelas instâncias originárias demandaria o reexame do conjunto probatório constante dos autos, procedimento incabível de ser adotado validamente no recurso extraordinário, a teor do que dispõe a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. O reexame do acórdão impugnado demandaria, ainda, a análise prévia da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Assim, a alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário. Nesse sentido: “I. Administração Pública: inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de advocacia com sociedade profissional de notória especialização (L. 8.666/93, art. 25, II e § 1º): o acórdão recorrido se cingiu ao exame da singularidade dos serviços contratados, que, à luz de normas infraconstitucionais e da avaliação das provas, entendeu provada: alegada violação do art. 37, caput e I, da Constituição Federal que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta, que não enseja reexame no recurso extraordinário: incidência da Súmula 279 e, mutatis mutandis, do princípio da Súmula 636. II. Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento do tema do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, de resto, impertinente à decisão da causa, fundada em lei federal” (RE 466.705, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 28.4.2006, trânsito em julgado em 31.5.2006 – grifei). A decisão agravada, embasada nos dados constantes do acórdão recorrido, está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual nada há a prover quanto às alegações da parte agravante. 8. Pelo exposto, nego seguimento a este



agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). **Publique-se.** Brasília, 3 de março de 2010.
Ministra **CÁRMEN LÚCIA** Relatora.
(grifos originários e não originários)

(STF – AI: 786496 MG, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 03/03/2010, Data de Publicação: DJe-060 DIVULG 06/04/2010 PUBLIC 07/04/2010)

Restando-se, portanto, superada qualquer questão sobre os efeitos da publicidade do presente certame licitatório, permanece o entendimento de que, no caso presente, invalidar o processo geraria demasiado prejuízo à Administração, prosseguindo-se o processado com base na exposição acima, ressaltando-se ainda, contudo, que em certames futuros, a CPL se esforce para promover a publicidade também em Jornal diário, tal qual a escrita legal ainda vigente, para se evitar qualquer indagação acerca da matéria.

II.II – Da Impugnação

Identifica-se nos autos, conforme narrativa do relatório desta prancha jurídica, que o instrumento convocatório foi alvo de impugnação, em exercício de cidadania, solicitando retificação de cláusula editalícia que versa sobre qualificação técnica exigida aos licitantes.

Sendo o enfrentamento da matéria exclusivamente de competência daqueles que elaboraram o edital, *in casu*, o Presidente da Comissão de Licitação, este procedeu com a análise e julgamento das razões trazidas na impugnação, rechaçando e esclarecendo o que reclamado pelo impugnante, permanecendo inalterado o edital de convocação.

Não obstante a desnecessidade de maiores explanações acerca do tema, já que totalmente satisfeito em momento oportuno, e portanto precluso, importa registrar que a impugnação carece de endereço e contato do impugnante, bem como é desacompanhado de cópia dos documentos civis que cita a título de qualificação, tornando impraticável maiores digressões.

Analisada a ocorrência, a Procuradoria Municipal recebe como satisfatório o julgamento da impugnação, bem como o esclarecimento que dele se exara quanto ao ponto do edital naquela oportunidade atacado.

II.III Da Fase de Habilitação

A fase de habilitação iniciou conforme aprazado pelo edital, em dia e hora definidos, tendo seu resultado definitivo, após as análises competentes, especialmente no que concerne aos recursos administrativos interpostos e contrarrazoados, analisados pela Comissão Permanente de Licitação, Procuradoria Municipal, e finalmente decidido pelo Prefeito Municipal, publicado na Imprensa Oficial a teor do que se depreende dos autos, e assim é identificado no relatório da presente peça.

Destarte, fase amplamente analisada, com todos os contraditórios e ampla defesa respeitados, já concluída, restando preclusa neste momento processual, tendo se iniciado, conseqüentemente, a competente fase de julgamento das propostas de preço.

II.IV Da Fase das Propostas



RNANDES VASSOLER HOZER
Procurador Geral
OAB/ES N° 20.425
Decreto N° 007/2017

Após encerramento da fase de habilitação, foi designado dia e hora para a abertura das propostas comerciais, conforme consta da ata de fls. 1343-1344, tendo sido classificada em primeiro lugar a empresa ELICON CONSTRUTORA LTDA. EPP, com o valor global de R\$ 1.197.075,04 (um milhão, cento e noventa e sete mil, setenta e cinco reais e quatro centavos), sendo declarada vencedora do certame.

Publicado o resultado na Imprensa Oficial, houve interposição de recurso pela empresa CONSTRUTORA GREK EIRELI EPP (fls. 1388-1394), que em suma, se insurge contra o resultado, defendendo que a primeira colocada não logrou êxito em comprovar condição de Empresa de Pequeno Porte, devendo, destarte, a recorrente ser convocada enquanto segunda colocada em empate ficto de proposta, a teor da Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela Lei Complementar 147/2014.

A empresa ELICON CONSTRUTORA LTDA. EPP apresenta contrarrazões (fls. 1397-1406) ao recurso interposto, defendendo sua condição de Empresa de Pequeno Porte, indicando, inclusive, nos autos processuais, em quais folhas se encontram os documentos comprobatórios, assim exigidos pelo instrumento de convocação da licitação.

Analisando as petições, a Comissão Permanente de Licitação julga (informações em fls. 1407-1412), demonstrando que a empresa recorrente se equivoca, já que se confunde com os dispositivos do edital que regeriam a comprovação de condição de EPP por parte da licitante vencedora, que seriam aqueles do item 8.1.2 do edital, já que não optante pelo simples.

Pois bem, da confrontação do item 8.1.2 do edital, com os documentos apresentados pela empresa vencedora, conforme as folhas processuais indicadas em suas contrarrazões, vê-se sem qualquer esforço que a mesma logrou êxito sim em comprovar sua condição de Empresa de Pequeno Porte, e assim, já que primeira colocada, afasta qualquer possibilidade de empate ficto em benefício de outra Micro Empresa ou Empresa de Pequeno Porte.

Tendo assim se manifestado a CPL, encaminhando pelo RECEBIMENTO e INDEFERIMENTO do recurso, mantendo incólume sua decisão final acerca da fase de julgamento das propostas, esta Procuradoria Municipal segue no mesmo sentido, propugnando pelo INDEFERIMENTO do recurso administrativo interposto pela empresa CONSTRUTORA GREK EIRELI EPP, permanecendo vencedora do certame a empresa ELICON CONSTRUTORA LTDA. EPP.

Destarte, que seja publicado o resultado do julgamento do recurso administrativo, encaminhando-se pela HOMOLOGAÇÃO do certame.

III - DA CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, esta PROCURADORIA MUNICIPAL opina pelo INDEFERIMENTO do Recurso Administrativo interposto na fase de julgamento da proposta, e pela ADJUDICAÇÃO e HOMOLOGAÇÃO do certame em favor da empresa primeira classificada ELICON CONSTRUTORA LTDA. EPP.

Salvo Melhor Juízo, este é o parecer opinativo.



Rio Novo do Sul/ES, 08 de Setembro de 2020.



ERNANDES VASSOLER MOZER

Procurador Geral

Dec. Individual n. 0007/2017 – OAB/ES n. 20.425

HEVELYNE HEMERLY DE ALMEIDA DUTRA

Matrícula n. 3087-2

OAB/ES n. 18.113

MARCOS VASCONCELLOS PAULA

Matrícula n. 1678-0

OAB/ES n. 20.127