



Procedência: Instituto Estadual de Florestas

Interessado: Instituto Estadual de Florestas

Número: 15.808

Data: 13 de dezembro de 2016

Assunto:

1. Análise da concorrência 2101003000026/2014 – Parceria Pública Privada - Concessão Administrativa destinada à gestão de áreas das Unidades de Conservação Parque Estadual do Sumidouro, Monumento Natural Estadual Gruta do Rei do Mato e Monumento Natural Estadual Peter Lund.
2. Consulta sobre as aplicações do art. 48, §3º, da Lei 8.666/93 e competência para julgamento das propostas.
3. Questionamentos já parcialmente esclarecidos nas manifestações anteriores – Ratificação das manifestações constantes da Nota Jurídica nº 62/2015; Nota Jurídica NAI nº 378/16; e OFÍCIO/NAJ nº 573/2016.
4. Necessidade de avaliação técnica por parte das autoridades competentes dos elementos constantes dos autos e tomada de decisão. Atribuições que escapam à competência desta Advocacia-Geral do Estado.
5. Considerações sob o prisma estritamente jurídico. Análise

Classificação

Temática: Licitações-PPP-Habilitação/Registro
Cadastral/Julgamento/Homologação

I - RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta jurídica encaminhada pelo Diretor-Geral do Instituto Estadual de Florestas (IEF), Sr. João Paulo Mello Rodrigues Sarmiento, por meio OF.DG/IEF/SISEMA nº 326/16, decorrente de questionamentos surgidos ao longo do procedimento licitatório de Concessão Administrativa



destinada à Gestão de Áreas das Unidades de Conservação Parque Estadual do Sumidouro, Monumento Natural Estadual Grua Rei do Mato e Monumento Natural Estadual Peter Lund (Concorrência 2101003000026/2014).

2. Relata a autoridade consulente que durante o procedimento licitatório em questão a proposta comercial do único licitante foi desclassificada e a Comissão Especial de Licitação (CEL), com fulcro no art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93, abriu a possibilidade de apresentação de nova proposta apta a corrigir circunstâncias ensejadoras da desclassificação. Após tal providência, teria a Comissão constatado a ocorrência *de outras modificações além das necessárias para a adequação da proposta comercial do licitante, ou seja, foram feitas modificações na segunda proposta comercial para além das que deram causa à desclassificação da primeira proposta comercial do licitante* (OF.DG/IEF/SISEMA nº 326/16), levando esta a formular indagações ao Núcleo de Assessoramento Jurídico da Advocacia-Geral do Estado (NAJ/AGE), que se manifestou por meio OFÍCIO/NAJ nº 573/2016 (fls. 2088/2091).

3. Em razão de tal manifestação, o Diretor-Geral do IEF formula os seguintes questionamentos a esta Advocacia-Geral do Estado:

a) *Considerando que o art. 48, §3º da Lei 8.666/93 já fora aplicado ao caso em testilha, existiria margem jurídica para sua reutilização, caso haja uma segunda desclassificação da proposta do único licitante?*

b) *Diante da ausência de previsão expressa no texto legal, quem seria o agente competente para exarar a decisão que venha a desclassificar a segunda proposta comercial e conceder prazo para a apresentação de nova proposta, consoante o art. 48, §3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos?*

c) *Considerando cabível a aplicação do art. 48, §3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e as considerações do Ofício CJ/NAJ nº 573/2016, de 08/09/2016, é correto o entendimento que a nova proposta a ser oferecida pelo único licitante estaria restrita à correção dos vícios que deram razão à desclassificação (ata da Sessão da Concorrência de 16 de março de 2015) ou o empreendedor estaria autorizado a inovar em sua proposta, encontrando limites para tanto somente no edital de licitação? (sic)*

Fércio Leite Drummond
Procurador do Estado
Coordenador do Núcleo de
Autarquias e Fundações
MASP 1.128.354-6 - OAB/MG 90.777



4. Conforme se demonstrará ao longo do presente estudo, parte dos questionamentos já foram respondidos por meio das Notas Jurídicas nº 62/15, da Procuradoria do IEF, e nº 378/2016, do NAJ/AGE, e OFÍCIO/NAJ nº 573/2016.
5. É o relatório, no essencial, passamos a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

6. Primeiramente, destaque-se que, à luz do art. 132 da Constituição Federal de 1988 e artigo 4º da Lei Complementar nº 81/2004, incumbe à Advocacia-Geral do Estado prestar consultoria sob prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados pelo administrador público, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa e orçamentária.

7. Ademais, ressalte-se que o presente procedimento já foi objeto de consulta a esta Advocacia-Geral do Estado por ao menos 03 (três) vezes e, consoante será demonstrado, parte dos questionamentos já foram devidamente respondidos. Portanto, serão feitas as devidas remissões e transcrições das manifestações já exaradas no que for pertinente, a fim de manter a coesão do entendimento já esposado e buscando atender ao princípio da eficiência administrativa, preconizado no art. 37, *caput*, da CR/88 e no art. 2º, Lei Estadual de Processo Administrativo, n. 14.184, de 31/01/2002, devendo, ainda, as autoridades competentes debruçarem-se sobre as manifestações já exaradas, para fins de atendimento de todos os pontos levantados.

8. Antes de adentrarmos na consulta propriamente dita, mister realizarmos um breve esboço dos fatos, a fim de elucidar o transcorrido ao longo do expediente.

II.1 – Esboço histórico

9. Inicialmente, vale ressaltar que a minuta do referido edital de licitação na modalidade de concorrência, bem como seus anexos foram encaminhados, através do Of.sede/PPP/026/2014, por meio da Coordenadoria da Unidade Central de PPP's, pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento



Econômico, para a Advocacia Geral do Estado, que analisou o processo através do Parecer n 15.353, de 11 de julho de 2014 (fls.697-742).

10. Ressalte-se que a aprovação prévia à licitação foi realizada através da Nota Jurídica nº 04/2014/IEF/SISEMA (fls. 1189/1194/ Pasta 03), de 18 de novembro de 2014, que concluiu pela correta formalização do processo, sob a ótica exclusivamente jurídica, e ainda, pela competência da Advocacia Geral do Estado para a análise do Edital e da minuta do contrato.

11. A sessão da Concorrência PPP nº 2101003000026/2014 foi realizada em 03 de março de 2015 (fl. 1696/Pasta 05), com a abertura do envelope de credenciamento para o certame e garantia da proposta do único licitante, a sociedade empresária RMG Construções e Empreendimentos Ltda. Após o credenciamento, passou-se a análise da proposta comercial, com a apreciação do Plano de Negócios apresentado pela referida licitante.

12. Nesse momento do procedimento, a Comissão Especial de Licitação observou uma incompatibilidade entre a proposta apresentada e as diretrizes do edital e seu anexo VII, no que se refere ao prazo de operação para os cálculos do licitante. O prazo de vigência da concessão foi definido pelo Edital de Licitação em 25 (vinte e cinco) anos, e foi apresentada uma proposta de 30 (trinta) anos.

13. Em virtude da existência de um único licitante no processo de concessão administrativa e por entender que o projeto seria importante para a promoção de melhores soluções ao Estado para a conservação ambiental, desenvolvimento econômico-social da população do entorno das Unidades de Conservação e ampliação da oferta de serviços turísticos ao cidadão, a Comissão Especial de Licitação da Concorrência IEF/MG nº 26/2014, através do Memo nº 01/2015/Comissão Especial de Licitação PPP Rota Lund (fls.1696-1698), fundamentado no art. 48, § 3º, da Lei Federal n 8.666/1993, decidiu pela abertura do prazo de 08 (oito) dias úteis para que o único licitante, que teve sua proposta desclassificada, encaminhasse nova proposta comercial, **com as devidas correções** dos pontos que se encontravam em desconformidade com o Edital (fls.verso 1704 e 1709), a saber:

- 1- Investimentos (conforme subitem VIII, do item IV.3.5, do Edital de Licitação)
- 2- Prazo considerado para projeção (de acordo com subitem I, do item IV.3.5 conjugado com o item II-9, ambos do Edital de Licitação);

Tércio Leite Drummond
Procurador do Estado
Coordenador do Núcleo de
Autarquias e Fundações
MASP 1.128.354-6 • OAB/MG 90.777



3- Atualização monetária (de acordo com subitem I, do item IV.3.5 conjugado com o item II.2, ambos do Edital de Licitação.

14. Pela possibilidade de aplicação do art. 48, § 3º da Lei 8.666/93, a Chefe da Procuradoria do IEF à época, Dra. Fernanda Antunes Mota, através da Nota Jurídica nº 08/2015, assim se manifestou:

Feitas essas considerações, concluímos sob a ótica exclusivamente jurídica, que poderá ser aplicado o que dispõe o artigo 48, I e parágrafo 3, da Lei Federal 8.666/93, podendo a Administração fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação.

15. Aos 31 de março de 2015 foi aberto o envelope contendo a nova proposta comercial e suspensa a sessão para análise da documentação (fl.1766).

16. No dia 15 de abril de 2015, a Comissão Especial de Licitação da Concorrência 26/2014 concluiu pela classificação da proposta comercial da empresa RMG CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. (fls.1767-1771), considerando sanadas as desconformidades anteriormente apontadas, nos seguintes termos:

Os novos dados apresentados pela proposta comercial da licitante RMG Construções e Empreendimentos Ltda. também se diferem do plano de negócios inicialmente elaborado pela licitante devido a não utilização de índices de atualização monetária, conforme premissa prevista no Edital, no item II.2. Portanto, conforme previsto no edital e disposto na ata de sessão de concorrência de 16 de março de 2015, o novo plano de negócios não considera como premissa a atualização monetária, diferentemente do anterior, afim de adequar-se a previsão do Edital.

Além disso, ressalva-se que, apesar do valor da contraprestação pecuniária anual contida na proposta aqui analisada ser maior do que aquela apresentada na proposta anteriormente enviada deve-se considerar que, uma vez que o prazo para a concessão foi reduzido para adequar-se ao Edital de Licitação, o valor global permanece o mesmo da proposta anterior. Ademais, reitera-se que o valor apresentado respeita o teto fixado em Edital.

Destaca-se que parte da diferença entre as receitas e os custos constantes do Plano de Negócios Referencial e na Proposta Comercial apresentada na licitação decorre das escolhas feitas pela Licitante em relação às atividades acessórias à concessão. A título de exemplo, apontam-se as seguintes atividades consideradas no Plano de Negócios Referencial que não foram incluídas na Proposta Comercial da Licitante: quiosques de alimentação, albergues, pousadas, cavalgada, cicloturismo, espeleoturismo de aventura ou vertical, aluguel de equipamentos para cavalgada. Todavia, as atividades de natureza



obrigatória foram devidamente consideradas pela Licitante, não havendo, portanto, maiores considerações a serem feitas

Portanto, foi classificada a proposta comercial da seguinte empresa:

1 - RMG Construções e Empreendimentos Ltda.

(Ata de Julgamento, fls. 1.767/1.770)

17. Posteriormente, a Procuradoria do IEF foi novamente instada pela Diretoria-Geral do IEF, quando da homologação do certame, tendo sido exarada a Nota Jurídica nº 62/2015 (fls. 1.897/1.917), que assim concluiu:

Haja vista, as razões coligidas acima, conclui esta Procuradoria que o processo, referente à Parceria Público Privada, encontra-se revestido das formalidades legais, consubstanciadas na legislação pertinente, frisando, por oportuno, o entendimento de que não caberia a Procuradoria, com base no artigo 38 da Lei Federal 8.666/1993, analisar o procedimento nessa fase de homologação.

Todavia, com o intuito de auxiliar a tomada de decisão quanto à homologação do certame por esta autoridade máxima, sugere-se que a Comissão de Licitações emita Nota Técnica atestando a viabilidade da proposta comercial, demonstrando ser a mesma exequível não apenas sob o aspecto formal, **cotejando as propostas apresentadas com o fito de verificar se a segunda não alterou o teor da primeira e, ainda, se está de acordo com os termos do edital, afastando eventuais erros nas suas estimativas.**

Recomendamos, ainda, que a assinatura do contrato deva ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput do artigo 10 da Lei Federal 11.079/2004.

Nesse aspecto, esta Procuradoria reitera e reafirma as ressalvas e recomendações da Advocacia Geral do Estado, exaradas no Parecer nº 15.353, de 11 de julho de 2014, bem como as demais sugestões e ressalvas dispostas no corpo deste parecer.

18. Em 13 de novembro de 2015, a Comissão Especial de Licitação realizou diligência (fls. 1932/1933) junto à licitante para que esta esclarecesse as alterações realizadas na segunda proposta comercial (fls. 1712/1766) frente à primeira (fls. 1622/1695).

19. Em resposta, a RMG Construções e Empreendimentos Ltda. apresentou as alegações de fls. 1938 a 1946 aduzindo, em síntese, a regularidade das alterações realizadas, afirmando que não estava adstrita à primeira proposta por ela apresentada e que as alterações realizadas tiveram o condão de sanar os vícios constantes da proposta original.

Tércio Leite Drummond
Procurador do Estado
Coordenador do Núcleo de
Autarquias e Fundações
MASP 1.128.354-6 - OAB/MG 90.777



20. Às fls. 1951/2009, a Comissão Especial de Licitação apresentou manifestação **inconclusiva**, indicando apenas os pontos que diferenciavam a segunda da primeira proposta comercial e consignando que de fato houve alterações no Plano de Negócios da licitante (item 3.5 da Manifestação da CEL, fls. 1951/2009) que não correspondiam às solicitações de adequação da proposta apresentadas na Ata de Julgamento de fls. 1703/1708, **sem, contudo, avaliar de que forma tais alterações impactaram na proposta comercial apresentada**, remetendo a decisão à Diretora-Geral do IEF:

Como demonstrado e fundamentado, todas as alterações anteriormente mencionadas nos itens 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 são reflexos, diretos ou indiretos, da adequação da proposta comercial aos motivos que ensejaram a desclassificação da primeira versão apresentada.

Entretanto, no entendimento desta Comissão de licitação, as alterações do Plano de Negócios da Licitante que serão apresentadas a seguir não correspondem a consequências diretas ou indiretas às solicitações de adequação da proposta apresentadas na Ata de julgamento da Proposta comercial que desclassificou a Primeira PROPOSTA COMERCIAL ou mesmo a qualquer determinação editalícia. Isto é, as alterações da PROPOSTA COMERCIAL apresentadas a seguir são pautadas exclusivamente em novas decisões gerenciais da Licitante.

(...)

Assim, nesta Seção 3.5, “Alterações não relacionadas à desclassificação da primeira PROPOSTA COMERCIAL”, foram elencadas as modificações identificadas na segunda PROPOSTA COMERCIAL que não apresentam relação, direta ou indireta, com as solicitações de adequação da Ata de julgamento da Proposta Comercial (fls. 1703/1708).

Nesse sentido, entende-se ser necessário ponderar sobre a amplitude de aplicação da previsão legal contida no art. 48, §3º da Lei 8666/93, a qual dispõe sobre a possibilidade de modificações na apresentação de nova proposta, mas não prevê expressamente se tais modificações abrangem somente os pontos que motivaram a desclassificação ou qualquer elemento da proposta.

(...)

Expostas as modificações da Primeira PROPOSTA COMERCIAL para a Segunda PROPOSTA COMERCIAL apresentadas na Concorrência IEF/MG nº 26/14 e a divergência jurisprudencial acerca da abrangência da aplicação do art. 48, parágrafo 3º da Lei 8.666/93, faz-se necessário ponderar sobre o mais adequado entendimento jurisprudencial, tendo em vista os riscos da sequência ou não do procedimento licitatório, bem como a conveniência e a oportunidade do Estado de Minas Gerais na presente licitação. Destarte, tal juízo não compete à Comissão de licitação, mas sim à Autoridade Superiora, uma vez que, como já se mencionou,



registrado, a deliberação sobre a homologação, a conveniência e a oportunidade é da Diretoria de Instituto Estadual de Florestas de Minas Gerais.

(...)

Dessa forma, remetem-se os autos à Diretoria Geral do Instituto Estadual de Florestas para que essa possa se pronunciar acerca da conveniência e oportunidade da licitação, tanto no que tange à aceitabilidade das alterações do plano de negócios, quanto à reedição da autorização da licitação pela autoridade competente e à homologação (sic)

21. Posteriormente, a Diretora-Geral do IEF à época, Dra. Adriana Araújo Ramos, formulou novos questionamentos à Advocacia-Geral do Estado, por meio do OF.DG.IEF.SISEMA nº 258/15 (fls. 2.062 dos autos):

a) Foi verificada uma contradição entre o Edital e seus anexos. No edital publicado pela Comissão Especial de Licitação, o prazo de vigência do contrato ficou estipulado em 25 (vinte e cinco) anos verso (fl. 1478), todavia o Anexo VII ao edital consignou projeções operacionais para o prazo de 30 (trinta) anos (fls. 1241-1244).

Nesse viés, questiona-se sob a ótica das legislações atinentes a matéria, se tal procedimento trata-se apenas de um erro formal passível de saneamento, ou se a mudança de prazo citado é um erro material insanável, visto que poderia ensejar prejuízo à fase competitiva do certame, considerando que outros licitantes em potencial poderiam ter interesse em um prazo menor que os 30 (trinta) anos previstos inicialmente.

b) Restou constatado que diante da inconformidade acima descrita, a Comissão Especial de Licitação, abriu o prazo de 8 (oito) dias úteis para que a única empresa participante do certame, realizasse as modificações na proposta apresentada, adequando as planilhas anexas de 30 para 25 anos.

Assim, questiona-se sob a ótica jurídica, se o procedimento adotado afrontou ao Princípio Constitucional da Publicidade aplicável às licitações públicas, uma vez que o §4º, do artigo 21 da Lei Federal nº 8.666/1993 dispõe que “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”.

Também questiona-se a legalidade do procedimento adotado pela Comissão Especial de Licitação, considerando eventual afronta aos Princípios da Moralidade e da Eficiência, no intuito de afastar a possibilidade da ocorrência de “jogos de planilhas”, considerando que licitante era a única participante do processo, e que o valor global apresentado por essa permaneceu inalterado, sendo ajustados apenas os prazos de vigência da proposta de contratação.



22. O Núcleo de Assessoramento Jurídico (NAJ) exarou a Nota Jurídica nº 378/2016, deixando destacado que com relação ao item 'a' da consulta então formulada, o mesmo já havia sido objeto de análise pela Procuradoria do IEF na Nota Jurídica n. 08/2015 (fls. 1699/1701), fato este ressaltado na Nota Jurídica 62/2015, também da Procuradoria do IEF.

23. E continua:

Acrescente-se que, em princípio, verifica-se que o Edital permitiu a apresentação de eventuais questionamentos, esclarecimentos e impugnação pelos interessados (fls.1168v). Nesse sentido, ao que parece, foi garantida a participação tanto de licitantes quanto de terceiros interessados perante a Comissão de Licitação acerca dos termos do Edital, com a devida análise dos requerimentos a ela apresentados (fls.1498/1566); refletindo, inicialmente, as características de ciência, manifestação e poder de influência, inerentes ao princípio do contraditório. Todavia, isso não afasta a possibilidade de **a autoridade competente** providenciar a devida revogação da licitação em seu juízo de conveniência e oportunidade, considerando a disparidade existente entre os 25 (vinte e cinco) anos constante do edital e a projeção de 30 (trinta) anos constante do anexo, que julgue eventualmente prejudicial à competitividade ou ao interesse público, nos termos do art. 49, caput, da Lei n. 8666/93; ou, ainda, providenciar a republicação do edital, nos termos do art. 21, §4º, da Lei de Licitações.

24. Com relação aos demais questionamentos constantes do OF.DG.IEF.SISEMA nº 258/15, o NAJ afirmou que:

De outro norte, o item 'b' resta prejudicado pela ausência de manifestação conclusiva da Comissão da Licitação a respeito dos dados técnicos suscitados na Nota Jurídica n. 62/2015, inclusive tendo sido salientada nesta expressamente a recomendação no sentido de que a "Comissão de Licitação confronte as propostas apresentadas, de modo a aferir se a segunda, a despeito de não superar o valor descrito no termo de referência, **mantém o teor da primeira**. É necessário que se ateste por ato motivado, com base em exigências parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto que não há discrepância entre elas, analisando a composição das mesmas, de modo a afastar qualquer eventual "jogo de planilhas", mecanismo que, como sabido, é rechaçado no ordenamento jurídico vigente" (fl.1908).

(...)

Por sua vez (e conforme salientado no OF.DG.IEF.SISEMA nº 258/15), eventual prejuízo não está restrito ao 'jogo de planilhas', podendo alcançar o princípio da eficiência ligado à seara econômico-financeira e inovação de dados da proposta, motivo pelo qual já havia sido explicitado na Nota Jurídica n. 62/2015 a necessidade de se demonstrar a viabilidade, exequibilidade e o cotejo das "propostas apresentadas"



com o fito de verificar se a segunda não alterou o teor da primeira e, ainda, se está de acordo com os termos do edital” (fl.1898). **Isto porque é possível que a Comissão constate no cotejo das propostas apresentadas eventual prejuízo à eficiência ou inovação de informação, afastando a posterior homologação do certame pela autoridade superior, nos termos do art. 43, §3º, da Lei nº 8666/93 . (g.n).**

25. E assim concluiu:

Ante ao exposto, haja vista as razões coligidas acima, entende-se que em relação ao item ‘a’ já existe nos autos manifestação jurídica e quanto ao item ‘b’, há prejudicialidade da consulta, porquanto ausentes dados técnicos conclusivos que são pressupostos necessários e imprescindíveis para a conclusão jurídica no caso em tela. Nesse contexto, cabe à Comissão de Licitação confirmar a total regularidade do processo licitatório; ou se houve irregularidade no certame relacionado a eventual jogo de planilhas ou prejuízo à eficiência ligado à dano econômico ou inovação de proposta no caso concreto. Cumpre-nos deixar clara a consequência de eventual prejuízo constatado pela Comissão de Licitação, nos termos do ordenamento positivado e da jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça, qual seja o vício do certame, garantido o contraditório e ampla defesa ao licitante.

Repise-se que a efetiva constatação de eventual vício que macule a regularidade do certame foge da alçada jurídica e já havia sido sugerido na Nota Jurídica (ainda pendente de resposta) n. 62/2015 anterior (fl.1898), a qual é reiterada nesta ocasião.

Ainda, saliente-se que cabe à autoridade superior em seu juízo discricionário de conveniência e oportunidade a revogação da licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente, nos termos do art. 49, caput, da Lei nº 8666/93, sem prejuízo da respectiva motivação; ou ainda, a reabertura do edital, nos termos do art. 21, §4º, do mesmo diploma legal.

26. Em seguida, em 02 de fevereiro de 2016, a Diretoria-Geral do IEF remeteu os autos à Comissão Especial de Licitações (MEMO.DG/IEF/SISEMA nº 50/16), solicitando manifestação nos termos da Nota Jurídica nº 378/2016, vejamos:

(...) a Comissão Especial de Licitações emita Nota Técnica atestando a viabilidade da proposta comercial, demonstrando ser a mesma exequível não apenas sob o aspecto formal, cotejando as propostas apresentadas com o fito de verificar se a segunda não alterou o teor da primeira e, ainda, se está de acordo com os termos do edital, afastando eventuais erros nas suas estimativas. (grifo nosso).

Nesse sentido, ratificamos o entendimento exarada na NJ-AGE nº 378/16 quanto à necessidade de emissão de um ato motivado que ateste



com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, principalmente a não discrepância entre as propostas apresentadas, de modo a aferir se a segunda, a despeito de não superar o valor descrito no termo de referência, mantém o teor da primeira.

Ainda, segundo aquela NJ-AGE nº 378/16, compete à Comissão Especial de Licitação esclarecer se efetivamente o processo licitatório foi totalmente regular; ou se houve algum vício no certame relacionada a “jogo de planilhas”, ou se ocorreu prejuízo à eficiência.

(MEMO.DG/IEF/SISEMA nº 50/16, fls. 2064)

27. A Comissão Especial de Licitações, em 29/04/2016, exarou o Ofício 01/2016 (fls. 2067/2085), **novamente inconclusivo**, aduzindo que:

Como consequência, no intuito de conferir a completa instrução do Procedimento Licitatório e esclarecer os pontos suscitados na Nota Jurídica nº 378/2016 (fls. 2054-2061), a Comissão de Licitação declara que, com os insumos disponíveis e os documentos colacionados aos autos da Licitação, não possui elementos suficientes para afirmar categoricamente quanto à existência ou não de jogo de planilha.

Quanto à existência de inovação de proposta no caso concreto, a Comissão de Licitação manifestou-se previamente, por meio da manifestação de 11 de dezembro de 2015 (fls. 1951-2009), no sentido de apontar as alterações realizadas na Segunda PROPOSTA COMERCIAL em comparação com a primeira PROPOSTAS COMERCIAL, inclusive elencado no item 3.5 da citada manifestação as alterações realizadas que não condiziam com os motivos que ensejaram a desclassificação da primeira PROPOSTA COMERCIAL.

28. E encerra sua manifestação remetendo nova consulta ao NAJ/AGE, nos seguintes termos:

Considerando a necessidade de Manifestação da Comissão e Licitação sobre as questões suscitadas na Nota Jurídica nº 378/2016 (fls. 2054-2061), assim como as alterações expostas no item 3.5 da Manifestação emitida pela Comissão de Licitação, as quais foram reiteradas no presente questionamento. A Comissão de Licitação solicita análise e orientação jurídica à Advocacia-Geral do Estado em relação às seguintes questões, a fim de conferir o correto entendimento, e, como consequência, poder se manifestar, posteriormente, acerca da inovação da proposta, da total regularidade do processo licitatório e do prejuízo à eficiência:

A. As alterações expostas no item 3.5 da Manifestação emitida pela Comissão de Licitação em 11 de dezembro de 2015 (fls. 1955-1974) e reiteradas no presente Ofício, sob a ótica das legislações atinentes à matéria, são caracterizadoras como inovação de proposta?

B. Considerando as duas linhas jurisprudenciais apresentadas no item 3.5 da Manifestação emitida pela Comissão de Licitação em 11 de dezembro de

Tércio Leite Drummond
Procurador do Estado
Coordenador do Núcleo de
Autarquias e Fundações
MASP 1.128.354-6 - OAB/MG 90.777



2015 (fls. 1955-1974), as alterações realizadas na segunda PROPOSTA COMERCIAL são consideradas legais? Isto é, modificações em proposta quando aplicado o art. 48, §3º, da Lei n. 8.666/93 estão restritas aos motivos que ensejaram a desclassificação?

C. Caso as alterações mencionadas sejam consideradas ilegais e tendo em vista que as decisões de classificação e de habilitação já foram proferidas pela Comissão de Licitação, sob o viés jurídico, qual o procedimento a ser adotado a seguir, bem como qual o sujeito competente para realizá-lo?

D. Caso as alterações mencionadas sejam consideradas legais e tendo em vista que as decisões de classificação e de habilitação já foram proferidas pela Comissão de Licitação; sob o viés jurídico, qual o procedimento a ser adotado a seguir, bem como qual o sujeito competente a realizá-lo?

29. Em seguida, foi exarado o Memo nº 709/2016/PROCURADORIA/IEF/SISEMA (cópia anexa), ao Diretor-Geral do IEF, remetendo às conclusões da NJ 62/2015 e da Nota Jurídica n. 378/2016 do NAJ/AGE, para que fosse dado prosseguimento ao feito, uma vez que as questões jurídicas já haviam sido superadas, entendendo que deveria ser o expediente remetido à Comissão de Licitação para manifestação conclusiva acerca das questões técnicas levantadas, possibilitando, em seguida a decisão daquela Diretoria quanto ao desfecho do certame.

30. No entanto, a Diretoria-Geral do IEF optou por remeter o expediente novamente ao NAJ, que se manifestou através do OFÍCIO/NAJ nº 573/2016 (fls. 2088/2091), destacando que as manifestações anteriormente exaradas já haviam solucionado as dúvidas postas, cabendo, naquele momento, à digna autoridade competente decidir em conformidade com os elementos presentes nos autos, confira-se:

Destarte, dúvidas não há a respeito da constatação levada a efeito pela Comissão de Licitação, segundo a qual *“as alterações da PROPOSTA COMERCIAL (...) são pautadas exclusivamente em novas decisões gerencial da Licitante.”*

E está claro que tais alterações *“não correspondem a consequências diretas ou indiretas às solicitações de adequação a proposta apresentadas na Ata de Julgamento (...).”*

Logo, se a Comissão Permanente de Licitação constatou irregularidade da nova proposta de forma clara e evidente, desnecessária se torna qualquer nova manifestação do NAJ/AGE, uma vez que, se a nova proposta é irregular e foi modificada sem guardar pertinência às solicitações de adequação que constaram da Ata de julgamento, há manifesta contrariedade à legislação de regência.

31. Posteriormente, retornaram novamente os autos com novos questionamentos, por meio OF.DG/IEF/SISEMA nº 326/16, que, conforme se



demonstrará, já foram parcialmente superados por meio das orientações jurídicas emanadas por esta Advocacia-Geral do Estado ao longo do procedimento, carecendo somente de manifestação conclusiva e decisória por parte das autoridades competentes.

32. Feitas essas considerações de ordem histórica, passemos à análise objetiva dos questionamentos apresentados.

II.2 – Questionamentos formulados através do OF.DG/IEF/SISEMA nº 326/16

A. Considerando que o art. 48, §3º da Lei 8.666/93 já fora aplicado ao caso em testilha, existiria margem jurídica para sua reutilização, caso haja uma segunda desclassificação da proposta do único licitante?

33. Vale assentar, inicialmente, a ausência de manifestação conclusiva por parte da CEL acerca da nova proposta comercial apresentada pela licitante às fls. 1712/1766, a despeito das orientações jurídicas exaradas por meio da Nota Jurídica nº 62/15, Nota Jurídica nº 378/16, Memo nº 709/2016/PROCURADORIA/IEF/SISEMA e Ofício/NAJ nº 573/16, que ficam na presente oportunidade ratificadas.

34. Ademais, cumpre anotar que o presente questionamento veio desacompanhado de qualquer manifestação por parte da área técnica ou das autoridades competentes, acerca dos elementos técnicos que justificariam a reaplicação do art. 48, §3º da Lei 8.666/93, confrontando-os com os elementos constantes dos autos, não cabendo à Advocacia-Geral fazê-lo, sob pena de adentrar nas competências administrativas inseridas na esfera de atribuições do gestor público.

35. Desta feita, a presente consulta jurídica será restrita aos aspectos exclusivos da juridicidade, no campo abstrato da norma, possibilitando às autoridades competentes uma compreensão dos pressupostos que autorizariam a (re)aplicação do art. 48, §3º da Lei 8.666/93, para que, então, diante das peculiaridades do caso concreto, possam avaliar a aplicabilidade ou não do referido dispositivo.

36. Eis o teor do art. 48, §3º da Lei 8.666/93:

Tércio Leite Drummond
Procurador do Estado
Coordenador do Núcleo de
Autarquias e Fundações
MASP 1.128.354-6 - OAB/ME 90.777



Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) valor orçado pela administração. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

37. A finalidade do referido dispositivo, como leciona Carlos Pinto Coelho Motta¹, é evitar os custos provocados por uma nova licitação, quando viável, aproveitando-se o procedimento anterior.

¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12 ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 605.



38. Maria Sílvia Zanella Di Pietro² também compartilha desse entendimento, ensinando que o art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93 busca *aproveitar o procedimento, evitando-se, na medida do possível, os custos provocados por um novo procedimento.*

39. Por oportuno, vale registrar que Marçal Justen Filho³ entende pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, em que ressalta que deveria a Administração reavaliar, inclusive, se os termos do edital não estariam sendo excessivos a ponto de levar à desclassificação ou, trazendo para o caso em tela, a ausência de outros concorrentes:

A regra infringe princípios constitucionais e não pode ser considerada válida. Uma vez verificada a existência de defeitos na documentação ou na proposta de todos os licitantes, a única solução cabível seria renovar o procedimento de seleção de interessados. A consequência seria, então, a extinção do procedimento licitatório. **Em princípio, a Administração deverá renovar a licitação, reavaliando inclusive os termos do instrumento convocatório (que, por excessiva sumariedade ou complexidade, pode ter sido fator relevante para a desclassificação).** Ou seja, o dispositivo transforma os anteriores licitantes em titulares de faculdade incompatível com regras e princípios constitucionais. Então, embora descumprindo as exigências, os licitantes 'desclassificados' adquiririam faculdade privativa de fornecer novas propostas. Verificar-se-ia uma espécie de tomada de preços entre pessoas pré-escolhidas e predeterminadas. Ora, suponha-se que um terceiro se encontre em condições de contratar com a Administração e não tenha participado da licitação. Desclassificadas todas as propostas, esse terceiro teria frustrado o direito de participar da nova formulação de propostas. Não se contraponha que o terceiro, se desejasse participar da licitação, deveria ter comparecido oportunamente. Se os que compareceram oportunamente formularam propostas defeituosas, a licitação está frustrada. As vantagens derivadas do comparecimento tempestivo já se exauriram: aqueles que compareceram oportunamente incorreram em defeitos.

Se todas as propostas foram desclassificadas, não há fundamento jurídico para restringir a apresentação de novas propostas apenas aos anteriores participantes. Essa restrição é indevida e ofende os princípios da isonomia, da moralidade e da competitividade. Impede indevida e injustificadamente a participação de interessados no procedimento licitatório.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista; D'ÁVILA, Vera Lúcia Machado. "Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos". 4ª Edição. Editora Malheiros, 2000, págs. 230/232.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. RT. 2016. 17ª edição. p. 1031/1032.



40. No entanto, prossegue:

De qualquer modo, a escolha da Administração deve ser cuidadosa e bem fundamentada. Considerando que as propostas se tronaram públicas, o princípio da competitividade fica afetado. Os interessados já têm conhecimento dos pontos fundamentais que nortearam as propostas dos competidores. A admissão da renovação das propostas não é obrigatória. Trata-se de faculdade outorgada à Administração, que deve avaliar, no caso concreto, a conveniência de sua utilização⁴.

41. Contudo, Carlos Pinto Coelho Motta⁵ aponta que a aplicação do referido dispositivo já se encontra consagrada; condicionando-se ao cumprimento, pelos licitantes, de requisitos na lei; de rituais de publicidade e isonomia; e apresenta inegáveis vantagens de ordem prática e econômica.

42. No mesmo sentido, pela possibilidade de aplicação do referido dispositivo, é a orientação do Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão nº 429/2013, Plenário, TC 045.125/2012-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 6.3.2013, que assim dispôs:

22. Nesse sentido, observo, a título de exemplo, que mediante a Decisão 907/2001 – Plenário (subitem 8.3) esta Corte firmou entendimento no sentido de que a reabertura de prazo para apresentação de novas propostas, nos termos previstos no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93, permite a ampla formulação delas, até mesmo quanto ao preço, não estando as novas propostas vinculadas às anteriores, entendimento esse mantido posteriormente quando o assunto voltou a ser discutido pelo Acórdão 526/2005 – Plenário, quando parecer de unidade técnica deste Tribunal propôs que esta Corte modificasse o entendimento adotado na Decisão 907/2001 - Plenário, passando a considerar que, na aplicação do art. 48, § 3º, da Lei 8.666/93, a nova proposta se limitasse a corrigir as falhas que ensejaram a desclassificação.

23. Logo, esta Corte não apenas confirmou a constitucionalidade do dispositivo, como também externou sua exegese acerca da formulação de novas propostas (fase de julgamento).

43. No caso em tela, a CEL, por entender que o projeto seria importante para a promoção de melhores soluções ao Estado para a conservação ambiental, desenvolvimento econômico-social da população do entorno das Unidades de Conservação e ampliação da oferta de serviços turísticos ao cidadão, decidiu pela

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª edição. RT. 2016. p. 1032.

⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12 ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 605.



abertura do prazo de 08 (oito) dias úteis, nos termos do art. 48, §3º da LLC, para que o único licitante, que teve sua proposta desclassificada, encaminhasse nova proposta comercial com as devidas correções dos pontos que se encontravam em desconformidade com o Edital (fls.verso 1704 e 1709).

44. Tal questão foi analisada pela Nota Jurídica nº 08/2015, da Procuradoria do IEF, e, como já ressaltado na Nota Jurídica NAJ nº 378/16, não adentraremos na correção ou não de seus termos.

45. Vale acrescentar, contudo, que a doutrina admite a utilização da faculdade⁶ contida no art. 48, §3º da Lei de Licitações quando há somente um licitante habilitado, confira-se:

Diante da norma do art. 48, §3º, da Lei 8.666, pergunta-se:

a)...

b) Na concorrência ou tomada de preços, havendo um único proponente que apresente proposta ou ocorrendo a inabilitação dos demais, resultando uma única proposta para julgamento e sendo essa única proposta ao final desclassificada, é possível o uso do art. 48 da Lei 8.666, dando-se ao único proponente desclassificado a apresentação de outra proposta escoimada dos vícios anteriores?

...

Quanto à segunda indagação proposta, o fato de existir um só proponente na concorrência ou tomada de preços ou ocorrendo inabilitação dos demais, não impede a aplicação do art. 48, §3º, da Lei nº 8.666. O intuito evidente desse dispositivo é o de aproveitar o procedimento, evitando-se, na medida do possível, os custos provocados por um novo procedimento. Assim, se uma só proposta restar e ela for inaceitável, não há qualquer impedimento a que a Administração dê ao licitante o prazo de 8 dias para que apresente nova proposta escoimada dos vícios. Até porque o dispositivo não fez qualquer distinção quanto ao número de propostas, não cabendo ao intérprete fazê-la.⁷

46. O Tribunal de Contas da União também já se pronunciou dessa mesma forma, conforme trecho do voto abaixo transcrito, Acórdão 3520/2013,

⁶ Há doutrinadores que entendem que a aplicação do referido dispositivo constitui um poder-dever da Administração Pública, valendo citar MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 12 ed. rev. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 605/606 e GUERRA, Evandro Martins. *Equalização de propostas nos procedimentos licitatórios – anotações sobre o parágrafo 3º do Artigo 48 da Lei de Licitações*. Fórum Administrativo Belo Horizonte. 2001, n. 10, v. 1, 1347/1348. Entendendo tratar-se de uma faculdade a aplicação do referido dispositivo PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª Ed. Editora Renovar. São Paulo: 2009. p. 564.

⁷DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista; D'ÁVILA, Vera Lúcia Machado. "Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos", 4ª Edição. Editora Malheiros. 2000., págs. 230/232.



Min. Rel. Aroldo Cedraz, que faz referência ao Acórdão 2048/2006-Plenário, Min. Rel. Benjamin Zymler, utilizado como referência pela CEL na Manifestação de fls. 1951/2009:

29. A aplicação do § 3º do art. 48 pressupõe a desclassificação de todas as propostas ou a inabilitação de todos os licitantes. O princípio da isonomia impede que a Administração faculte a renovação dos documentos ou das propostas quando houver licitantes habilitados ou classificados. Portanto, se um único licitante preencher os requisitos estabelecidos no edital, não se deve admitir o saneamento dos vícios por parte dos demais.

30. Além disso, a regra não pode ser aplicada relativamente a licitantes já excluídos em outras fases no curso da licitação. Desclassificada a proposta técnica da única participante do certame, não cabe facultar aos licitantes eliminados na fase de habilitação apresentar novos documentos ou novas propostas técnicas. Os licitantes inabilitados já foram excluídos da licitação e não devem ser reconvidados pela desclassificação da proposta técnica do proponente remanescente.

31. Outrossim, a existência de apenas um concorrente em determinada fase do certame, a meu ver, não desnatura a aplicação § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993. Ressalvados os casos de licitação na modalidade convite, onde se exige o número mínimo de três propostas aptas à seleção, a Lei nº 8.666/1993 não condiciona a validade de seus certames à participação de um número mínimo de licitantes. Tampouco se pode concluir que a permanência de um único participante se traduzirá em contratação pouco vantajosa para a Administração.

(TCU, Acórdão 3520/2013, 2ª Câmara – Relator Ministro Aroldo Cedraz, Data da Sessão 18/06/13)

47. Carlos Pinto Coelho Motta⁸ aponta jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 124.783-2, em que se entendeu pela possibilidade de aplicação do art. 48, §3º da Lei 8.666/93 quando restar um único licitante.

48. **Contudo, diferentemente do que foi relatado nos presentes autos, é imprescindível destacar que em todos os julgados supramencionados, bem como nos listados no item C do presente parecer, houve a participação de mais de um licitante em ao menos uma das fases do certame, pressupondo que houve competitividade em etapas anteriores, a princípio.**

⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Equalização de única proposta em procedimento licitatório*. Jurídica Administração Municipal. Lauro de Freitas/BA, ano IV, nº 6, junho/99, p. 28/30.



49. Aqui, abre-se um parêntese para fazer alguns apontamentos a respeito do princípio da competitividade e a respectiva vantajosidade da proposta ligada ao procedimento licitatório.

50. Romeu Felipe Bacellar Filho leciona que a licitação *traduz-se em uma competição que se orienta pelo princípio da isonomia, além de outros, no intuito de obter a proposta mais vantajosa para a Administração e, por outro lado, permitir que os interessados disputem, em igualdade de condições, a realização de negócios com a Administração*⁹.

51. Portanto, o administrador, na via procedimento licitatório, busca, através da competição, maximizar os recursos públicos, obtendo a proposta mais vantajosa para a Administração, não estando, assim, pautado apenas na legalidade, mas também na economicidade, conforme ensina Edgar Guimarães¹⁰:

É claro que o administrador está obrigado a obter, pela via dos procedimentos prévios ao contrato, uma boa negociação, pautada não só na legalidade, mas também na economicidade.

Trata-se, na verdade, do princípio da maximização dos recursos públicos, devendo o negócio ser levado a efeito com o proponente que melhor ofertou.

A licitação é um dos meios hábeis a proporcionar à Administração a concretização das suas relações contratuais. Trata-se, portanto, de processo, de competição prévia ao negócio contratual.

É necessária para possibilitar o controle da moralidade e probidade no processo de decisão administrativa, especialmente em relação àquelas que importam em despesas com recursos públicos.

52. Assim, denota-se que a competitividade e economicidade, entendida como a obtenção da melhor proposta para a Administração Pública, são alguns dos pressupostos do procedimento licitatório, além de outros.

53. Nessa linha, a Nota Jurídica NAJ nº 378/16, analisando os questionamentos apresentados pela Diretora-Geral do IEF à época, Dra. Adriana Araújo Ramos, por meio do OF.DG.IEF.SISEMA nº 258/15 (fls. 2.062 dos autos), e fazendo referência à orientação já realizada por meio da Nota Jurídica nº 62/15, informou que caberia à Comissão Especial de Licitação analisar, além de a nova proposta apresentada ser materialmente exequível, cotejando *as propostas apresentadas com o fito de verificar se a segunda não alterou o teor da primeira*

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

¹⁰ GUIMARAES, Edgar. Responsabilidade da Administração Pública pelo desfazimento da licitação. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 37.



e, ainda, se está de acordo com os termos do edital, afastando eventuais erros nas suas estimativas (fls. 1898), que a mesma não traria nenhum prejuízo à eficiência, relativo à economicidade, a partir do confronto das propostas apresentadas pelo Licitante, o que poderia levar ao reconhecimento da irregularidade do certame.

54. Noutra seara, a Nota Jurídica nº 378/16 apontou que, mesmo que a Comissão de Licitação ateste a regularidade da proposta, se “*constatada causa superveniente devidamente comprovada, pertinente e suficiente para justificar tal conduta*”, cabe “*à autoridade superior a respectiva revogação por razões de interesse público em seu juízo de conveniência e oportunidade, nos termos do art. 49, caput, da Lei nº 8666/93¹¹, sem prejuízo da respectiva motivação*”¹² (Nota Jurídica NAJ nº378/16).

55. Assim, tendo em vista o OF.DG.IEF.SISEMA nº 258/15 (fls. 2062), da Diretora Geral do IEF à época, ter sinalizado possível afronta “*os princípios da moralidade e eficiência*”, “*considerando que a licitante era a única participante do processo*”, salientou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser cabível a revogação de procedimento licitatório por falta de competitividade, o que pode ocorrer quando há a participação de um único licitante, ou mesmo quando há participação de mais de um licitante, se vislumbrado que a competitividade restou prejudicada, confira-se:

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO – REVOGAÇÃO – CONTRADITÓRIO. 1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público. 2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado. **3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido.** 4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. 5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado. 6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório. 7. Recurso ordinário não provido.(STJ - RMS: 23402 PR 2006/0271080-4,

¹¹ Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

¹² A motivação é fundamental consoante entendimento consolidado no TCU (Processo nº TC-002.145/2003-1. Acórdão nº 808/2003-Plenário; Processo nº TC-014.662/2001-6. Acórdão nº 2521/2003 – 1ª Câmara; e Processo nº TC-724.044/1994-9. Acórdão nº 99/1997 - Plenário).



Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 18/03/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2008)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MODALIDADE. PREGÃO ELETRÔNICO. REVOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPETITIVIDADE. POSSIBILIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Na hipótese dos autos, a Secretaria de Estado da Cultura instaurou pregão eletrônico para a aquisição de utilitários e eletrodomésticos. Após a habilitação das empresas licitantes, foi realizada a sessão pública de licitação, tendo sido classificadas as seguintes empresas: (a) Cibrel Comercial Brasileira de Refrigeração Ltda no Lote 1 – para a aquisição de móveis e equipamentos; (b) Kastelo Comércio de Manufaturados Ltda no Lote 2 – para a aquisição de persianas. **No entanto, o Governador do Estado do Paraná homologou apenas o Lote 1 e não aprovou o Lote 2, por entender que não houve competitividade neste último, tendo em vista a presença apenas de um único licitante.** Determinou, a seguir, fosse aberta vista, pelo prazo de cinco dias, à empresa interessada, em respeito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse contexto, a recorrente manifestou-se, requerendo a homologação do procedimento licitatório de que foi vencedora e, por conseguinte, sua contratação com o Estado. Todavia, seu pedido de reconsideração foi indeferido. Em seguida, foi revogado o Lote 2 do pregão eletrônico, com fundamento no art. 49 da Lei 8.666/93 e nas informações apresentadas pela Assessoria Jurídica da Casa Civil. 2. Não se configurou a alegada violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Isso, porque a revogação do pregão eletrônico ocorreu apenas após a manifestação da empresa que não obteve aprovação no certame. 3. Ainda que não tivesse sido respeitado o contraditório, o ato revogatório não estaria eivado de ilegalidade, porquanto a jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de revogação de licitação antes de sua homologação, faz ressalvas à aplicação do disposto no art. 49, § 3º, da Lei 8.666/93 ("no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa"). Entende, nesse aspecto, que o contraditório e a ampla defesa somente são exigíveis quando o procedimento licitatório houver sido concluído. Assim, "a revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado" (RMS 23.402/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008). **4. À Administração Pública, no âmbito de seu poder discricionário, é dado revogar o procedimento licitatório, por razões de interesse público.** Todavia, ao Poder Judiciário compete apenas avaliar a legalidade do ato, de maneira que lhe é vedado adentrar o âmbito de sua discricionariedade, fazendo juízo a respeito da conveniência e oportunidade, bem como acerca da efetiva existência de interesse



público. **5. A revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais.** 6. O art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de revogação do procedimento licitatório, em caso de interesse público, "decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta". Por sua vez, o art. 18, caput, do Decreto 3.555/2000, o qual regulamenta a modalidade de licitação denominada pregão, dispõe que "a autoridade competente para determinar a contratação poderá revogar a licitação em face de razões de interesse público, derivadas de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, mediante ato escrito e fundamentado". **7. No caso em exame, o Governador do Estado do Paraná revogou o pregão eletrônico, de forma fundamentada e com supedâneo nos referidos dispositivos legais e em parecer da Assessoria Jurídica da Casa Civil, entendendo pela ausência de competitividade no certame, na medida em que houve a participação efetiva de apenas uma empresa, o que impossibilitou a Administração Pública de analisar a melhor oferta e dar cumprimento ao princípio da proposta mais vantajosa.** **8. A participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso, porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis.** 9. "Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido" (RMS 23.402/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 2.4.2008). 10. Marçal Justen Filho, ao comentar o art. 4º da Lei do Pregão (Lei 10.520/2002), afirma que "poderia reconhecer-se, no entanto, que o legislador não vislumbrou possível a hipótese de um número reduzido de sujeitos acorrerem para participar do pregão. Tal pressuposição decorreu da presunção de que o mercado disputaria acesamente a contratação, em vista de versar sobre bem ou serviço nele disponível. Portanto, imagina-se que haverá um grande número de interessados em participar da disputa. Se tal não ocorrer, a Administração deverá revisar a situação para reafirmar se existe efetivamente bem ou serviço comum. **Dito de outro modo, o problema do número reduzido de participantes não é a ofensa a alguma vedação expressa à Lei, mas o surgimento de indício de que a modalidade de pregão é inaplicável e redundará em contratação pouco vantajosa para o interesse público. Deve investigar-se a divulgação adotada e questionar-se o motivo pelo qual fornecedores atuantes no mercado não demonstraram interesse em disputar o contrato**" (in Pregão - Comentários à legislação do pregão comum e



eletrônico, São Paulo: Dialética, 2003, p. 120). 11. Recurso ordinário desprovido.

(STJ - RMS: 23360 PR 2006/0269845-7, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 18/11/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação DJe 17/12/2008).

56. Assim, não podem as autoridades competentes fechar os olhos para as orientações jurídicas já realizadas em decorrência dos diversos questionamentos apresentados, devendo nortear suas decisões no sentido de respeitar a competitividade e a economicidade, entendida esta como a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, sem prejuízo dos demais princípios que regem as licitações (art. 3º da Lei nº 8.666/93¹³), sempre tendo em vista o atendimento ao interesse público.

57. Nesse sentido, e retornando ao objeto do estudo, em recente julgado do TCU, Acórdão nº 429/2013, Plenário, firmou-se que, apesar da orientação contida no Acórdão 2048/2006-Plenário (que entendeu pela possibilidade de aplicação do art. 48, §3º quando restar um único licitante), não há óbice para a Administração reabrir o certame, a fim de permitir a participação de um número maior de licitantes, confira-se:

9.4.2. o disposto no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993, por ser de aplicação facultativa, não cria óbices a que a Administração, em vez de empregá-lo, repita o certame com abertura de nova sessão pública para apresentação de propostas por um universo maior de licitantes, que se daria no mesmo prazo de oito dias úteis referido no dispositivo, uma vez que esse também é o prazo mínimo previsto pela Lei 10.520/2002 para a realização da sessão pública de recebimento das propostas, após a publicação do edital de licitação;

58. O Em. Min. Relator, em seu voto, deixou consignada, ainda, a seguinte orientação:

33. Assim, respeitada a inversão das etapas, o critério deve ser o mesmo. No pregão em tela, duas empresas tiveram suas propostas desclassificadas e uma classificada, porém inabilitada. Em casos como este, o ideal e recomendável seria a realização de uma nova licitação, para se permitir a participação de mais concorrentes e viabilizar a competição pela apresentação de sucessivos lances verbais de forma a reduzir o preço ofertado, já que o pregão em tela resultou em apenas uma proposta capaz de conduzir o certame à

¹³ 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.



etapa de habilitação. Porém, não se afasta a aplicação da Lei de Licitações, ainda que em prol da única licitante capaz de habilitar-se em uma segunda chance. A aplicação é facultativa e deve obedecer ao interesse da Administração.

34. Em que pese tal ponderação, não se pode negar que, em se aplicando, justificadamente e de forma subsidiária o disposto no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993, o entendimento que se coaduna com o dispositivo é aquele segundo o qual ocorre ou a repetição da etapa de classificação, com reapresentação de propostas por todos licitantes que tiveram suas propostas de preços desclassificadas, ou a repetição da etapa de habilitação, com todos os inabilitados, e não as duas etapas simultaneamente como adotado no pregão em exame. Vale ressaltar que o sentido da aplicação de tal dispositivo consiste em evitar a concretização, em definitivo, da chamada licitação fracassada, que é aquela em que embora acudindo interessados, todas as propostas sejam consideradas inabilitadas ou sejam desclassificadas, inexistindo, ao final, condições para a contratação do objeto desejado pela Administração.

35. É bom ressaltar, ainda, que não haveria impedimentos, de ordem legal, em se repetir o certame, com abertura de nova sessão pública para apresentação de propostas por um universo maior de licitantes, que se daria no mesmo prazo de oito dias úteis referido no dispositivo ora em exame, uma vez que esse também é o prazo mínimo previsto pela Lei 10.520/2002 para a realização da sessão pública de recebimento das propostas, após a publicação do edital de licitação. O dispositivo legal citado parece conferir maior benefício às licitações realizadas nas modalidades concorrência e tomada de preços, nos quais os prazos para apresentação de propostas são bastante superiores aos oito dias úteis previstos no art. 48, § 3º, ou no caso de convite, no qual o prazo para o saneamento das propostas consta expressamente reduzido a três dias úteis, em vez dos cinco dias úteis previstos para recebimento das propostas em caso de novo convite.

59. Verifica-se, portanto, que a utilização do §3º do art. 48 da Lei 8.666/93, apesar de se encontrar no âmbito do poder discricionário do administrador público, não afasta a necessidade de a Administração avaliar se reabertura de nova licitação, frente as peculiaridades do caso concreto, é a solução mais adequada para atender ao interesse público, visando a ampliação da competição, a fim de obter a proposta mais vantajosa para a Administração.

60. A respeito do ato discricionário, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

Atos discricionários [...] são aqueles cuja prática exige do administrador, por força da maneira como a lei regulou a matéria, que sopesa as circunstâncias concretas do caso, de tal modo que seja inevitável uma apreciação subjetiva sua quanto à melhor maneira de



proceder para dar correto atendimento à finalidade legal.¹⁴

61. Contudo, discricionariedade não se confunde com atribuição de liberdade absoluta ou irrestrita à Administração, visto que continua sendo regido pelas finalidades impostas pela lei. Neste sentido:

O legislador, como dito, encontra dificuldade, na maioria dos casos, para prever todos os casos e situações que possam ocorrer. Ante esta real e concreta impossibilidade, ele faculta ao administrador público a escolha da melhor solução ao se deparar com o fato concreto. Essa liberdade não é absoluta. O administrador não deve agir livremente em nome da discricionariedade. Deve se conter nos limites estabelecidos pela lei. Nessa faixa de conduta, cumpre ao agente escolher entre as várias alternativas que se lhe apresentam, aquela que melhor atenda à vontade genérica e abstrata da lei.¹⁵

62. Assim, a competência discricionária atribuída à Administração Pública exige, em todos os casos, o cumprimento de determinada função. Vale dizer, não há margem de discricionariedade no que diz respeito ao efetivo cumprimento da finalidade aprioristicamente consignada na norma, *in casu*, os princípios que regem as contratações públicas e o atuar da Administração, em especial: o da competitividade, da isonomia entre os licitantes, da obtenção da melhor proposta pela Administração Pública, da moralidade, da eficiência, da proporcionalidade e da impessoalidade.

63. Como visto, a finalidade do §3º do art. 48 da Lei 8.666/93 é evitar os custos provocados por uma nova licitação, aproveitando-se o procedimento anterior, quando viável, fortalecendo o princípio da eficiência (art. 37, *caput* da CR/88) e da economicidade (art. 70, da CR/88), evitando-se as delongas do procedimento licitatório. A respeito do tema, o TCU, no Acórdão 429/2013-Plenário¹⁶, já apontou que o exíguo prazo conferido pelo

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 382.

¹⁵ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 8ª. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 267.

¹⁶ Excerto do voto do Min. Relator no Acórdão nº 429/13 – Plenário, TCU:

35. É bom ressaltar, ainda, que não haveria impedimentos, de ordem legal, em se repetir o certame, com abertura de nova sessão pública para apresentação de propostas por um universo maior de licitantes, que se daria no mesmo prazo de oito dias úteis referido no dispositivo ora em exame, uma vez que esse também é o prazo mínimo previsto pela Lei 10.520/2002 para a realização da sessão pública de recebimento das propostas, após a publicação do edital de licitação. O dispositivo legal citado parece conferir maior benefício às licitações realizadas nas modalidades concorrência e tomada de preços, nos quais os prazos para apresentação de propostas são bastante superiores aos oito dias úteis previstos no art. 48, § 3º, ou no caso de convite, no qual o prazo para o saneamento das propostas consta expressamente reduzido a três dias úteis, em vez dos cinco dias úteis previstos para recebimento das propostas em caso de novo convite.



legislador no §3º do art. 48 da Lei 8.666/93, para fins de renovação das propostas, reflete maiores benefícios às licitações realizadas na modalidade concorrência e tomada de preços, cujos prazos para a apresentação de propostas são mais longos.

64. Assim, a aplicação do §3º do art. 48 da Lei 8.666/93 passa, necessariamente, por uma avaliação criteriosa, robusta e plenamente justificada por parte da Administração quanto à alternativa que melhor atende ao interesse público: (i) se a reabertura de nova licitação, visando a ampliação da competição e obtenção da proposta mais vantajosa; ou, (ii) se a reapresentação de nova proposta por parte dos licitante inabilitados ou desclassificados, conforme o caso concreto, nunca podendo perder de vista os princípios que regem as licitações e o atuar da Administração Pública (art. 3º, da Lei nº 8.666, e art. 37, da CR/88).

65. A respeito da reutilização do §3º do art. 48 da Lei 8.666/93 na mesma fase processual, Renato Geraldo Mendes¹⁷ aponta não haver nenhum óbice legal. Contudo, alerta, tal como destacado, que para tanto deverá restar devidamente demonstrado que essa opção se revela a mais conveniente e oportuna para o interesse público, vejamos:

2472. Contratação pública – Licitação – Aplicação da faculdade prevista no §3º do art. 48 – Mais de uma vez na mesma fase processual

A faculdade prevista no 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 pode ser exercida por mais de uma vez por inexistir óbice legal que impeça isso. Para tanto, deverá restar devidamente demonstrado que essa opção se revela a mais conveniente e oportuna para a tutela do interesse público.

66. Nesta mesma senda, advoga Joel de Menezes Niebuhr¹⁸, que ressalta, todavia, causar estranheza que os *licitantes disponham de prazo para corrigirem as suas propostas, e, ainda assim, as apresentem com defeitos, veja-se:*

Tem-se cogitado a possibilidade de oferecer aos licitantes o prazo previsto no §3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 duas ou mais vezes. Explicando melhor: as propostas de todos os licitantes foram desclassificadas, por efeito do que a Administração concedeu a eles o prazo para que elas fossem reapresentadas. Os licitantes reapresentaram suas propostas, que, ainda, nesta oportunidade, não atenderam ao edital. A questão é se a Administração pode repetir a benesse, concedendo novamente o prazo. A resposta é positiva, desde que a Administração evidencie que atua em benefício do interesse público, que a reabertura do prazo é a solução que melhor o contempla. É de causar estranheza

¹⁷ MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada, Notas e Comentários à Lei nº 8.666/93*. 8ª ed. Curitiba. Ed. Zênite, 2011, p. 791

¹⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 533/534.



que os licitantes disponham de prazo para corrigirem as suas propostas, e, ainda assim, as apresentem com defeitos. Sem embargos, há objetos complexos, cujas especificações técnicas são detalhadas em pormenor e que, por isto, podem levar à situação deste naipe, mostrando –se conveniente ao interesse público conceder o prazo do §3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 em mais de uma oportunidade.

67. A respeito do tema, assim dispõe Jessé Torres Pereira Júnior¹⁹:

Não há limitação legal ao número de desclassificações. Desde que alcance todas as propostas, a desclassificação poderá repetir-se até que as novas propostas sejam apresentadas livres dos vícios desclassificantes, ou que a Administração conclua que melhor atenderá ao interesse do serviço se proceder a nova licitação.

68. Assim, tal como já explicitado, a aplicação da faculdade prevista no §3º do art. 48 da Lei 8.666/93 por mais de uma vez, na mesma fase processual, necessita de uma análise técnica acurada por parte das autoridades competentes, com a demonstração irrefutável das razões de interesse público que poderiam autorizar, eventualmente, a reutilização de tal diligência, em detrimento da reabertura de uma nova licitação, a partir das peculiaridades do caso concreto - o que, de fato, não consta nos autos, valendo trazer para cá todas as considerações a respeito dos limites do ato discricionário realizado acima.

69. Como visto, o TCU, no Acórdão 429/2013-Plenário, apontou que a aplicação do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93 traz maiores benefícios às concorrências ou tomadas de preço, considerando o longo prazo para apresentação de propostas pelos eventuais licitantes, ao admitir a reapresentação das propostas em apenas 8 (oito) dias úteis. **No entanto, no caso em tela, a abertura das propostas se deu em março de 2015, portanto, há mais de um ano e meio, em total descompasso com o prazo assinalado na norma, afastando o eventual benefício do dispositivo em questão, o que deverá ser analisado pelas autoridades competentes.**

70. Ademais, não foi apontado pelas autoridades competentes, se em razão do decurso do prazo entre a data da apresentação da proposta e da primeira aplicação do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93 e a data de hoje, ainda persistem as premissas, as condições, os estudos e estimativas que levaram à abertura do procedimento licitatório, *ex vi* do disposto no art. 10, da Lei nº 11.079/04, o que pode exigir a abertura de nova licitação ou até mesmo sua revogação, por fato superveniente, o que pode se justificar até mesmo em virtude da alteração do

¹⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª Ed. Editora Renovar. São Paulo: 2009. p. 564.



cenário econômico vivenciado pelo Estado de Minas Gerais²⁰, tudo com vista a resguardar o interesse público:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1o do art. 4o da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

(...)

²⁰ Ex vi do Decreto nº 47.101, de 5 de dezembro de 2016, que decretou situação de calamidade financeiro no âmbito do Estado.



§ 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo (destacamos).

71. Nota-se, portanto, não haver no procedimento em questão qualquer demonstração por parte das autoridades competentes, fundada em elementos técnicos, e não meramente argumentativos, de que o interesse público estará mais bem resguardado no caso concreto com a reaplicação do disposto no art. 48, §3º, da Lei nº 8.666/93, aproveitando-se os atos válidos já praticados, prosseguindo, assim, com o certame, em comparação com a realização de nova licitação. Sob esse aspecto, não cabe a emissão de qualquer juízo de valor por parte da Advocacia-Geral do Estado, que, nos limites de sua análise jurídica, não pode definir qual a solução técnica e institucional mais consentânea com a satisfação do interesse público, sob pena de fazer as vezes do gestor.

72. Ressalte-se que todas as decisões da comissão e demais autoridades devem ser fundamentadas e amplamente divulgadas, a fim de que conste do procedimento as razões de decidir, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

73. Alerta-se, ainda, às autoridades competentes, a previsão contida na Lei nº 8.429/92, em seu art. 11, *caput*, que tipifica como ato de improbidade administrativa a conduta atentatória aos princípios da administração pública.

74. A esse respeito, cumpre advertir que eventual irregularidade no processo licitatório constatada pelos respectivos órgãos de controle e que não seja apontada pela Comissão de Licitação ensejará a sua possível responsabilidade solidária, nos termos do art. 51, §3º, da Lei nº 8666/93 senão vejamos:

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

(...)

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

75. No mesmo norte é o capítulo IV da Lei nº 8.666/93, em seus arts. 82 e seguintes.



76. Ainda, em virtude da escassez de jurisprudência a respeito da possibilidade de reaplicação do art. 48, §3º, da Lei n. 8.666/93 na mesma fase processual, cumpre às autoridades competentes avaliarem, sob sua inteira responsabilidade, a pertinência ou não de sua utilização, que exige, acima de qualquer consideração jurídica, um juízo de ponderação eminentemente técnico das autoridades envolvidas, cientes, todavia, dos riscos de não aprovação da medida pelos órgãos de controle, em especial diante da participação de um único licitante e do significativo lapso temporal transcorrido desde a data de apresentação das propostas.

77. Portanto, entende-se que a questão perpassa, necessariamente, pela imprescindível análise de conveniência e oportunidade das autoridades competentes, demonstrando que o interesse público estará mais bem resguardado com realização de nova licitação ou a reaplicação do art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93, diante das peculiaridades do caso concreto.

78. Tal exame pelas autoridades competentes passa, **sem prejuízo de outros que porventura julgarem pertinentes**, pela avaliação da manutenção das premissas, condições, estudos e estimativas que levaram à abertura do procedimento licitatório, *ex vi* do disposto no art. 10, da Lei nº 11.079/04, o que pode demandar a abertura de nova licitação ou até mesmo sua revogação, por fato superveniente, o que pode se justificar até mesmo em virtude da alteração do cenário econômico vivenciado pelo Estado de Minas Gerais, em razão do lapso temporal transcorrido entre a abertura da proposta comercial e da primeira aplicação do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93, e a data de hoje.

79. Ademais, devem as autoridades competentes avaliarem se, em decorrência da participação de um único licitante e do transcurso de tempo entre a data de apresentação das propostas e a data de hoje, seria ou não mais benéfico ao interesse público a reabertura de nova licitação ou a reutilização do art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93, considerando os princípios que regem as contratações públicas (competitividade, isonomia entre os licitantes, obtenção da melhor proposta pela Administração Pública, dentre outros) e a atuação administrativa (em especial, o da moralidade, da eficiência, da proporcionalidade e da impessoalidade), bem como os demais pressupostos para a eventual (re)aplicação do art. 48, §3º, da Lei n. 8.666/93 apontados ao longo do presente estudo.

80. Por fim, vale deixar registrado a eventual possibilidade de as autoridades avaliarem a conveniência ou não de realização de consulta ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 210 e ss da



Resolução TCE/MG nº 12/2008, acerca da possibilidade de reaplicação do §3º do art. 48 da lei nº 8.666/1993, devido à ausência de julgados sobre o tema.

81. São estas, pois, as considerações de ordem jurídica que se tem a apresentar com relação ao questionamento examinado neste item.

B - Diante da ausência de previsão expressa no texto legal, quem seria o agente competente para exarar a decisão que venha a desclassificar a segunda proposta comercial e conceder prazo para a apresentação de nova proposta, consoante o art. 48, §3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos?

82. A respeito da competência para decidir sobre a desclassificação da segunda proposta comercial, a questão já foi objeto de análise na Nota Jurídica nº 378/2016, pedindo vênias para sua transcrição, em razão de sua objetividade e clareza:

A fim de atender ao questionamento da DG/IEF (OF.DG.IEF.SISEMA nº 258/15) e conforme já salientado na Nota Jurídica n. 62/2015, esclarecemos que compete à Comissão de Licitação constatar eventual jogo de planilhas ou prejuízo à eficiência relativo à economicidade a partir do confronto das propostas apresentadas pelo Licitante (fls. 1898, 1904 e 1908). Com efeito, de acordo com as previsões contidas nos arts. 6º, XVI; art. 43, IV e §3º; art. 44 e art. 45, da Lei nº 8666/93, cabe à Comissão de Licitação, in verbis:

Art. 60 Para os fins desta Lei, considera-se:

...

XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

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

...

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

...

Tércio Leite Drummond 31
Procurador do Estado
Coordenador do Núcleo de
Autarquias e Fundações
MASP 1.128.354-6 - OAB/MG nº 777



§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Por sua vez (e conforme salientado no OF.DG.IEF.SISEMA nº 258/15), eventual prejuízo não está restrito ao 'jogo de planilhas', podendo alcançar o princípio da eficiência ligado à seara econômico-financeira e inovação de dados da proposta, motivo pelo qual já havia sido explicitado na Nota Jurídica n. 62/2015 a necessidade de se demonstrar a viabilidade, exequibilidade e o cotejo das "propostas apresentadas com o fito de verificar se a segunda não alterou o teor da primeira e, ainda, se está de acordo com os termos do edital" (fl.1898). Isto porque é possível que a Comissão constate no cotejo das propostas apresentadas eventual prejuízo à eficiência ou inovação de informação, afastando a posterior homologação do certame pela autoridade superior, nos termos do art. 43, §3º, da Lei nº 8666/93 .

83. Vale acrescentar ao que já foi posto, as disposições do art. 51 da Lei nº 8.666/93:

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

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

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

§ 3º Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se



posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.
§ 4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

84. Tanto é competência da Comissão Especial de Licitação julgar as propostas comerciais que o fez por duas vezes no caso em tela, conforme se denota das Atas de Julgamento de fls. 1703/1709 e 1767/1770.

85. Verifica-se, portanto, não haver nenhum questionamento jurídico a ser sanado quanto a este ponto, o que já havia sido esclarecido por meio da Nota Jurídica nº 378/2016, que apontou ser competência legal da CEL o julgamento das propostas comerciais, tudo com fulcro nos artigos acima referenciados.

86. No que se refere à competência para a aplicação do art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93, cumpre destacar que Ivan Barbosa Rigolin²¹ entende que compete à CEL realizá-lo. Joel de Menezes Niebuhr entende que a competência por ser da Comissão, do pregoeiro ou da autoridade competente, visto que a Lei nº 8.666/93 não aponta qual o agente específico para a prática do ato:

O §3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 enuncia que quem decide sobre a concessão do prazo para a correção das propostas é a Administração, sem indicar um agente administrativo específico. Logo, pode ser a Comissão de Licitação, o pregoeiro ou a autoridade competente²².

87. Contudo, vale ressaltar o entendimento de Marçal Justen Filho e Jessé Torres Pereira Júnior em sentido contrário, de que a competência para a aplicação do art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93 seria da autoridade responsável pela abertura do procedimento licitatório, visto que tal ato assemelhar-se-ia com uma dispensa de licitação ou a uma nova licitação, confira-se:

Jessé Torres Pereira Júnior tem integral razão, ao preconizar que a competência para determinar a aplicação do disposto no §3º não é da comissão de licitação. A autoridade superior é quem disporá de poderes para tanto, eis que a situação equivale a caso de dispensa de licitação. Mais precisamente, a decisão de não iniciar a nova licitação escapa aos poderes da comissão. Não impediria, porém, delegação de competência por parte da autoridade superior²³.

²¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Manual Prático de Licitação: Lei nº 8.666/93*. Ivan Barbosa Rigolin e Marco Túlio Bottino. 4 ed – São Paulo: Saraiva, 2002 p. 402.

²² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4 ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 533/534.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. RT. 2016. 17ª edição. p. 1032.



88. Jessé Torres Pereira Júnior²⁴ assim leciona:

Reformulo o entendimento anterior, no sentido de que a Comissão de Licitação pudesse, em nome da Administração, tomar a decisão de abrir o prazo legal para vinda de novas propostas ou documentos, presente a desclassificação ou a inabilitação de todos. Vejo, agora, que a solução correta é considerar tal ato alheio às competências da Comissão de Licitação. A uma, porque não se compadece, a rigor, com o rol referido nos arts. 6º, XVI, e 51. A duas, porque, para os efeitos da lei, Administração há de ser entendida nos termos do art. 6º, XII, nos quais se inclui, à perfeição, a Comissão. A três, porque o último ato de competência da Comissão, no julgamento, é o de classificar, ou desclassificar, as propostas (art. 43, V), após o que virão a homologação e a adjudicação pela autoridade competente. A quatro – e este o argumento definitivo –, porque a alternativa à reapresentação de documentos ou propostas é a de dar-se por frustrada a licitação, ou mesmo revogá-la, de molde a instaurar-se outro certa.

A Comissão não dispõe de elementos, nem de competência para buscá-los e decidir em função deles, para saber se o interesse da Administração compatibiliza-se com o encerramento do torneio ou se resultaria superiormente atendido pela tentativa de corrigir os defeitos que os frustrariam. Trata-se de análise meritória que somente a autoridade superior estaria em condições de realizar, apreciando a conveniência e a oportunidade, para decidir se determina o prosseguimento do certame com a concessão do prazo de emenda da documentação ou das propostas, ou se dá desde logo por encerrado.

89. Portanto, tendo em vista a excepcionalidade da matéria e o entendimento doutrinário *supra*, com vistas a evitar posteriores questionamentos, entende-se que a competência para avaliação e decisão quanto à eventual (re)aplicação do art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93 é da Comissão Especial de Licitação, devendo ser referendada pela autoridade competente para a abertura do procedimento licitatório.

90. Ademais, nessa mesma linha de raciocínio, mister seja encaminhado o expediente à Câmara de Orçamento e Finanças para deliberação a respeito da viabilidade técnica e financeira da reutilização do art. 48, §3º da Lei 8.666/93 no caso concreto, considerando o período de tempo transcorrido desde a data de apresentação das propostas e os dias de hoje, com fulcro no disposto no Decreto nº 47.077/2016, que assim dispõe:

Art. 3º – A COF tem como competência prestar apoio ao Governador na definição de diretrizes e estratégias de governo para a condução das

²⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª Ed. Editora Renovar. São Paulo: 2009. p. 564.



políticas orçamentárias, financeira e patrimonial, especialmente em relação aos seguintes temas:

(...)

IV – parcerias público-privadas;

(...)

Art. 4º – São atribuições da COF:

(...)

IV – deliberar sobre parcerias público-privadas no âmbito do Poder Executivo, especialmente em relação a:

a) aprovação de editais e projetos;

b) aprovação, aditamento e prorrogação de contratos;

C - Considerando cabível a aplicação do art. 48, §3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e as considerações do Ofício CJ/NAJ nº 573/2016, de 08/09/2016, é correto o entendimento que a nova proposta a ser oferecida pelo único licitante estaria restrita à correção dos vícios que deram razão à desclassificação (ata da Sessão da Concorrência de 16 de março de 2015) ou o empreendedor estaria autorizado a inovar em sua proposta, encontrando limites para tanto somente no edital de licitação?

91. Conforme destacado pela Comissão Especial de Licitação, na Manifestação de fls. 1951/2009 e 2067/2086, há dois entendimentos jurisprudenciais a respeito dos limites da renovação das propostas quando da aplicação do art. 48, §3º da Lei n. 8.666/93.

92. O primeiro, é no sentido de que o dispositivo autoriza a alteração total da proposta na reapresentação, assim, a nova proposta seria desvinculada da anterior. Neste sentido, confira-se o **Acórdão nº 277/2000**, Plenário, Relator Min. Bento José Bugarin; **Acórdão nº 907/2001**, Plenário, Min. Walton Alencar Rodrigues; **Acórdão nº 526/2005**, Plenário, Min. Lincoln Magalhães da Rocha, todos do Tribunal de Contas da União. No âmbito do Poder Judiciário, **MS 101386/CE** (2008.05.000142336), do TRF 5ª Região, Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima, 08/10/2009; **AG 2004.01.00.025352-1/DF**, TRF 1ª Região, Rel. Des. Selene Maria de Almeida.

93. Vale destacar que em todos os precedentes citados na manifestação constante do Ofício nº 01/16, fls. 2067/2085, que admitem a reformulação completa das propostas, há a participação de mais de um licitante, e têm por pressuposto preservar o sigilo das propostas e ampliar a competitividade.



94. Por outro lado, há uma segunda linha de decisões no sentido de que as modificações da nova proposta estariam restritas às questões que ensejaram a desclassificação, portanto, a proposta estaria vinculada à correção dos equívocos apontados na anterior. A respeito, confira-se os julgados AC123578/RN, TRF 5º Região, Des. Fed Manoel Erhardt (convocado), Sessão 04/04/2001; **Apelação em Mandado De Segurança, 1999.70.00.030585-4**, TRF 4ª Região, Des. Valdemar Capeletti, 27/03/02; **Agravo de Instrumento nº 70065422180**, 22ª Turma CC do TJRS, Rel. Marilene Bonzanini, 26/06/15; **Agravo Regimental nº 700656224967**, 22ª Turma CC do TJRS, Rel. Marilene Bonzanini, 20/08/15.
95. A doutrina também diverge a respeito do tema.
96. Ivan Barbosa Rigolin e Marco Túllio Bottino²⁵ dispõem que a faculdade do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93 autoriza a ampla reformulação das propostas, contudo, partindo do pressuposto que os demais licitantes já conheceriam as propostas dos demais:

A propósito do §3º do art. 48, que faculta à CJL conceder novo prazo de oito dias úteis (ou três, em caso de convite) aos licitantes quando *todas* as propostas forem desclassificadas, para que possam apresentar outras isentas dos defeitos, temos que essa faculdade significa em termos práticos a realização de *outra licitação*, apenas de proponentes já habilitados. Como a L. 8.666/93 não restringe as naturezas dos vícios havidos na primeira abertura dos envelopes n.º 2, **temos que praticamente pode existir uma reformulação total de todas as propostas desclassificadas, quanto ao que for (observe-se a generalidade dos incs. I e II do art. 48).**

Temos, então, que, numa licitação de menor preço, o preço e as condições de pagamento podem ser inteiramente refeitos (e deverão mesmo sê-lo por lógica, já que todos os participantes passaram a conhecer o preço de todos); numa de melhor técnica a proposta técnica pode também ser completamente reformulada; assim também nas licitações de técnica e preço, e de preço-base, onde tudo pode ser alterado nas novas propostas. Cabe bem - calha à fiveleta - aqui o algures muitas vezes injusto adágio segundo o qual onde a lei não distingue não é dado ao intérprete distinguir (para prejudicar alguém)".²⁶.

²⁵ Obra supra cit. *Manual Prático de Licitação*: Lei nº 8.666/93. 4 ed – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 402/403.

²⁶ In *Manual Prático de Licitação*: Lei nº 8.666/93. 4 ed – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 403



97. Jessé Torres Pereira Júnior²⁷ também defende a ampla reformulação das propostas, tendo em vista, contudo, a possibilidade de apresentação de proposta mais vantajosa para a Administração, conforme se verifica:

A nova proposta dos desclassificados limitar-se-á a alterar os itens motivadores da desclassificação, permanecendo válidos todos os demais da proposta anterior? Questão intrincada. Nas edições anteriores, registrei o entendimento de que as novas propostas somente poderiam emendar o vício gerador da desclassificação. Mas e se este vício por o preço (excessivo ou inexequível) ou, não o sendo, afetá-lo reflexamente? Parece-me, agora, que qualquer que seja o vício emendável, dever-se-ia admitir que os licitantes reapresentassem propostas reformuladas inclusive quanto ao preço. Seria o único meio de conciliar-se o princípio da competitividade com o do sigilo das propostas.

Com efeito, a essa altura, todos os concorrentes tornaram-se cientes das condições ofertadas pelas demais. Se todos estão desclassificados, a todos deve garantir-se a oportunidade de, sanando a irregularidade, disputarem o primeiro lugar com novos preços, que decerto terão de ser menores do que os anteriores, sob pena de saber-se, antecipadamente, quem seria o vencedor, se a ninguém fosse dado alterá-los. **Oportunidade que a toda evidência favorece o interesse da Administração em estimular o surgimento de propostas mais vantajosas, em harmonia com o edital.**

98. Em sentido contrário, entendendo pela impossibilidade de ampla reformulação das propostas, Maria Silvia Zanella Di Pietro²⁸ leciona:

Há que se observar que o art. 48, §3º, deve ser interpretado em seus estritos limites: ele não permite a substituição integral de uma proposta por outra; ele apenas permite que o vício que levou à inaceitabilidade seja corrigido naquele ponto específico. **A mesma exigência se faz independentemente de ser um só o proponente ou serem vários.** De outra forma, estariam sendo burlados os prejuízos da licitação.

99. O entendimento paradigma do Tribunal de Contas da União constante do Acórdão 907/2001, Plenário, que admite a ampla reformulação das propostas pelos licitantes, tem como pressuposto a preservação do sigilo das propostas, evitando-se que licitantes vencessem os certames por valores pouco inferiores aos demais colocados, confira-se:

²⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª Ed. Editora Renovar. São Paulo: 2009. p. 563/564.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; DOS SANTOS, Márcia Walquíria Batista; D'ÁVILA, Vera Lúcia Machado. "Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos". 4ª Edição. Editora Malheiros, 2000, págs. 230/232.



Nesse ponto a Comissão de Licitação cometeu a segunda irregularidade, pois, apesar de reabrir o prazo para as licitantes apresentarem novas propostas, conforme preconiza o § 3º do art. 48, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98, restringiu o alcance das modificações que poderiam ser feitas nas propostas, limitando-as apenas aos itens que deram ensejo à desclassificação. Isto é, a nova proposta deveria restringir-se a escoimar os vícios da primeira.

Para melhor compreensão da matéria, transcrevo a seguir o citado § 3º do art. 48:

‘§ 3º. Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.’

A princípio, a redação do dispositivo se apresenta dúbia.

No entanto, a única interpretação que se harmoniza com o princípio do sigilo das propostas, é a que autoriza a reabertura de prazo para a apresentação de novas propostas desvinculadas totalmente das anteriores.

Do contrário, o prévio conhecimento das propostas dos demais concorrentes permitiria que um dos licitantes, cuja proposta fosse desclassificada por irregularidade na composição do preço, ajustasse sua proposta de forma a ganhar a licitação a um preço somente pouco inferior ao segundo colocado. Isso foi justamente o que ocorreu no presente caso.

Para evitar essa situação, as novas propostas não poderão estar subordinadas ou vinculadas às anteriores. Reaberto o prazo em razão da desclassificação de todas as propostas, os licitantes poderão promover a ampla reformulação das propostas, inclusive quanto ao preço.

Portanto, o § 3º do art. 48 oferece uma nova oportunidade de apresentar propostas de preço, desprezando-se por completo as anteriores, que apresentavam vícios.

Somente dessa forma estará assegurado o sigilo das propostas.

Vale ressaltar que essa questão já foi apreciada pelo Tribunal (Decisão 277/2000 - Plenário, sessão de 12.4.00, Ministro-Relator Bento José Bugarin, Ata 13/2000), tendo sido determinado na oportunidade ao Departamento de Polícia Federal no Ceará a ‘fiel observância à Lei 8.666/93, em especial no que concerne à correta interpretação do seu art. 48, § 3º, o qual não obsta a ampla melhoria das novas propostas apresentadas, inclusive quanto ao preço’.

Dessa forma, mostra-se completamente equivocada a interpretação dada pela Comissão de Licitação.



100. Vale destacar que no Acórdão 526/2005 – Plenário, a unidade técnica sugeriu a revisão do posicionamento do TCU a respeito do tema, sob o argumento de que nem sempre a alteração das propostas traria preços mais vantajosos para a Administração.

101. Em seus argumentos, aduziu que este também é o entendimento de Jessé Torres Pereira Júnior²⁹, supra mencionado, que, ao defender a apresentação de novas propostas, parte do pressuposto que essa permissão ajudaria em propostas com preços menores para a Administração, o que necessariamente não é o que acontece.

102. E continua:

41. Assim, pesou na opção de entendimento do autor, o fato de ele considerar que a reformulação das propostas sempre traria preços mais vantajosos para a Administração, o que, repita-se, nem sempre ocorre.

42. Por outro lado, o espírito do § 3º do art. 48, com base na própria forma como é redigido, não é reiniciar o procedimento licitatório da origem, mas sim, dar continuidade ao procedimento. Assim entendido, ele não se apresenta inconstitucional, como critica Marçal Justen Filho.

(...)

44. Na medida em que se interpreta que o §3º do art. 48 permite a apresentação de propostas totalmente reformuladas, implicitamente defende-se que a aplicação desse dispositivo inicia o procedimento do zero sem, contudo, dar oportunidade a terceiros interessados. Ora, isso fere os princípios basilares da ampla competitividade e da isonomia. Por outro lado, se a interpretação for no sentido de que o dispositivo é uma continuidade do procedimento, não apagando o que já aconteceu, tem-se que esses princípios foram atendidos no momento da publicação do edital. Os licitantes não estariam apresentando novas propostas, mas aditando as propostas anteriores tão-somente no que se refere às falhas.

45. Decerto que haverá situações em que já se saberá, antes da apresentação das propostas escoimadas das falhas, qual será o vencedor, ou em que a potencialidade de vencer a licitação se restringirá a alguns licitantes, desestimulando os demais a retificarem suas propostas, mas, na etapa em que se encontra a licitação, em que já se resguardou o sigilo das primeiras propostas, que continuam válidas, não vejo ilegalidade ou inconstitucionalidade nisso. A apresentação das novas propostas deve-se restringir ao que determinou a desclassificação, podendo ser alterados itens que reflexivamente sejam atingidos pela correção das falhas, desde que comprovada a dependência.

46. Pergunta-se: haveria possibilidade de modificação do preço com base nessa interpretação? Sim, desde que a correção da falha ensejasse

²⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Ed. Renovar. São Paulo: 2003. 6ª edição. p. 502



a modificação do preço. Por exemplo, se a falha foi de confecção do móvel com material de qualidade inferior ao previsto no edital, a correção da falha implicaria necessariamente a alteração do preço para mais. Nesses casos, seria totalmente aceitável a alteração do preço. O licitante deveria demonstrar que a correção da falha levou a um aumento do preço.

47. Em relação ao preço, vale também abordar o caso em que ele foi o motivo determinante para a desclassificação, conforme ocorreu na Decisão nº 907/2001 - Plenário. Considero que, nessas situações, o licitante estará limitado a alterar seu preço apenas para atingir o limite de exequibilidade ou de preço aceitável. Do contrário, ele seria privilegiado em relação aos demais, bastando, para vencer, que colocasse o seu preço um pouco abaixo do potencial vencedor, o que feriria o princípio da isonomia.

103. No entanto, o eminente Min. Relator entendeu pela manutenção do entendimento da possibilidade de ampla reformulação das propostas, deixando, contudo, **consignado que a alteração de entendimento poderia advir a partir do exame de situações concretas**, conforme se verifica do excerto do voto abaixo transcrito:

37. Passo a considerar, agora, a proposta formulada na peça instrutiva no sentido de que o TCU “modifique o entendimento adotado na Decisão nº 907/2001 - Plenário, passando a considerar que, na aplicação do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93, a nova proposta dos desclassificados limitar-se-á a corrigir as falhas que ensejaram a desclassificação, permanecendo válida a proposta anterior quanto ao que não diga respeito a essa correção”.

38. Muito embora caiba enaltecer os argumentos levantados em prol dessa propositura, peço vênias, novamente, para deles discrepar. Ocorre que o pensamento desse Relator apresenta-se afinado com o raciocínio que sedimentou a construção do dito entendimento firmado na Sessão Plenária de 31/10/2001 (Ata 48/2001), razão pela qual o reproduzo nessa oportunidade, como segue:

(...)

39. A força motriz que motivou a instrução a propor a mudança do entendimento já declinado não é resultante de situação concreta haurida do exame do processo, mas sim de suposições consideradas possíveis pela signatária da peça instrutiva, como por ela dito na seguinte passagem do seu pronunciamento: “Não é possível afirmar que foi esse o caso dos autos, mas é possível que situações como essa possam ocorrer”.

40. A meu ver, propostas desse jaez, direcionadas para a mudança de entendimento firmado anteriormente por esta Corte de Contas, devem advir de conclusões alcançadas a partir do exame de situação ou situações concreta(s) e representativa(s) do ponto de vista operacional e estatístico em relação ao universo examinado.



(Acórdão 526/2005 - Plenário – TCU, Min. Relator Lincoln Magalhães da Rocha)

104. Assim, verifica-se dos diversos entendimentos acima que o âmbito de alteração das propostas, mediante aplicação do art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93, dependerá das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto.

105. No caso em tela, não há sigilo de proposta a ser preservado, visto a participação de um único licitante. Ademais, vale destacar que a Comissão Especial de Licitação, na Sessão de Julgamento de 16 de março de 2015 (fls. verso 1704 e 1709) apontou quais eram os motivos da desclassificação da proposta da licitante, decidindo, em seguida, pela abertura do prazo de 08 (oito) dias úteis para que o licitante encaminhasse nova proposta comercial, **com as devidas correções.**

106. Portanto, verifica-se que a CEL, à época, optou por limitar a abrangência da nova proposta a ser apresentada, mesmo porque, se se entendesse de outra forma (pela ampla reformulação), tal fato poderia servir como um *cheque em branco* para o licitante, ciente da inexistência de outros concorrentes, montar a proposta que melhor lhe aprouvesse, em detrimento do interesse público, da ampla competitividade, da obtenção de melhor proposta para a Administração Pública e da isonomia, não cabendo qualquer exame jurídico por parte desta Advocacia-Geral do Estado acerca dos motivos da decisão da CEL, firme na constatação de que "[o] mérito tem sentido técnico especialíssimo".³⁰

107. Este foi o entendimento assentado na Nota Jurídica NAJ nº 378/16 (fls. 2054/2061), que remete às considerações da Nota Jurídica nº 62/15 (fls. 1897/1917), vejamos:

De outro norte, o item 'b' resta prejudicado pela ausência de manifestação conclusiva da Comissão da Licitação a respeito dos dados técnicos suscitados na Nota Jurídica n. 62/2015, inclusive tendo sido salientada nesta expressamente a recomendação no sentido de que a "*Comissão de Licitação confronte as propostas apresentadas, de modo a aferir se a segunda, a despeito de não superar o valor descrito no termo de referência, mantém o teor da primeira. É necessário que se ateste por ato motivado, com base em exigências parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto que não há discrepância entre elas, analisando a composição das mesmas, de modo a afastar qualquer eventual "jogo de planilhas", mecanismo que, como sabido, é rechaçado no ordenamento jurídico vigente" (fl.1908).*

Nesse passo, a manifestação jurídica foi conclusiva (no sentido de que para o devido auxílio na tomada de decisão quanto à homologação do certame pela Diretoria Geral do IEF), sugerindo que "*a Comissão de*

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 82.



Licitações emita Nota Técnica atestando a viabilidade da proposta comercial, demonstrando ser a mesma exequível não apenas sob o aspecto formal, cotejando as propostas apresentadas com o fito de verificar se a segunda não alterou o teor da primeira e, ainda, se está de acordo com os termos do edital, afastando eventuais erros nas suas estimativas” (fl.1898).

(...)

Por sua vez (e conforme salientado no OF.DG.IEF.SISEMA nº 258/15), eventual prejuízo não está restrito ao ‘jogo de planilhas’, podendo alcançar o princípio da eficiência ligado à seara econômico-financeira e inovação de dados da proposta, motivo pelo qual já havia sido explicitado na Nota Jurídica n. 62/2015 a necessidade de se demonstrar a viabilidade, exequibilidade e o cotejo das “*propostas apresentadas com o fito de verificar se a segunda não alterou o teor da primeira e, ainda, se está de acordo com os termos do edital” (fl.1898)*. Isto porque é possível que a Comissão constate no cotejo das propostas apresentadas eventual prejuízo à eficiência ou inovação de informação, afastando a posterior homologação do certame pela autoridade superior, nos termos do art. 43, §3º, da Lei nº 8666/93³¹.

Com efeito, o prejuízo à eficiência restaria consolidado se constatado dano na seara econômico-financeira (ora questionado pela Diretoria Geral do IEF no OF.DG.IEF.SISEMA nº 258/15), norteador da atividade administrativa previsto na Carta Magna em seu art. 37, *caput*. A propósito, Maria Helena Diniz ensina que “*é da essência da Constituição ser limitadora dos poderes públicos, que não podem agir senão de acordo com ela. As normas constitucionais restringem a sua órbita de ação*”³².

108. Da mesma forma foi o entendimento constante do OFÍCIO/NAJ nº 573/2016 (fls. 2088/2091), que assim concluiu:

Destarte, dúvidas não há a respeito da constatação levada a efeito pela Comissão de Licitação, segundo a qual “*as alterações da PROPOSTA COMERCIAL (...) são pautadas exclusivamente em novas decisões gerencial da Licitante.*”

E está claro que tais alterações “*não correspondem a consequências diretas ou indiretas às solicitações de adequação a proposta apresentadas na Ata de Julgamento (...)*.”

Logo, se a Comissão Permanente de Licitação constatou irregularidade da nova proposta de forma clara e evidente, desnecessária se torna qualquer nova manifestação do NAJ/AGE, uma vez que, se a nova proposta é irregular e foi modificada sem guardar pertinência às

³¹ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

...

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

³² DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12.



solicitações de adequação que constaram da Ata de julgamento, há manifesta contrariedade à legislação de regência.

109. Portanto, com relação ao questionamento realizado, *se é correto o entendimento que a nova proposta a ser oferecida pelo único licitante estaria restrita à correção dos vícios que deram razão à desclassificação (ata da Sessão da Concorrência de 16 de março de 2015) ou o empreendedor estaria autorizado a inovar em sua proposta, encontrando limites para tanto somente no edital de licitação*, verifica-se que a decisão da CEL, ao aplicar o art. 48, §3º da Lei nº 8.666/93, determinando que a nova proposta a ser oferecida pelo único licitante deveria ater-se à correção dos vícios que deram ensejo à desclassificação, conforme Ata de Julgamento da sessão da Concorrência ocorrida em 16 de março de 2015, encontra respaldo na jurisprudência e na doutrina, e conforme considerações aqui realizadas, não havendo maiores ponderações de ordem jurídica a se apresentar, visto que as questões jurídicas já foram devidamente superadas nas Notas Jurídicas 62/15 e 378/16, devendo os autos do procedimento serem remetidos à Comissão de Licitação para manifestação de forma conclusiva a respeito dos aspectos técnicos levantados, para, em seguida, decisão da Diretoria-Geral do IEF quanto ao desfecho do certame.

III – CONCLUSÃO

110. Diante do exposto, são estas as considerações jurídicas pertinentes à interpretação da norma prevista no art. 48, §3º, da Lei n. 8.666/93, cabendo à autoridade consulente apreciar, em sua totalidade, cada um dos fundamentos, esclarecimentos e recomendações ora realizados.

111. Reitera-se que a decisão a ser adotada no caso concreto revela o exercício de típica competência discricionária, amparada no juízo de conveniência e oportunidade do gestor, que deverá se pautar, com a prudência que o caso requer, especialmente diante da participação de um único licitante, do tempo transcorrido desde a data da abertura do certame, nas justificativas e esclarecimentos técnicos a serem prestados pelos setores competentes.

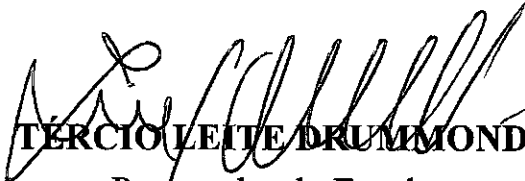
112. Quanto aos demais questionamentos, remeta-se o consulente às conclusões da Nota Jurídica nº 62/15 (fls. 1897/1917), Nota Jurídica NAJ nº 378/16 (fls. 2054/2061), e OFÍCIO/NAJ nº 573/2016 (fls. 2088/2091), bem como às considerações realizadas no corpo do presente parecer.



113. Registra-se, por fim, que a presente manifestação jurídica foi desenvolvida sob o prisma eminentemente opinativo, não vinculando, para todos os fins, as providências eventualmente adotadas pelas autoridades competentes, limitando-se à análise da prescrição legal e do entendimento doutrinário/jurisprudencial sobre a matéria, elementos estes que deverão ser conjugados com as informações técnicas constantes nos autos, estas sim determinantes para a tomada de decisão da autoridade administrativa.

É o parecer, *sub censura*, submetendo o mesmo à aprovação do Exmo. Sr. Advogado-Geral, tendo em vista o disposto no art. 3º, III, do Decreto nº 46.748/15³³.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2016.


TÉRCIO LEITE DRUMMOND
Procurador do Estado

Coordenador do Núcleo de Autarquias e Fundações - NAF/AGE
OAB/MG 90.777 / MASP 1.128.354-6

Aprovado em 12 de dezembro de 2016.


Procurador Chefe da Consultoria Jurídica


Advogado-Geral do Estado

³³ Art.3º Serão submetidos à aprovação do Advogado-Geral do Estado as manifestações dos órgãos de consultoria e assessoramento jurídico do Estado que:

(...)

III - se refiram a matérias de grande importância, impacto ou possibilidade de repercussão geral para a Administração Pública estadual, a juízo da autoridade administrativa competente e conforme prévia manifestação do chefe da unidade jurídica do órgão.



Siged = 9344 1371 2014

ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Instituto Estadual de Florestas - IEF

CÓPIA

Belo Horizonte, 16 de Junho de 2016.

MEMO nº 709/2016/PROCURADORIA/IEF/SISEMA.

De: Ana Sílvia Lima Azevedo – Procuradora Chefe do IEF

Para: João Paulo Mello Rodrigues Sarmiento – Diretor-Geral do IEF

Assunto: Concorrência PPP nº 2101003000026/2014 - Rota das Grutas Peter Lund.

Senhor Diretor-Geral,

Cumprimentando-o, encaminho o processo administrativo da Concorrência em epígrafe, instruído de 06 (seis) pastas contendo 2087 (dois mil e oitenta e sete) folhas (autuados pela Procuradoria a partir de fl. 2065, em obediência ao disposto no art. 19, da Lei n. 14184/02¹), tendo em vista que as questões jurídicas já foram enfrentadas nas Notas Jurídicas n. 62/2015, de 21/11/15 (fls. 1897/1917); e n. 378/2016, de 12/01/2016 (fls. 2054/2061), ratificando-as nesta oportunidade.

A propósito, a Nota Jurídica n. 62/2015 em sua conclusão sugeriu que "... a Comissão de Licitação emita Nota Técnica atestando a viabilidade da proposta comercial, demonstrando ser a mesma exequível não apenas sob o aspecto formal, cotejando as propostas apresentadas com o fito de verificar se a segunda não alterou o teor da primeira e, ainda, se está de acordo com os termos do edital, afastando eventuais erros nas suas estimativas".

No mesmo sentido, a Nota Jurídica n. 378/2016 entendeu que, *ipsis literis*:

"...cabe à Comissão de Licitação confirmar a total regularidade do processo licitatório; ou se houve irregularidade no certame relacionado a eventual jogo de planilhas ou prejuízo à eficiência ligado à dano econômico ou inovação de proposta no caso concreto. Cumpre-nos deixar clara a consequência de eventual prejuízo constatado pela Comissão de Licitação, nos termos do ordenamento positivado e da jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça, qual seja o vício do certame, garantido o contraditório e ampla defesa ao licitante. Repise-se que a efetiva constatação de eventual vício que macule a regularidade do certame foge da alçada jurídica e já havia sido sugerido na Nota Jurídica (ainda pendente de resposta) n. 62/2015 anterior (fl.1898), a qual é reiterada nesta ocasião.

Recebi em
16.06.16.
Patrick K.

¹ Art. 19. As páginas do processo serão numeradas seqüencialmente e rubricadas.

SA




ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO
Procuradoria do Instituto Estadual de Florestas - IEF

Ainda, saliente-se que cabe à autoridade superior em seu juízo discricionário de conveniência e oportunidade a revogação da licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente, nos termos do art. 49, *caput*, da Lei. nº 8666/93, sem prejuízo da respectiva motivação; ou ainda, a reabertura do edital, nos termos do art. 21, §4º, do mesmo diploma legal."

Nesses termos, encaminho-lhe o expediente para o prosseguimento do feito, uma vez que as questões jurídicas já foram devidamente superadas, entendendo que devam ser remetidos à Comissão de Licitação para manifestação de forma conclusiva acerca das questões técnicas levantadas; possibilitando, em seguida, a decisão dessa Diretoria quanto ao desfecho do certame.

Atenciosamente,


Ana Sílvia Lima Azevedo
Procuradora de Estado
Procuradora Chefe do IEF
OAB/MG 77.432/ MASP 1.207.107-2