

Parecer nº: 265/2023

Data: 26/12/2023

Origem: 3ª/SL

Referência: Pregão Eletrônico nº 018/2023

Assunto: Recurso administrativo apresentado pela licitante NMQ COMÉRCIO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA e contrarrazões da XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA.

EMENTA: Licitação. Contratação de Empresa Especializada para Fornecimento, Carga e Transporte, de Retroscavadeiras sobre Rodas. Descumprimento de Regra Editalícia. Princípio da Vinculação ao Instrumento Editalício. Improvimento do Recurso.

I. RELATÓRIO

Trata-se de parecer jurídico que tem por escopo responder à solicitação da 3ª/SL, acerca da resposta a recurso administrativo protocolado pela licitante NMQ COMÉRCIO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA em face da decisão da comissão permanente de licitação, que inabilitou a Recorrente no Pregão Eletrônico nº 018/2023 e habilitou a XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA.

O processo licitatório de que trata a presente análise se perfaz na modalidade pregão e tem como objeto a contratação de empresa especializada para fornecimento, carga e transporte, de Retroscavadeiras sobre Rodas, destinados à estruturação de municípios inseridos na área de atuação da Codevasf - 3ª Superintendência Regional, no Estado de Pernambuco.

A recorrente outrora classificada no certame, foi inabilitada após recurso apresentado pela XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA, ocasião em que restou demonstrado que a NMQ COMÉRCIO não tinha o capital social mínimo exigido no certame.

Irresignada, a recorrente apresenta recurso contra a decisão que a inabilitou com base no item 11.1.2 do edital.

É o relatório, passa-se à fundamentação.

II. ANÁLISE JURÍDICA

Primeiramente, convém destacar que compete a esta Assessoria Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, os quais são reservados à esfera discricionária do Administrador Público legalmente competente.

Igualmente, não compete a esta Assessoria Jurídica examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira, cabendo tal ônus à área técnica.

Feitas essas considerações, passa-se à análise jurídica.

A recorrente tenta demonstrar em seu recurso ter suprido o requisito condizente com a capacidade financeira (item 11.1.2 do edital). Todavia, sua pretensão resta inexitosa.

É que não procede o argumento recursal de que o descumprimento do item 11.1.2 do edital é insuficiente para afastar a sua habilitação. Isso porque sendo regra editalícia, o descumprimento da norma por si só é motivo suficiente à inabilitação.

Outrossim, o argumento de que “a Administração Pública, sob o manto da discricionariedade, visando o atendimento de suas necessidades por bens e serviços, em face do regramento constitucional do art. 37/CF, deverá ter suas exigências limitadas, compatibilizando-as com o mínimo de segurança, e deverá evitar formalidades excessivas e desnecessárias quanto à qualificação econômica, de maneira que não se restrinja a liberdade de qualquer interessado em participar do certame.” é intempestivo.

Em se tratando de procedimento licitatório, não se pode olvidar que tanto a Administração quanto os licitantes se vinculam às cláusulas do edital, que é a lei interna que rege o certame, havendo, portanto, a necessidade de se cumprir estritamente o que nele se prevê, sem o que o processo licitatório ficaria exposto a interpretações de toda natureza, importando em verdadeira violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade, e demais princípios correlatos à licitação, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93.

Neste sentido, a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. VENDA DE IMÓVEL. TERRACAP. EDITAL. ALEGAÇÃO DE IMPRECISÃO DAS CLÁUSULAS DO EDITAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA. PRAZO. INOBSERVÂNCIA PELO CONCORRENTE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CERTAME. RETENÇÃO DE CAUÇÃO. LEGALIDADE DO ATO. ESTRITA OBSERVÂNCIA AOS TERMOS DO EDITAL. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Em se tratando de procedimento licitatório, não se pode olvidar que tanto a Administração quanto os licitantes se vinculam às cláusulas do edital, que é a lei interna que rege o certame, havendo, portanto, a necessidade de se cumprir estritamente o que nele se prevê, sem o que o processo licitatório ficaria exposto a interpretações de toda natureza, importando em verdadeira violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade, e demais princípios correlatos à licitação, nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93. 2. Com base no princípio da vinculação ao edital, a Administração Pública deve respeitar as regras previamente estabelecidas no instrumento que convoca e rege a licitação, como medida de garantia e de segurança jurídica a ela e aos licitantes, eis que o edital é a "lei entre as partes?". 3. A falta de entrega dos documentos exigidos pelo edital de licitação ou sua apresentação extemporânea impede a continuidade de participação do licitante no procedimento licitatório, haja vista que representa descumprimento das normas e condições do edital. 4. Não há de se falar em ofensa ao princípio da legalidade quando o ato administrativo consistente na desclassificação do licitante que deixa de apresentar a documentação necessária à participação no certame, com a consequente retenção da caução prestada se dá em estrita observância aos termos previstos no edital. 5. A ausência de impugnação do edital de licitação no momento oportuno presume a aceitação do licitante quanto às normas editalícias, de maneira que, posteriormente, não pode se valer de sua omissão para discutir questão superada pela ausência de prévia impugnação. 6. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJ-DF 07011323520178070018 DF 0701132-35.2017.8.07.0018, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 13/12/2017, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/01/2018 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Com base no princípio da vinculação ao edital, a Administração Pública deve respeitar as regras previamente estabelecidas no instrumento que convoca e rege a licitação, como medida de garantia e de segurança jurídica a ela e aos licitantes, eis que o edital é a "lei entre as partes".

O descumprimento do requisito referente ao capital social mínimo exigido pelo edital de licitação e a impugnação ao edital extemporânea impedem a habilitação da recorrente, haja vista que a ausência do capital mínimo necessário representa descumprimento das normas e condições do edital, mais especificamente descumprimento do item 11.1.2 do edital.

Não há de se falar em ofensa ao princípio da legalidade quando o ato administrativo consistente na inabilitação da licitante que deixa de comprovar requisito atinente à sua capacidade financeira no certame, se dá em estrita observância aos termos previstos no edital.

A par do exposto e, em que pese argumentação da recorrente, percebe-se que constava expressamente do edital de licitação a exigência quanto ao capital social mínimo exigido. Portanto, a recorrente tomou conhecimento da necessidade de comprovar capital social mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado/orçado pela Codevasf conforme item 11 do Edital.

Assim, é certo que a concorrente poderia ter impugnado o item no prazo previsto, não podendo se valer, agora, de sua omissão para discutir questão superada pela ausência de prévia impugnação.

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.

Dessa forma, não havendo sido o edital objeto de impugnação pela recorrente quando poderia tê-la feito, seu inconformismo com as regras impostas não lhe dá o direito de, nesta fase processual, questionar requisito exigido para o certame.

Por oportuno, vejamos o que diz o art. 41 da Lei 8.666/93, a qual rege as licitações:

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

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

Nessa toada, não há como conceder a quem não cumpre os prazos previstos os mesmos direitos àqueles que o observaram, mormente quando a parte, nos termos do dispositivo acima

transcrito, não impugna o edital, alegando qualquer fato capaz de assegurar sua pretensão. Desse modo, não se pode admitir exceções à regra editalícia, sem justificativa plausível, sob pena de violação frontal ao princípio da isonomia.

Também não se pode esquecer que, com base no princípio da vinculação ao edital, a Administração Pública deve respeitar as regras previamente estabelecidas no instrumento que convoca e rege a licitação, como medida de garantia e de segurança jurídica a ela e aos licitantes, eis que o edital é a "lei entre as partes".

Nesse sentido, a decisão administrativa que culminou na inabilitação da recorrente do certame se deu em consonância com os princípios que regem o procedimento licitatório, uma vez que a ausência de capital mínimo exigido representa descumprimento de exigência editalícia.

Na esteira dos argumentos até aqui esposados:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CAESB. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO . NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ADUTORA DE ÁGUA BRUTA DO SISTEMA PRODUTOR CORUMBÁ IV. ETAPA INICIADA EM 2011. AÇÃO DE COBRANÇA E INDENIZATÓRIA APRESENTADA PELA EMPRESA PRIVADA EXECUTORA. APELO DA RÉ. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. (...) MÉRITO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. (...) PEDIDOS INICIAIS IMPROCEDENTES. APELO DA RÉ PROVIDO. APELO DA AUTORA. DESPROVIDO. (...) 4. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que também advém do artigo 41 da Lei Geral das Licitações, dispõe que " a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada ". 4.1 O Edital é elemento fundamental do procedimento licitatório e é ele quem fixa as condições e regras para realização da licitação, determina o seu objeto, discrimina as garantias e os deveres de ambas as partes, regulando todo o certame público. Se o licitante, ciente das normas editalícias, não apresenta na época oportuna qualquer impugnação deve atendê-las. 4.2 Convencionou-se com base nos princípios constitucionais esculpido no supracitado artigo 3º da Lei 8.666/93 que todos que participam do certame se vinculam ao instrumento convocatório (Edital) sendo este a "lei entre as partes". (...)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DE CREDENCIAMENTO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS. INABILITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO PREVISTO E OBRIGATÓRIO. RECURSO DESPROVIDO. (...) A ausência da certidão prejudica os documentos apresentados, por não possibilitar a demonstração de terem sido produzidos por profissional devidamente habilitado, fato que prejudica, conseqüentemente, a aferição da qualificação econômico-financeira da participante, não se tratando de mera formalidade. Não restou vislumbrada qualquer ilegalidade ou abusividade na inabilitação da agravante, porquanto a mesma ocorreu devido ao descumprimento do disposto no item 8.16.2.1, alínea c, do edital n. 2016/001, cujo requisito está respaldado pelas previsões insertas na Lei n. 8.666/1993, além de estar previsto pela Resolução n. 1.402/2002, do Conselho Federal de Contabilidade. O princípio da vinculação ao edital regulamenta o certame licitatório. É princípio administrativo que prevê que a Administração Pública deve respeitar as regras previamente estabelecidas no instrumento que convoca e rege a licitação, como medida de garantia e de segurança jurídica a ela e aos licitantes, já que o edital é a "Lei entre as partes". Agravo de instrumento desprovido. (Acórdão n.973912, 20160020244997AGI, Relator: HECTOR VALVERDE 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/10/2016, Publicado no DJE: 25/10/2016. Pág.: 1667/1712)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. OBJETO. IMÓVEL. TERRACAP.REQUISITOS. HABILITAÇÃO. CAUÇÃO. PROPOSTA. ACEITAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA. HABILITAÇÃO. PRAZO. INOBSERVÂNCIA PELO CONCORRENTE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CERTAME. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE. CAUÇÃO. PERDA. LEGALIDADE DO ATO . RATIFICAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.APELO IMPROVIDO. 1. Os atos administrativos, natureza que ostentam os

praticados pela entidade que, no exercício de suas atividades institucionais, promove, via de certame licitatório, a alienação de imóveis públicos dominicais, ostentam presunção de legitimidade e de veracidade, induzindo à apreensão de que foram praticados em conformidade com a lei, atributo cuja cuja desqualificação demanda prova exaustiva em sentido contrário, pois lhes impregna o atributo. estabelecido por culpa do próprio concorrente determina sua desclassificação do certame, com os efeitos inerentes a essa resolução, notadamente a perda da caução que havia ofertado, quando não ilidida a presunção de legitimidade que ostenta o ato que o desclassificara. 3. Ao Judiciário não compete controlar o mérito do ato administrativo, competindo-lhe exclusivamente resguardar e velar pelos seus aspectos formais de forma a ser resguardada sua legalidade, conforme emerge da separação de poderes que norteia o regime republicano, divisando as atribuições inerentes a cada um dos poderes do estado, derivando desse postulado que, em sede de licitação pública para venda de imóveis, compete-lhe exclusivamente velar pela legalidade do certame, velando pela observância do legalmente prescrito e do edital que norteia o procedimento. 4. Apelação conhecida e desprovida. Unânime. (Acórdão n.851976, 20130111552025APC, Relator: TEÓFILO CAETANO, Revisor: SIMONE LUCINDO, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/02/2015, Publicado no DJE: 04/03/2015. Pág.: 329)

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. DESCUMPRIMENTO. CAUÇÃO. RETENÇÃO. LEGALIDADE. Tanto a Administração quanto os participantes do certame se vinculam às cláusulas do edital, que é a lei que o rege, de modo que eventual falta de entrega dos documentos, regularmente e anteriormente exigidos, não confere ao licitante o direito a posterior apresentação, em detrimento ao comando legal. Não há de se falar em ofensa aos princípios da legalidade, isonomia, proporcionalidade e razoabilidade relacionados à desclassificação do licitante que deixa de cumprir o previsto no edital, já que esta se dá em estrito cumprimento de regra previamente estabelecida e conhecida de todos que participam do certame. Mostra-se devida a retenção da caução em decorrência de desclassificação da empresa da licitação, mormente quando não constatada qualquer ilegalidade no referido procedimento. Apelação conhecida e não provida. (Acórdão n.835807, 20140110403322APC, Relator: ANA CANTARINO, Revisor: JOSÉ DIVINO, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 26/11/2014, Publicado no DJE: 02/12/2014. Pág.: 441)

Diante de previsão expressa no edital de capital social mínimo, não há que se falar em ilegalidade do ato da Administração que inabilitou a recorrente. Portanto, o ato administrativo em questão não violou qualquer dos princípios norteadores do procedimento licitatório, pelo contrário, apenas deu cumprimento às previsões do edital, de maneira que não assiste razão à recorrente quanto às alegações apresentadas.

Não há, portanto, como se considerar ilegal a decisão da comissão permanente de licitação, que inabilitou a Recorrente no Pregão Eletrônico nº 018/2023 e habilitou a XCMG BRASIL INDÚSTRIA LTDA.

Em vista disso, não há como se acolher a pretensão da recorrente, impondo-se a denegação do recurso, sendo esta nossa opinião, salvo melhor juízo.

III. CONCLUSÃO

Ante o exposto, considerando a legislação, a jurisprudência e os princípios licitatórios, em especial o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 3º do RILC da Codevasf, e art. 31º da Lei 13.303/2016), **opina-se pelo não conhecimento do recurso interposto pela licitante NMQ COMÉRCIO DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA**, contra a decisão que a inabilitou do certame.

É o parecer.
Salvo melhor juízo.

Aécio Mota de Sousa
Assessor Jurídico

De acordo.
À 3ª/SL, para providências.
Petrolina, 26 de dezembro de 2023.

Milrion Gomes Martins
Chefe da Assessoria Jurídica
Decisão nº 741/2022