



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná
4ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE UNIÃO DA VITÓRIA

Ofício nº 1187/2016
Ref.: Inquérito Civil nº MPPR – 0152.16.000864-4

União da Vitória, 15 de agosto de 2016.

Prezado(a) Senhor(a):

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do artigo 129, III e VI da Constituição Federal, art. 8.º, § 1º da Lei n.º 7.347/85, art. 26, I, da Lei 8.625/93 e art. 58, inciso I, letra b, da Lei Complementar n.º 34/94, vem por meio deste, encaminhar a Vossa Excelência a RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA em anexo.

Atenciosamente,

André Luis Bortolini
Promotor de Justiça

Excelentíssimo Senhor
Antonio Luis Szaykowski
Prefeitura Municipal
Cruz Machado – Paraná
CEP 84620-000

Rua: Cruz Machado, nº 493, 4º andar, União da Vitória/Paraná – CEP 84600-000 Fone/Fax (42) 35222349



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

RECOMENDAÇÃO ADMINISTRATIVA

Inquérito Civil sob n. MPPR-0152.16.000864-4

OBJETO: LICITAÇÃO CONCORRÊNCIA 04/2016 (PROCESSO 103/2016) – PODER EXECUTIVO DE CRUZ MACHADO/PR.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, por seu órgão de execução, ao final subscrito, no exercício de suas atribuições, com fundamento nos arts. 127¹ e 129, II,² da Constituição Federal, no art. 27, parágrafo único, IV,³ da Lei Federal 8.625/93;

CONSIDERANDO que esta Promotoria de Justiça instaurou Inquérito Civil sob n.º MPPR-0152.16.864-4, com vistas a apurar suposta irregularidade no processo licitatório de concorrência n. 04/2016, de Cruz Machado/PR (*objeto: "contratação de empresa especializada em serviços de engenharia para construção de Centro de Educação Infantil/pré escola - pro infância tipo 01, no distrito de Santana, conforme as especificações constantes em edital"*).

¹ "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

² "São funções institucionais do Ministério Público: II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia."

³ "No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: (...) IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito".



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

CONSIDERANDO que no item 1.2 do edital de licitação fez o Poder Público constar o seguinte: “8.1.3.5.2.: “A garantia de manutenção da proposta deverá ser apresentada fora dos envelopes junto com os documentos de credenciamento, sob pena de inabilitação.”.

CONSIDERANDO que das três empresas concorrentes no certame, duas delas foram inabilitadas, sendo que uma das empresas foi inabilitada por não ter apresentado a garantia exigida na forma do item 8.1.3.5.2. do edital fora do envelope de habilitação, junto com os documentos de credenciamento, apesar de ter informado à comissão de licitação que tal documento estava inserido no envelope com documentos para habilitação.

CONSIDERANDO que no item '1', 'a', do Edital convocatório, nominado 'documentos para credenciamento', destacou o Poder Público, em letra em caixa alta e negritada, aqueles documentos que deveriam ser entregues fora dos envelopes. Todavia, neste espaço deixou o Poder Público de exigir a apresentação de documentos relativos à garantia de manutenção da proposta fora dos envelopes, a qual, como dito, figurou apenas no item '8', nominado 'conteúdo envelope documentos da habilitação', em evidente falta de clareza, lesando o disposto no art. 40, VII, da Lei 8.666/92.

CONSIDERANDO que a Lei 8.666/93, em seu art. 31, III c/c art. 56, § 1º, estabeleceu a prerrogativa à Administração Pública de exigência de caução (na Seção II: 'Da Habilitação' - forma/natureza de 'documentação relativa à qualificação econômico-financeira'), nada obstando que tal documentação seja apresentada com os demais documentos pertinentes a



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

esta comprovação, no espaço atinente ao envelope de documentos habilitatórios.

CONSIDERANDO que a justificativa apresentada pelo Poder Público (motivação) para exigir a apresentação do citado documento fora do envelope de habilitação (*que é prática comum aos editais do Município e para evitar atraso e morosidade ao certame - fl. 51 do Inquérito Civil*) não se mostra plausível e, em última análise, fere o interesse público.

CONSIDERANDO que a referida exigência, bem como a consequente não aceitação da apresentação de tal garantia dentro do envelope de habilitação, representa violação dos princípios constitucionais da proporcionalidade/razoabilidade (*posto que desnecessária e/ou desproporcional*), e dos princípios da competitividade e da melhor proposta, posto que dada primazia a formalismo excessivo em detrimento da busca pela melhor proposta (indisponibilidade do interesse público).

CONSIDERANDO o disposto no art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93:

“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.”

§ 1º É vedado aos agentes públicos:



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº8.248, de 23 de outubro de 1991;” (grifo nosso)

CONSIDERANDO que quando dois princípios entram em colisão, o intérprete, com fundamento no critério de ponderação, deverá optar por um deles, sendo necessário considerar o peso relativo de cada um dos princípios aplicáveis ao caso.

CONSIDERANDO que o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, devendo ser interpretado em consonância com os demais princípios, principalmente os da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, tendo-se em mira sempre o objetivo precípuo da licitação: a seleção da proposta mais vantajosa.

CONSIDERANDO que o Poder Executivo de Cruz Machado, como dito, ao consignar a exigência suso mencionada, afastou-se da razoabilidade ou proporcionalidade e feriu o princípio da melhor proposta, posto que tal exigência não se afigura como indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais.

CONSIDERANDO que a proporcionalidade, como sabido, tem o intuito de evitar que a conduta seja excessiva, devendo-se praticar o ato na



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

proporção suficiente à consecução da finalidade preestabelecida na norma, sob pena de invalidação. Em outras palavras, deve a entidade prestigiar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade quando da interpretação da norma, no intuito de adotar a providência que mais se amolda ao fim por ela colimado, em detrimento da aplicação pura e simples do princípio do formalismo exacerbado.

CONSIDERANDO que “Não se pode imaginar a licitação como um conjunto de formalidades desvinculadas de seus fins. A licitação não é um jogo, em que se pode naturalmente ganhar ou perder em virtude de milimétrico desvio em relação ao alvo.” (SUNDFELD, Carlos Ari; PORTO NETO, Benedicto Pereira. “Licitação para concessão do serviço móvel celular”, p. 204). Nessa perspectiva, ainda que a licitação constitua um procedimento formal, não há como se olvidar que ela não caracteriza um fim em si mesmo. Ao contrário, é um instrumento para garantir o alcance de uma finalidade, qual seja, seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

CONSIDERANDO a lição de Marçal Justen Filho, que bem destaca os contornos do princípio do formalismo ao aduzir que: “Significa que o critério para decisão de cada fase deve ser a vantagem da Administração. Isso acarreta a irrelevância do puro e simples ‘formalismo’ do procedimento. Não se cumpre a lei através do mero ritualismo dos atos. O formalismo do procedimento licitatório encontra o conteúdo na seleção da proposta mais vantajosa. Assim, a série formal de atos se estrutura e se orienta pelo fim objetivado. Ademais, será nulo o procedimento licitatório quando qualquer fase não for concretamente

5



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

orientada para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração". E continua: "deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja adotada a estrita regulação imposta originariamente na lei ou no Edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento dos defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação." (JUSTEN FILHO, *Comentários...*, pp. 58 e 60).

CONSIDERANDO a posição do Tribunal de Contas da União:

"f) o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve ser analisado com cautela, sob pena da perpetuação de 'excessos' e de 'rigorismo formal'; g) cita que, segundo o Prof. Lucas Rocha Furtado, 'O princípio da vinculação ao instrumento convocatório não significa, no entanto, obrigar o administrador a adotar formalidades excessivas ou desnecessárias'. E mais, 'deve o Administrador usar seu poder discricionário - nunca arbitrário - e a sua capacidade de interpretação para buscar melhores soluções para a Administração Pública'; (...) j) como lembra, nesse mesmo diapasão foi o julgamento do Mandado de Segurança nº 5.418/DF, DJU de 01/06/1998, verbis 'Direito Público. Mandado de Segurança. Procedimento licitatório. Vinculação ao edital. Interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor prejudiciais ao interesse público ... O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes'; l) a Pregoeira cita, ainda, em favor da adjudicação, o Mandado de Segurança nº 5.606/DF, DJU de 10/08/1998, verbis: 'As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação de maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar,



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

entre várias propostas, a mais vantajosa. 2. Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal ... (...) Ademais, vale lembrar os entendimentos apontados pela Sra. Pregoeira, quanto à lição do Prof. Lucas Rocha Furtado e quanto à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (item 3, alíneas 'g', 'j' e 'l' supra), sobre a necessidade de se buscar a distinção entre vinculação às cláusulas editalícias e exigências desnecessárias. 9.1 Aliás, a exemplo da Decisão nº 472/95 - Plenário, Ata nº 42/95, citada pela Pregoeira (item 3, alínea 'i' supra), é farta a jurisprudência do TCU no sentido de relevar falhas e impropriedades formais dessa natureza. Tal tem sido o entendimento do Tribunal, em diversas assentadas, no sentido de que 'não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes' (Decisão nº 178/96 - Plenário, Ata nº 14/96, Decisão nº 367/95 - Plenário - Ata nº 35/95, Decisão nº 681/2000 - Plenário, Ata nº 33/2000 e Decisão nº 17/2001 - Plenário, Ata nº 02/2001).

CONSIDERANDO que se percebe, atualmente, uma tendência em tornar a licitação menos formalista, buscando-se mais a consecução da finalidade do certame do que o cumprimento de exigências meramente formais. Essa concepção restou cristalizada no Decreto Federal 5.450/05, que regulamenta a modalidade pregão em sua forma eletrônica na órbita federal, e em seu art. 25, § 4º, dispõe: "*para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova*". A regra esculpida no Decreto Federal acabou por atenuar o rigor do mencionado art. 43, § 3º. Com efeito, a



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

doutrina e a jurisprudência pátria têm defendido a atenuação dos rigores do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, cogitando-se o saneamento de meras falhas que não comprometam a habilitação ou a seriedade da proposta, no intuito de evitar o afastamento de licitantes que tenham condições de atender satisfatoriamente o objeto licitado, em privilégio ao princípio da competitividade, o qual é indispensável para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

CONSIDERANDO que, conforme ponderado pelo professor Jessé Torres Pereira Junior, tal solução deve ser estendida às demais modalidades:

A solução deve estender-se a todas as modalidades de licitação porque representará ganho inestimável de segurança jurídica e de razoabilidade no julgamento, reduzindo o teor de gincana com que alguns tratam os procedimentos licitatórios, à procura de falhas formais ou de irrelevâncias que em nada afetam a substância do certame, para dele afastarem concorrentes que poderiam ser portadores de propostas vantajosas para a Administração e, por conseguinte, para os contribuintes". (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Sessão Pública. GASPARINI, Diogenes (coord.). Pregão presencial e eletrônico. p. 113).

CONSIDERANDO, nesse compasso, que se o licitante demonstrou o cumprimento de determinada exigência, ainda que de forma diversa da solicitada, deve-se reputar satisfatória a atuação do indivíduo, não se cogitando sua inabilitação ou desclassificação em face de meras irregularidades, que em nada comprometem a segurança e idoneidade da proposta ou dos documentos apresentados.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

CONSIDERANDO os julgados do C. STJ, no sentido de afastar exigências desproporcionais, advindas de excessivo formalismo, tais como, as exaradas no REsp 657906 CE e AI 4873252 PR 0487325-2 (TJ-PR), apenas permitindo as formalidades necessárias e que protejam o interesse público, sem causar danos.

CONSIDERANDO que o ato administrativo que tenha sido praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico não pode ser mantido pela Administração, sendo ele nulo, demandando a sua invalidação, retirando-o do mundo jurídico de forma retroativa, excluindo-se tanto quanto possível os efeitos que tenha ele gerado.

CONSIDERANDO que orientações repetidamente sumuladas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal culminaram com a consagração de entendimentos segundo os quais "A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos" (Súmula 346) e, de forma mais completa e abrangente, aquele no sentido de que "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados o direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"(Súmula 473).

CONSIDERANDO que, em não se tomando decisão administrativa com vistas a anular o ato viciado, o Ministério Público provocará a tutela jurisdicional com tal finalidade, em busca da proteção ao interesse público.



MINISTÉRIO PÚBLICO

do Estado do Paraná

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de União da Vitória
Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público

RECOMENDA ADMINISTRATIVAMENTE este Órgão Ministerial ao Excelentíssimo Prefeito Municipal de Cruz Machado, Senhor Antonio Luis Szaykowaki, bem como a quem venha lhe suceder ou substituir no seu respectivo cargo:

I - Que, no limite de suas atribuições, **PROMOVA** a imediata **ANULAÇÃO** do certame licitatório Concorrência n.º 04/2016 (Processo 103/2016), promovendo-se novo processo administrativo de licitação, com respeito ao acima apontado.

II- **REQUISITA-SE** que, nos limites de suas atribuições, encaminhe resposta por escrito ao representante do Ministério Público local, no prazo de 05 dias, informando sobre o acolhimento ou não da presente recomendação, providência respaldada na previsão legal do artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.625/93, sob pena de adoção das providências extrajudiciais e judiciais aplicáveis à espécie.

São os termos da Recomendação Administrativa do Ministério Público do Estado do Paraná.

União da Vitória, 15 de agosto de 2016 (segunda-feira).

André Luís Bortolini
Promotor de Justiça