

RESPOSTA A DIREITO DE PETIÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 0009/2024
PROCESSO Nº 035/2024

OBJETO: AQUISIÇÃO DE LARVICIDA BIOLÓGICO: BTI (BACILLUS THURINGIENSIS - VARIEDADE: ISRAESENSIS) PARA USO CONTRA LARVAS DE SIMULÍDEOS E AEDES AEGYPTI, NOS MUNICÍPIOS CONSORCIADOS AO CP-CISGA.

I. DAS PRELIMINARES

Trata-se de resposta à petição apresentada pela SANIGRAN LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 15.153.524/0001-90, sediada na Rua Jacob Gubaua, 250 Prédio, Lamenha Grande, CEP 83507-500, Almirante Tamandaré (PR), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos.

A empresa SANIGRAN LTDA encaminhou ao CISGA, via e-mail, recebido em 14 de novembro deste ano, em que exercia direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal). Seu manejo dá-se no seguinte contexto.

O CISGA abriu processo administrativo visando à aquisição de larvicida biológico: bti (bacillus thuringiensis - variedade: israelensis) para uso contra larvas de simulídeos e aedes aegypti, nos municípios consorciados ao CP- CISGA e a peticionante foi uma das participantes, e a provisoriamente classificada como vencedora. A licitante foi desclassificada, em 13 de novembro de 2024, após análise do catálogo e proposta final, pela seguinte razão:

A proposta apresentada pela licitante, cujo fabricante/marca é Crystar XT /Neogen Rogama ,descreve o produto ofertado da seguinte forma, em descrição: “ larvicida Biológico BTI. Formulação do tipo suspensão aquosa concentrada contendo 1,2% de Bacillus thuringiensis var. israelensis; 1.200 UTI/mg (Unidades Tóxicas por miligrama), Sorotipo H-14/BTI, CEPA AM 65-52, com registro na ANVISA, avaliada e aprovada pela OMS



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

(Organização Mundial de Saúde) para uso em água potável”. Porém, analisando o catálogo apresentado do produto é possível constatar que o larvicida proposto apesar de ser do sorotipo H14 é de CEPA diferente da exigida através do descritivo do item, apresentado no Termo de Referência, edital e demais documentos a anexos. O descritivo do item exige CEPA AM 65-52, mas o produto proposto, Crystar XT apresenta CEPA BMP 144, portanto em desacordo com o exigido.

A licitante deixou de manifestar intenção de recorrer no prazo determinado de 10 (dez) minutos após a desclassificação de sua proposta, da mesma forma que em nenhuma das outras três desclassificações de licitantes, não houve manifestação por parte da empresa SANIGRAN LTDA.

Como, contudo, referido direito encontra assento constitucional no artigo 5º, XXXIV, “a”, que estabelece que “são a todos assegurados [...] o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”, independentemente do pagamento de taxas, norma constitucional de eficácia plena que não prescreve prazo para seu exercício, ao que se soma a circunstância de que seu trâmite específico não foi legalmente prescrito, deve ser reconhecida sua tempestividade. De igual sorte, como pode ser exercido por qualquer pessoa, física ou jurídica, nacional ou estrangeira, individual ou coletivamente, e por ser informal, embora exija forma escrita, também é mister o reconhecimento de sua regularidade formal e cabimento. Logo, reveste-se dos pressupostos para ser analisado.

II. DAS RAZÕES

A empresa Sanigran LTDA afirma que é participante do PE nº 0009/2024 CP-CISGA, em que uma das características do item único é que a sua CEPA seja avaliada e reconhecida pela OMS. Alega que, embora o Termo de Referência exija a versão líquida, apenas a versão em grânulos possui a aprovação da OMS e, argumenta que a OPAS/OMS do Brasil se manifestou informando que a pré-qualificação feita pela agência está vinculada à formulação do produto. A recorrente acrescenta que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e o Centro Estadual de Vigilância em Saúde do Rio Grande do Sul – CEVS/RS possuem entendimento de que é indevido vincular a oferta de larvicida à determinada CEPA específica e que a aprovação do larvicida cabe somente à ANVISA.



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

A peticionante argumenta que os produtos larvicidas BTI de Cepas BMP 144 e AM 65-52 não possuem diferenças, apenas a suposição de que o produto VECTOBAC CEPA 65-52 seria superior por ter obtido a Certificação da OMS e pede que a pregoeira elabore diligência, com intuito de verificar informações junto ao Ministério da Saúde, a fim de sanar as dúvidas relativas à exigência de CEPA específica.

III. DO PEDIDO

A recorrente requer que seja recebido o “recurso administrativo” e:

- a) Declarada a recorrente vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.
- b) Anuladas todas as fases da licitação ocorridas após o ato ilegal, convocando as empresas para nova sessão pública.

V DA ANÁLISE

A fim de elucidar a questão, foi solicitado por meio do Memorando nº 210 /2024 CP- CISGA, Parecer Jurídico para o assessor Jurídico do Consórcio, Dr. Ângelo Augusto Stumpf Ceccato, OAB/RS 80.846, cujo entendimento sobre o caso segue abaixo:

[...]

2. Infere-se do seu teor que a peticionante objetiva o reconhecimento da ilegalidade de sua desclassificação promovida no bojo do certame em tela, com a declaração de nulidade de todos os seus atos posteriores, tendo como base, em essência, o fato de que não se conforma com o descritivo do objeto do torneio, ao qual o produto que ofertou não se amolda. Oferta, como argumentos, em resumo, uma suposta equivalência entre as CEPAS de BTI AM 65-52 e BMP 144, que seria reconhecida por entidades e órgãos reguladores, bem como a ilegalidade de se exigir cepa específica. Ademais, milita pela sua reclassificação, a qual estaria respaldada pelo Princípio do Formalismo Moderado, bem como por suposto caso de empreendimento obrigatório de diligências por parte da Pregoeira.

[...]

5. Tal circunstância é muito fácil de ser percebida. A própria petição atravessada traz exemplo crasso. Em seu item 3.4.1, justamente em seu título, a sociedade empresária mencionada afirma ter sofrido uma “inabilitação” no certame. Ocorre que, em conversas posteriores com a Pregoeira, percebeu-se que, em verdade, o que ocorreu foi uma desclassificação. E conquanto ambas as figuras possuam como efeito comum alijar o participante da disputa, é fato consabido que, tecnicamente, tratam-se de figuras diversas, com pressupostos próprios e que ocorrem em momentos distintos. No documento elaborado por quem representa a Sanigran há uma série de equívocos desse jaez ao longo do seu teor, o que, provavelmente, decorre da utilização em massa de um modelo que não sofre a devida conferência. Tome-se o exemplo de menções à legislação revogada (Lei 8.666/93), como se estivesse em pleno vigor. Porém, para uma integral compreensão da controvérsia, o que redundaria na exatidão do parecer que será ofertado, é mister que se delimite adequadamente os aspectos fáticos que a circundam.

6. Assim, portanto, fica a recomendação para os casos vindouros.

II - APRECIÇÃO JURÍDICA

II.1 - Finalidade e abrangência do parecer jurídico

7. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle prévio de legalidade, conforme estabelece o artigo 53, I e II, da Lei nº 14.133, de 2021. A análise jurídica, portanto, não abrange os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade.

8. De outro lado, cabe esclarecer que não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos, nem de atos já praticados. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

9. De mais a mais, deve-se salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações.

10. Por derradeiro, aqui, importa destacar que, dentre os fundamentos trazidos no tópico de número 3 do expediente protocolado, o qual se intitula “*Dos motivos para reclassificar a recorrente SANIGRAN LTDA*”, subdivididos em seis subtópicos, apenas os últimos dois atinam a matéria jurídica, além da parte final do tópico quatro, numerado em 3.4.1. Os demais, “3.1. Da qualificação de inseticidas junto à Organização Mundial da Saúde”, “3.2. Da exigência de cepa específica que afronta à regulamentação sanitária e decisão do Estado do Rio Grande do Sul”, “3.3. Das cepas BMP 144 e AM 65-52” e “3.4 DA eficácia das cepas e do registro na Organização Mundial da Saúde (OMS) sob o entendimento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão fiscalizador do produto”, são nitidamente de domínio técnico. Veja-se, a propósito, que, relativamente aos aspectos técnicos não jurídicos, incumbe à autoridade assessorada, através das equipes responsáveis pela formalização da demanda e pelo planejamento da contratação, ofertar toda a justificativa das especificações do objeto e demais critérios de ordem técnica, bem como demonstrar sua pertinência e necessidade com o atingimento da finalidade buscada pelo certame, a qual desagua, em última análise, no atendimento ao interesse público primário.

11. Trata-se, pois, do entendimento pacífico e sedimentado na doutrina e na jurisprudência. Veja-se, a propósito, o Acórdão nº 1492/2021 do Plenário do TCU, segundo o qual não é da competência do parecerista jurídico a avaliação de aspectos técnicos relativos ao objeto da contratação. Atentemos, por elucidativos que são, a alguns trechos do acórdão, o qual menciona outros que representam a orientação da Corte:

"344. Há entendimentos nesta Corte no sentido de que não se pode responsabilizar o parecerista jurídico pela deficiência na especificação técnica da licitação, já que tal ato é estranho à sua área de atuação, à exemplo do Acórdão 181/2015-TCU-Plenário, (...). Além desse, (...) o Acórdão 186/2010-TCU-Plenário também segue essa linha de entendimento, especificando a função do parecer jurídico: 'O parecer da assessoria jurídica constitui um



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

controle sob o prisma da legalidade, isto é, a opinião emitida atesta que o procedimento respeitou todas as exigências legais. O parecerista jurídico não tem competência para imiscuir-se nas questões eminentemente técnicas do edital'

(...)

356. Esse entendimento é ressaltado no estudo de Luiz Cláudio de Azevedo Chaves (In: *O Exercício da função de assessor jurídico nos processos licitatórios: competências e responsabilidades. Revista do TCU 130:*

'Associando-se, entretanto, à preocupação dos eminentes juristas acima citados, por óbvio que a vinculação da manifestação somente poderá ser enxergada no que concerne às questões de ordem técnico-jurídicas. Não é possível imaginar que o jurista venha a corrigir defeito técnico no Projeto Básico num edital de obra pública; tampouco debater a opção pela tecnologia a ser empregada na área de TI, pois o jurista não tem conhecimento técnico para verificar se determinada funcionalidade fere ou não o caráter competitivo da licitação; ou ainda, a quantificação do índice de produtividade estabelecido no Termo de Referência para contratação de um serviço terceirizado. A responsabilidade somente se estenderá ao parecerista na hipótese de o elemento causador da nulidade tiver incidido em questão técnico jurídica.'

12. Perceba que o acórdão em tela não é novidade. Trata-se, com efeito, de reiteração da jurisprudência da Corte de Contas.

13. Por essas veredas, importante destacar que a solicitação de manifestação do órgão de assessoramento jurídico pode ser abrangente, no sentido de envolver ato praticado em todo o processo administrativo licitatório, há que se ressalvar que ele (o controle) ocorre mediante análise jurídica da contratação, ou seja, deve-se limitar aos elementos jurídicos da contratação, na esteira do artigo 53, caput, combinado com o seu § 1º, inciso II, como advertem Guilherme Carvalho e Luiz Felipe Simões, quando asseveram: "*todos os elementos indispensáveis, porém de conteúdo jurídico*"¹.

¹ Parecer jurídico e a nova Lei de Licitações (parte 1). In <https://www.conjur.com.br/2021-jun-11/licitacoes-contratos-parecer-juridico-lei-licitacoes> apud CONJUR. REZENDE, Luciano. Papel do órgão jurídico na nova Lei de Licitações e a convergência de funções. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-nov-28/luciano-rezende-papel-orgao-juridico-lei-licitacoes/#_ftn3, acesso em 21/11/2024.



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

14. Por tal razão, não se insere na atribuição do órgão jurídico, em regra, a análise do conteúdo técnico dos respectivos atos e documentos que instruem o processo licitatório, e cuja responsabilidade limita-se aos seus emissores. Nessa esteira, colhe-se o seguinte enunciado do Tribunal de Contas da União (TCU): "*Não é da competência do parecerista jurídico a avaliação de aspectos técnicos para adoção do regime de contratação integrada (art. 9º da Lei 12.462/2011)*"². O manual de boas práticas consultivas da AGU, na mesma toada, já orienta de modo a evitar o posicionamento sobre temas não jurídicos, tal como o técnico, através da sua orientação BPC nº 7³.

15. Diante de tudo isso, a discussão acerca da qualificação de inseticidas juntamente à OMS, da eficácia de CEPAS de bacillus thuringiensis (variedade: israelensis) para uso contra larvas de simulídeos e aedes aegypti e de eventuais semelhanças e diferenças de características entre as CEPAS BMP144 e AM 65-52 foge, a toda evidência, ao domínio jurídico. Como reconhecido pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina no Voto proferido pelo Relator Conselheiro Herneus de Nadal mencionado pelo Parecer: MPC/DRR/1389/2022, do Ministério Público de Contas lá atuante, em caso idêntico ao aqui versado:

O caso se reveste de questão eminentemente técnica da área sanitária e/ ou química, o que impede uma análise acurada por este Tribunal. *Negrito e sublinhado do original.*

16. Portanto, serão aqui abordados os seguintes pontos da petição manejada, além de seu cabimento e tempestividade: "3.4.1. Do pedido de diligência referente à inabilitação da recorrente"; "3.5. Obrigatoriedade de reclassificação da recorrente"; "3.5.1. Do formalismo moderado"; "3.5.2. Da legalidade de abrir procedimento de diligências".

17. Quanto aos demais pontos, declinaremos de opinião para os órgãos administrativos responsáveis pela delimitação, definição e justificativa

² Informativo de licitações e contratos 417/2021. Acórdão 1492/2021 apud CONJUR. REZENDE, Luciano. Papel do órgão jurídico na nova Lei de Licitações e a convergência de funções. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-nov-28/luciano-rezende-papel-orgao-juridico-lei-licitacoes/#_ftn3, acesso em 21/11/2024.

³ Conforme CONJUR. REZENDE, Luciano. Papel do órgão jurídico na nova Lei de Licitações e a convergência de funções. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-nov-28/luciano-rezende-papel-orgao-juridico-lei-licitacoes/#_ftn3, acesso em 21/11/2024.



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

dos elementos técnicos do objeto e do certame, os quais saberão, com muito mais propriedade e conhecimento de causa, formular o auxílio de que a Pregoeira ora necessita.

II.2 - Análise jurídica objetiva

II.2.1 – Do Exercício do Direito de Petição

18. Em primeiro lugar, cabe tecer algumas considerações sobre o exercício do direito constitucional de petição.

19. Tal direito pode ser entendido como aquele concedido a qualquer pessoa que deseja defender direito ou se indispor contra ilegalidades cometidas pelo Poder Público, consoante dispõe o art. 5º, inc. XXXIV, “a” da Constituição Federal, ao assegurar que *“São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder”*.

20. Trata-se de mecanismo voltado a viabilizar ao interessado se dirigir de maneira formal a qualquer autoridade do Poder Público a fim de fazer uma reivindicação, obter uma informação, denunciar ilegalidades da administração pública, prestar queixa sobre abuso de poder ou até mesmo fornecer uma simples opinião sobre algo relevante de seu interesse pessoal, de um grupo ou de uma sociedade de modo geral.

21. A rigor, pode-se afirmar que o direito de petição funciona como fundamento constitucional para a interposição de recursos administrativos. Isso porque, conforma ensina José dos Santos Carvalho Filho, a Constituição Federal deixa claro que *“o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. Com efeito, hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores, e para que o interessado leve sua pretensão a estes certamente se socorrerá do instituto recursal. Cercear*



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito de defesa”⁴.

22. Disso decorre que, o art. 5º, inciso XXXIV, “a”, da Constituição Federal, institui o direito de petição como uma faceta das garantias ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Nesse sentido, destaca-se ensinamento de acerca do direito de petição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao aduzir o seguinte:

“O direito de petição (right of petition) teve origem na Inglaterra, durante a Idade Média. Ele serve de fundamento a pretensões dirigidas a qualquer dos Poderes do Estado, por pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, na defesa de direitos individuais ou interesses coletivos”⁵.

23. Quanto ao direito de petição como fundamento do recurso administrativo cita-se novamente José dos Santos Carvalho Filho, para quem:

“Também é fundamento dos recursos administrativos o direito de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CF. Quando o examinamos neste mesmo capítulo, destacamos ser o direito de petição um dos meios de controle administrativo. Aqui é propícia a extensão do sentido em ordem a ser esse direito considerado como fundamento dos recursos, porque os recursos não são senão um meio de postulação formulado normalmente a um órgão administrativo superior. Ora, a noção que encerra o direito de petição é ampla e logicamente abrange também os pedidos revisionais, como são os recursos administrativos. Podemos, assim, concluir que os recursos são uma forma de exercer o direito de petição, não podendo os indivíduos, em consequência, encontrar óbices para sua interposição”⁶.

24. Diante disso, uma primeira linha de interpretação poderia dar conta do seguinte. Tratando-se o direito de petição de fundamento para o recurso administrativo, tem-se que o direito de peticionar em face da Administração no curso das licitações e contratos administrativos foi

⁴ 4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 21 ed. ver. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 905.

⁵ 5 DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 626.

⁶ Idem.



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

regulamentado pela Lei nº 14.133/2021, em especial no seu art. 165, que trata desse assunto. Nesses termos, ao se cumprir a fase recursal nas licitações, esgotar-se-ia também o direito de protocolar petição perante o Poder Público para tratar do tema versado em fase recursal ou não versado diante de inércia do interessado.

25. Essa, porém, não parece ser a conduta mais recomendável de ser encampada. Não porque careça de fundamento, mas porque é aquela cuja adoção pode se revelar mais discutida e problemática para o ente público, sendo que o papel do órgão de assessoria jurídica é o de apontar a solução mais segura e imune a questionamentos para o gestor público consulente.

26. Destarte, nossa sugestão é no sentido de que, ainda que a manifestação encaminhada pelo particular não possa ser recebida como recurso, deve-se apreciá-la como exercício de direito de petição, já que é possível sustentar que aquele indivíduo não perde o direito de ter as suas razões analisadas pela Administração. Isso porque, somado ao direito de petição, o Poder Público, em função do princípio da autotutela, tem o dever-poder de rever seus atos, a fim de anulá-los, se verificada a veracidade quanto à sua ilegalidade, ou revogá-los, se julgar conveniente e oportuno em face do interesse público envolvido.⁷

27. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 473, segundo a qual a “Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Logo, se por intermédio da manifestação do particular a quem não socorre mais o exercício de direito recursal no certame tomar-se conhecimento de irregularidade no

⁷ Nesse sentido de vinculação do princípio da autotutela como forma de controle interno, aduz Odete Medauar: "O controle interno visa ao cumprimento da legalidade, à observância dos preceitos da 'boa administração', a estimular a ação dos órgãos, a verificar a conveniência e oportunidade de medidas e decisões no atendimento do interesse público (controle de mérito), a verificar a proporção custo-benefício na realização das atividades e a verificar a eficácia de medidas na solução de problemas." (MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 416.)



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

procedimento, então, em razão do poder-dever de autotutela administrativa, necessário rever eventual ato praticado.

28. Isso já faz com que a manifestação apresentada deva ser analisada. Logicamente, é possível perquirir as razões pelas quais o peticionante não impugnou o edital em tempo oportuno, assim como não apresentou recurso contra sua desclassificação, vindo a apontar vícios no instrumento convocatório apenas após o decurso do tempo próprio dessas oportunidades, situação que pode ocasionar tumulto processual, atentar contra o princípio da eficiência (art. 37, caput, CF), revelar má-fé ou até caracterizar comportamento contraditório vedado pelo princípio do ‘venire contra factum proprium’. Tais constatações, contudo, a nosso ver, não devem fazer com que os pedidos apresentados possam deixar de ser apreciados.

29. De notar, nessa senda, que não há um procedimento legalmente previsto para a tramitação do direito de petição, nem tampouco prazo pré-estabelecido para sua resposta. Contudo, vigora entendimento segundo o qual a resposta deve ser motivada e proferida em prazo proporcional e razoável.

30. Isso posto, passemos à análise dos pontos cujo domínio é o jurídico.

II.2.2 – Do pedido de diligência efetuado no item 3.4.1

31. No que concerne ao pedido de diligência efetuado no item 3.4.1, referente à inabilitação da peticionante, visando a instar o ente licitante a empreender verificações junto ao Ministério da Saúde, cabe destacar o seguinte. Não houve inabilitação, e sim desclassificação da Sanigran, por ter ofertado produto diverso daquele que estava sendo demandado no certame. Nada obstante, deve-se destacar que não é caso de realização de diligências.

32. Isso porque há limites legais às diligências que estão fixados pelo próprio art. 64 da NLLCA (o qual, embora trate da fase de habilitação, é aplicável à de proposta) que veda a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta. A diligência



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

não se presta ao saneamento de falhas materiais, de situações de desatendimento ao disposto no instrumento convocatório, mas, conforme já dito, à busca de informações complementares, necessárias a uma decisão segura.

33. Não se permite, portanto, que através desse instrumento sejam corrigidas situações decorrentes da negligência do licitante ao selecionar os documentos habilitatórios ou elaborar sua proposta. Nesses casos, restará apenas excluí-lo do certame.

34. No caso em questão, não há qualquer dúvida a ser sanada, através da diligência, relativa a fato ou documento ocorrido no torneio, nem tampouco se faz necessária a complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes, nem a atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas (art. 64, incisos I e II da Lei Federal nº 14.133/2021). O fato concreto é que a peticionante apresentou, no certame, objeto diverso daquele que estava sendo demandado no instrumento convocatório. As especificações do bem ofertado, o que foi possível aquilatar através do catálogo apresentado juntamente à proposta, não corresponderam àquelas descritas no certame promovido, circunstância que motivou a desclassificação da Sanigran.

35. Tal conjuntura permite inferir que a diligência solicitada não possui respaldo na moldura legal que disciplina o instituto em nosso ordenamento jurídico, motivo pelo qual deve ser indeferida.

II.2.3 – Da suposta obrigatoriedade de reclassificação da recorrente

36. Segundo sustenta a peticionante, mais uma vez empregando equivocadamente a afirmação de que teria sido inabilitada, em primeiro lugar, ela deveria restar reclassificada diante da incidência do princípio do formalismo moderado. Para conferir sustentáculo a sua tese, pondera que o edital traria diversos vícios que estariam a impedir o cumprimento integral de suas cláusulas e tece considerações genéricas acerca do princípio em tela. Novamente, sem razão a Sanigran.



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

37. *A um, convém salientar que a licitante teve dois momentos no trâmite procedimental para se insurgir contra supostos vícios no ato convocatório. O interregno para solicitar esclarecimentos ou apresentar impugnação e aquele destinado a ofertar recurso administrativo, ambos tratados no Capítulo II do Título IV da NLLCA, cuja rubrica é “DAS IMPUGNAÇÕES, DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO E DOS RECURSOS”. Acontece que, em ambas oportunidades, deixou transcorrer em branco o prazo para apresentação da divergência, vindo a fazê-lo tão-somente bem a posteriori, o que desvela, no mínimo, uma postura pouco colaborativa com o ente público.*

38. *Contudo, ainda que assim não o fosse, a dois, é incontestável que não estamos diante de conjuntura fática a desencadear a aplicação daquele princípio, o qual não foi concebido para a hipótese de falha cometida pela Sanigran. Senão, vejamos.*

39. *Sob o panorama do Princípio do Formalismo Moderando, entende-se que a formalidade do processo licitatório jamais pode ser a formalidade sem substancialidade, mecanizada, sem finalidade e propósito, para prestigiar o mero formalismo, como se o procedimento licitatório tivesse uma fórmula sagrada e inquebrantável. O procedimento deve assegurar a justa competição tanto do ponto de vista formal quanto material. Segundo pondera a doutrina: “Com efeito, a estrela-guia constitui-se no paradigma do interesse público, a ser avaliado no caso concreto, afastando-se sofismas e influxos inadequados do processo licitatório. O procedimento constitui-se formalmente estruturado, para se evitar surpresas em seu rito, mas essa perspectiva formal não pode macular os objetivos da licitação. Nesse sentido, deve-se avaliar o núcleo central do princípio do interesse público e a legitimidade do ato administrativo para o alcance dos objetivos licitatórios. Deve haver congruência na atuação da função pública de modo que o agir do pregoeiro e do agente de contratação dever ser fundamentado na razoabilidade e proporcionalidade”⁸*

⁸ 8 VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. O poder-dever de diligência e do princípio do formalismo moderado. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 26 jan. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 27/11/2024.



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

40. *Diante deste raciocínio que se entende que o princípio da formalidade não pode ser utilizado como barreira à concretização da finalidade dos atos e tampouco pode ser exigido quando dispensável, em especial, nos processos administrativos. É neste sentido que se orienta o TCU:*

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. Grifei. (Acórdão 357/2015-Plenário. Relator: Bruno Dantas. Data do julgamento: 04/03/2015)

41. *Acolhendo essa visão mais moderada acerca do formalismo, a Lei Federal nº 14.133/2021 preconiza que não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência para complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame ou atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas, sendo que os agentes responsáveis pela licitação poderão 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.*

42. *A esse propósito, empresta-se das palavras de Marçal Justen Filho⁹ que, tecendo comentários sobre o art. 43 da Lei Federal nº 8.666/93, os quais são integralmente aqui aplicáveis, discorre sobre o tema nos seguintes termos:*

As diligências e esclarecimentos consistem em atividades desenvolvidas diretamente pela autoridade julgadora, destinadas a eliminar imprecisões e confirmar dados contidos na documentação apresentada pelo licitante. Envolvem na prática

⁹ JUSTEN FILHO. MARÇAL. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993. 18ª edição, rev., atual., ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 1011.



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

*de ato administrativo, consistente em verificação de situação fática, requerimento de informações perante outras autoridades públicas, confirmação da veracidade de documentos e assim por diante. A diligência é uma providência para **confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante a habilitação, seja quanto ao próprio conteúdo da proposta.** Grifei.*

43. Na evolução legislativa da matéria, a nova lei de licitações (Lei. 14.133/2021) consagrou expressamente o formalismo moderado ao prever, no inciso II, do art. 12, que o desatendimento de exigências meramente formais, que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta, não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo. Vejamos:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo; Grifei.

44. Nota-se, portanto, na esteira da lição de Renato Geraldo Mendes, que, na legislação vigente, não há norma que autorize o afastamento de um licitante por descumprimento de exigência meramente formal. Muito pelo contrário, o afastamento em tal situação constitui flagrante violação da ordem jurídica, especialmente dos princípios que informam o regime da licitação, tais como da competitividade e da economicidade. Afastar licitante com fundamento em exigência formal é praticar ato contrário à essência da ordem jurídica. Dessa forma, a eliminação de um competidor somente é correta, sob o ponto de vista jurídico, quando determinada pelo descumprimento de uma exigência considerada essencial ou material. Se não for esse o caso, a eliminação deve ser reputada ilegal por violação da ordem jurídica, especialmente por atentar contra os princípios da competitividade, da obtenção da proposta mais vantajosa e da economicidade¹⁰.

¹⁰ MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública: fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012, p. 78.



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

45. *Ocorre que, no caso em questão, não houve o descumprimento de uma exigência meramente formal, mas, ao invés, de uma material, e das mais relevantes. A propósito, interessa lançar mão, novamente, do recurso às lições de Renato Geraldo Mendes, que bem pontuam a diferença entre ambas¹¹:*

Exigências materiais são justamente as que têm a finalidade de garantir o cumprimento das condições pessoais e das condições relativas à proposta consideradas indispensáveis para a satisfação da necessidade da Administração ou da ordem jurídica.

Exigências meramente formais estão relacionadas à demonstração das exigências materiais e de outras condições que possam ser contornadas. O desatendimento de uma exigência formal pode ser relevado se a condição material for preservada ou se restar demonstrada de forma diversa daquela exigida. Grifei.

46. *Em absoluta linha de consonância ao teor legal, materializado no art. 12, III c/c art. 64 da NLLCA, o legislador proibiu o saneamento de vício material, pois tanto a não apresentação de um documento como a não inclusão de uma informação essencial na proposta configuram esse vício. Deve-se entender por vício material o não atendimento de exigência indispensável para avaliar as condições pessoais do licitante ou a sua proposta. Observe-se, em adição, que o art. 59, inciso II, agora ao tratar especificamente da proposta, determinou, categoricamente, que serão desclassificadas as propostas que não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital.*

47. *Ora, trata-se, por sinal, exatamente do caso estampado na consulta que nos foi direcionada. A peticionante, ao apresentar sua proposta no certame, ofertou produto diverso daquele que estava sendo demandado, circunstância que é confirmada por toda a argumentação vertida no expediente protocolado junto ao Consórcio Público. Essa conduta configura o auge do descumprimento de uma formalidade de cunho material, para cujo saneamento o princípio do formalismo moderado não socorre. Tanto é assim que a própria lei de licitações vigentes ordenou*

¹¹ MENDES, op. cit., p. 78.



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

que, em casos tais, fossem desclassificadas as propostas apresentadas. O que a pregoeira fez, portanto, foi tão-somente obedecer à norma federal que disciplina o caso, além dos princípios do Julgamento Objetivo e da Vinculação do Instrumento Convocatório (art. 5º, Lei 14.133/2021) não lhe sendo franqueada qualquer possibilidade de efetuar inovação contra legem. Atente-se que não é para autorizar o recebimento, pela Administração, de um objeto por outro diverso daquele especificado no edital que o princípio do formalismo moderado foi concebido. O que, aliás, configuraria verdadeira excrescência.

48. Noutro giro, a própria linha argumentativa levada a cabo pela peticionante em seu expediente é contraditória com o formalismo moderado, e, inclusive, apresenta sérias contradições internas. Tal é possível de ser notado através dos precedentes que põe à baila. Poderíamos, aqui, transcrever vários dos julgados utilizados como se dessem respaldo à tese encampada pela Sanigran. Mas, dado os limites circunscritos da presente manifestação, transcrevemos dois deles, de lavra do TCU, os quais denotam que o princípio invocado destina-se a situações bem diferentes daquela que verte dos autos:

“É irregular a inabilitação do licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame” (Acórdão 1795/2015 – Plenário – Data da sessão: 22/07/2015. Relator José Múcio Monteiro)

“A inabilitação de licitante por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é faculta à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo” (Acórdão 5181/2012 – Primeira



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

*Câmara – Data da sessão: 28/08/2012 – Relator Walton
Alencar Rodrigues)*

49. Resta evidente, pois, que não se trata da moldura fática que emerge dos autos. Não houve o descumprimento de exigência meramente formal, como uma singela divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social, mas sim a dissonância atinente a elemento fulcral e material do certame, consistente no próprio bem almejado pelo ente licitante, o que não é passível de correção via incidência do Princípio do Formalismo Moderado. Com o perdão da redundância, mas tal postulado não autoriza o descumprimento de conteúdo essencial do instrumento convocatório, nem foi para isso concebido.

50. E em segundo lugar, a Sanigran abre tópico “3.6” destinado a demonstrar a legalidade da abertura do procedimento de diligências. Novamente, todo o argumentado é contraditório e destoa das hipóteses em que é cabível o seu empreendimento. Já do primeiro dos parágrafos contidos no documento da licitante, em sua primeira frase, colhe-se o seguinte: “é evidente que, no caso, o pregoeiro deveria ter realizado diligência para requerer que a licitante esclarecesse possíveis dúvidas quanto ao ocorrido”. Ora, não pairaram quaisquer dúvidas em relação ao acontecido na fase de julgamento de proposta desse pregão, eis que a própria peticionante confessa que ofertou bem diverso do demandado pelo instrumento convocatório. Tais repetidos equívocos talvez se devam ao protocolo em massa, pelo país, de impugnações/recursos/petições, por anos e anos e de maneira descuidada, versando sobre o ponto, o que se percebe pelas menções à legislação revogada (Lei 8.666/93), como se estivesse em pleno vigor.

*51. Logo em seguida, efetua transcrição de parecer de lavra da Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, Helena Cesarino Mendes Coelho, do qual é possível colher: “Nesse passo, com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração **efetuar diligências administrativas para complementar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão para comprovar a***



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

regularidade do licitante” (grifei). Longe de se tratar da formalidade aqui descumprida.

52. Ademais, cita a doutrina de Marçal Justen Filho que contém o seguinte excerto: **“Assim, a apresentação de certidão destinada a comprovar situação inquestionável, constante em cadastros públicos, tende a ser admitida. Se o sujeito não se encontra falido, mas deixou de apresentar o documento adequado, seria um formalismo excessivo promover a sua inabilitação”** (grifei). Logo em seguida, colaciona precedentes do TCU, dentre os quais o seguinte, como se guarida desse à tese que espoca: **“À vista dos preços inferiores aos cotados pela empresa, a Pregoeira, no uso de suas atribuições e conforme item 9.10 do Edital (vide item 2.2 supra) e art. 11, inciso XII do Decreto nº 3.555/2000, autorizou a extração da documentação pela Internet na sessão. 7. Cumpre informar que tal certidão é rotineiramente fornecida no site da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional/Ministério da Fazenda, bastando preencher os campos indicados com o número do CNPJ e o nome completo da empresa. Ademais, a veracidade das informações constantes da dita certidão ou a manutenção da condição ‘negativa’ pode ser conferida, a qualquer momento, na página <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>, não persistindo dúvidas quanto à autenticidade e validade do documento assim obtido (Acórdão nº 1758/03)”** Grifei.

53. À toda evidência, patente resta que, ao contrário do alegado nos parágrafos posteriores, a situação de que ora se trata não é a que se prestaria ao “esclarecimento de possíveis dúvidas” através de “simples diligência” que seria destinada a “esclarecer, complementar a instrução do processo”. Em semelhante toada, infundada é a afirmação de que, no caso, “não há discricionariedade da Administração em optar ou não pela realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação, tal providência se torna obrigatória”. O próprio peticionante, vez mais, contradiz-se, na medida em que não existe qualquer dúvida nessa hipótese concreta, e apenas não existiria discricionariedade caso estivéssemos realmente de um caso que se amoldasse na moldura legal que prevê o emprego de diligências, o que não se verifica aqui. Do mesmo modo, independeria de autorização



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

prévia no instrumento convocatório ou a pleito do particular o referido instituto caso houvesse a presença de seu fato jurígeno, a qual, contudo, inexistiu.

*54. Em sequência, novamente laborando em equívoco, cita a doutrina de Marçal Justen Filho, de cujo teor se extrai o seguinte excerto: “**Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos**” (grifei). Ao se cotejar o alegado com o que realmente aconteceu, vê-se claramente que dúvida sobre documentação apresentada não aconteceu aqui.*

55. Diante de tudo que expusemos, entendemos improcedentes as argumentações vertidas pela Sanigran no que concerne ao pleito de realização de diligências e à obrigatoriedade de sua reclassificação por esse específico motivo.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Neste sentido, por fim, ocorre que o momento oportuno para se falar sobre a inconformidade do objeto e das exigências de habilitação é o intervalo de tempo compreendido entre a publicação do edital e a sessão de disputa. A agente de contratações é obrigada a seguir o determinado em edital, não podendo deixar de se manifestar quando observa que requisitos exigidos neste e em seus anexos não foram cumpridos. Se o descritivo do item apresenta determinadas características, como CEPA específica, por exemplo, cabe à pregoeira avaliar se o critério foi atendido. Não compete à pregoeira criar especificações diferentes das estabelecidas pela equipe técnica, pior ainda, em fase tão avançada da licitação.

De lado outro, o pedido vertido no direito de petição manejado é juridicamente impossível, dado que consistiu: na declaração da recorrente vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente, eis que é patente, pela própria leitura da petição apresentada, que a Sanigran não cumpriu diversas cláusulas de edital cujo teor remanesceu estabilizado ante o decurso do prazo para manejo de impugnações. Tanto assim é que o outro pedido vertido foi justamente, em tom contraditório, a anulação de todas as fases da licitação ocorridas após o ato ilegal, que se trata, em sua visão, justamente, do ato



Consórcio Intermunicipal de
Desenvolvimento Sustentável da Serra
Gaúcha

convocatório. De mais a mais, o certame em tela restou fracassado, sem que tenha acudido nenhuma proposta válida ofertada por empresa habilitada, o que faz com que o pleito de convocação das licitantes para nova sessão pública seja inconveniente e inoportuno ao órgão promotor do torneio, especialmente diante da opção legítima que assiste ao gestor público de promover um novo certame.

Diante de tudo isso, os pedidos atravessados, embora conhecidos, não estão a merecer acolhimento.

VI. DA CONCLUSÃO

Assim, consoante todo o expendido, opino pelo **conhecimento** do direito de petição manejado contra a desclassificação da empresa SANIGRAN LTDA e julgo **improcedentes os pedidos nele apresentados**, não reconsiderando minha decisão e encaminhando a petição com sua motivação à autoridade superior, de acordo com o estabelecido no § 2º, do art. 165 da Lei 14.133/21, aqui aplicado por analogia.

Garibaldi, 04 de dezembro de 2024.

Giana Marcela Lorenzon
Pregoeira CISGA