

PARECER PGE/MS/CJUR-SEL/Nº 012/2024

Processo nº 77/006.404/2024.

Interessada: Secretaria-Executiva de Licitações (SEL-SAD)

Assunto: Consulta acerca da possibilidade de aplicação da tese firmada no Parecer PGE/MS/PAA/Nº 119/2019 (aprovado com ressalvas pela Decisão PGE/MS/GAB/Nº 274/2019) aos processos regidos pela Lei nº 14.133/2021.

I – DOS FATOS:

A Secretária Executiva de Licitações, Muriel Moreira, consulta-nos a respeito da aplicabilidade da tese firmada no Parecer PGE/MS/PAA/Nº 119/2019 (aprovado com ressalvas pela Decisão PGE/MS/GAB/Nº 274/2019) aos processos regidos pela Lei nº 14.133/2021.

O referido parecer consignou que *“na licitação por itens em questão, na qual restaram fracassados ou desertos parcela deles em razão da defasagem dos valores do primeiro mapa de preços que não correspondiam aos preços de mercado, é possível a repetição do mesmo edital, uma vez que o falha que levou ao desinteresse na participação ou na desclassificação das propostas não estava nele presente”,* que *“essa repetição deve ser precedida da correção da falha que ocasionou a deserção e o fracasso de parcela dos itens, assim como de ampla divulgação”* e que *“é necessária a atribuição de nova numeração ao edital republicado”*.

Assim, concluiu-se que *“com o fim de evitar o desperdício de tempo e de recursos públicos, o mesmo processo administrativo licitatório deve ser utilizado, reaproveitando os atos nele praticados, com a correção daquilo que levou à frustração de parcela dos itens licitados, devendo providenciar novo edital com nova numeração”*.

Posteriormente, por meio CI/SUCOMP/SAD/ n. 183, de 30.11.2021, da lavra do Superintendente de Gestão de Compras e Materiais, foi solicitada a revisão do Parecer PGE/MS/PAA/n. 119/2019, para que *“fosse estabelecida a possibilidade de se promover um adendo ao edital, procedido da correção de falhas, sem a necessidade da elaboração de novo edital”*.

Com efeito, o Parecer PGE/MS/CJUR-SUCOMP/nº 031/2021 (aprovado pela Decisão PGE/MS/GAB/N. 270/2021) concluiu que não há fundamento jurídico suficiente para a revisão do Parecer PGE/MS/PAA/nº 119/2019 (aprovado com ressalvas pela Decisão PGE/MS/GAB/Nº 274/2019), na medida em que que o refazimento do certame por força de

deserção ou fracasso é um novo ato administrativo, motivo pelo qual demanda nova numeração sequencial.

Assim, considerando que o Parecer PGE/MS/PAA/nº 119/2019 foi exarado à luz da Lei nº 8.666/1993, a consulta versa, em síntese, acerca da manutenção da tese sob a égide da Lei nº 14.133/2021.

Eis, em linhas gerais, o relatório.

II – ANÁLISE JURÍDICA:

Quanto à aplicabilidade da tese delineada no Parecer PGE/MS/PAA/nº 119/2019, destaca-se, desde já, que é possível a aplicação das conclusões alcançadas, na medida em que, à luz da Lei nº 14.133/2021, permanecem hígidos todos os fundamentos apresentados.

Na realidade, a edição da Lei nº 14.133/2021 reforça substancialmente a viabilidade jurídica para que o gestor corrija os vícios existentes na fase preparatória e promova a republicação do edital.

Assim, passa-se a analisar as razões de fato e de direito que permitem a aplicação da tese à luz da Lei nº 14.133/2021, efetuando-se os acréscimos cabíveis, **sem prejuízo da manutenção de todos os precisos fundamentos adotados pelo Parecer PGE/MS/PAA/nº 119/2019.**

Em uma análise introdutória, é preciso verificar se a Lei 14.133 regula expressamente a matéria. Compulsando a novel legislação, constata-se que não há vedação ou autorização para que haja a republicação do edital após a licitação ser declarada deserta ou fracassada, com a correção de eventuais vícios no planejamento que tenham dado causa ao insucesso do certame licitatório.

Dessa forma, assim como na Lei nº 8.666/1993, inexistente vedação legal para a repetição da licitação, o que é um relevante critério hermenêutico para o deslinde da questão.

Com efeito, inexistindo vedação legal, exsurge o seguinte questionamento: é necessária autorização legal expressa para que o gestor promova a republicação do edital?

E a resposta é indubitavelmente negativa.

A doutrina contemporânea reconhece que a Administração Pública está jungida ao princípio da juridicidade, que altera a concepção clássica da legalidade administrativa e torna

desnecessária regra legal específica para habilitar toda e qualquer ação administrativa. A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição.

De acordo com as lições de Luís Roberto Barroso¹, o administrador pode atuar independentemente de expressa autorização legal, com base nos valores e nos princípios constitucionais, com o intuito de promover o interesse público:

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

No mesmo sentido leciona Ronny Charles²:

“a juridicidade vincula a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, permitindo uma margem maior de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento e para a satisfação das diretrizes apresentadas por ele, o que impõe, em casos que esta solução se justifique, a superação do dilema decorrente da retardatária identificação da suscitada irregularidade formal pela utilização dos princípios jurídicos envolvidos, fazendo uso da técnica da ponderação de interesses, a qual, além de solucionar colisões, mantém a normatividade das normas jurídicas, evitando a sua exclusão do ordenamento jurídico”

Diante da existência de vícios e falhas nos atos praticados ao longo do processo licitatório, **é imperioso assentar que a Lei nº 14.133/2021 possui como diretriz a promoção do saneamento**, impondo-se a anulação apenas diante da impossibilidade da convalidação, ou

¹ Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, n.º 11, p. 21-65, out.-dez./2005

² RONNY, Charles Lopes de Torres. Leis de licitações públicas comentadas. 14.ed. São Paulo: Juspodium, 2022. p. 420

seja, quando se está diante de vício insanável, na esteira do que consta do art. 55 da Lei nº 9.784/1999³ e do enunciado da Súmula nº 473 do STF⁴.

Comparativamente à Lei nº 8.666/1993, há, na Lei nº 14.133/2021, uma nítida opção legislativa em incentivar a sanatória de irregularidades e vícios apontados no processo licitatório, com diversas disposições que permitem o saneamento de falhas no certame⁵.

³ Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser **convalidados** pela própria Administração.

⁴ Súmula 473-STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

⁵ Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

(...)

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

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contiverem vícios insanáveis;

(...)

V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

(...)

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

(...)

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

Se é possível retificar o vício que atinge um ato administrativo, a regra é o seu saneamento. Em outras palavras, tratando-se de um vício ou irregularidade sanável, a autoridade competente deve promover a sua convalidação. Em sentido contrário, se a autoridade administrativa constatar que o vício é insanável, não é possível a republicação do edital e a repetição do certame.

No caso em tela, caso a Administração Pública constate que a deserção ou fracasso em relação a parcela dos itens decorreu de falha na fase interna (como, por exemplo, com uma pesquisa de preços defasada), o refazimento da licitação passa a se consubstanciar como verdadeiro dever-poder do gestor público.

Ademais, impende destacar que o planejamento é um dos pilares da Nova Lei de Licitações, cujo capítulo II versa especificamente sobre a fase preparatória, assentando que ela é norteada pelo planejamento⁶. Assim, a correção das irregularidades na fase interna promove a consecução do princípio do planejamento, que possui previsão expressa no artigo 5º da Lei nº 14.133/2021.

Nessa toada, tratando-se de vício sanável, a repetição do edital, após a correção das falhas encontradas, é medida que se encontra em consonância com o dever de saneamento que norteia a Lei 14.133/2021, em especial o artigo 71, I, que prevê que, encerradas as fases de julgamento e habilitação, a autoridade competente deverá determinar o retorno dos autos para o saneamento de irregularidades:

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;

No mesmo passo, na parte da Lei nº 14.133/2021 que trata do controle, o inciso I do §3º do artigo 169 prescreve que as linhas de defesa, “**quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento** e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a

⁶ Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

capacitação dos agentes públicos responsáveis”. O art. 147, caput, também assevera que, constatada irregularidade no procedimento licitatório, a regra é o seu saneamento⁷.

A título de reforço, o art. 24, III, do Decreto Estadual nº 16.119/2023, que versa sobre o Sistema de Dispensa Eletrônica fundamentado na Lei nº 14.133/2021, autoriza expressamente a republicação do procedimento no caso de deserção ou fracasso. Essa possibilidade demonstra que a repetição do procedimento já é medida adotada no Estado de Mato Grosso do Sul:

Art. 24. No caso de o procedimento restar fracassado, o órgão ou a entidade poderá:
I - valer-se, para a contratação, de proposta obtida na pesquisa de preços que serviu de base ao procedimento, privilegiando-se os menores preços, sempre que possível, e desde que atendidas às condições de habilitação exigidas;
II - fixar prazo para que os fornecedores interessados possam adequar as suas propostas ou sua situação no que se refere à habilitação;
III - republicar o procedimento.

Parágrafo único. O disposto nos incisos I e III do caput deste artigo poderá ser utilizado nas hipóteses de o procedimento restar deserto. (grifos nossos)

De fato, o reaproveitamento do procedimento licitatório se encontra em consonância com o giro pragmático do direito administrativo⁸, que estimula a Administração Pública a adotar soluções eficientes para os problemas que diuturnamente afetam a atividade administrativa, em detrimento de uma postura formalista e burocrática.

O procedimento licitatório não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento por meio do qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa para atingir determinado interesse público. Exigir que o gestor instaure um novo processo licitatório, com a repetição de todos os atos administrativos, é priorizar a burocracia e a ineficiência em contraposição ao interesse público.

À luz da perspectiva consequencialista prevista na LINDB, o impedimento de reaproveitamento da licitação, na realidade, enseja grave violação aos princípios da eficiência,

⁷ Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos

⁸ O giro pragmático do direito administrativo tem como objetivo, ao fim e ao cabo, matizar o idealismo excessivo e selar o compromisso do constitucionalismo democrático com a realidade. Buscar os melhores resultados práticos compatíveis com as finalidades legais, dentro dos limites e possibilidades abertos pelo texto normativo. (...) Esse objetivo só é alcançável se os aparatos do direito e do Estado levarem a sério, tanto em sua formulação abstrata como em sua aplicação prática, dados e circunstâncias da realidade (BINENBOJM, Gustavo. Revista Estudos Institucionais, v. 9, n. 3, p. 774 - 782, set./dez. 2023)

economicidade e proporcionalidade, cuja consequência prática é um desnecessário dispêndio de recursos públicos para que seja instaurado um novo procedimento licitatório.

Assim sendo, a revisão dos atos da fase preparatória em relação aos itens desertos ou fracassados (como a realização de nova pesquisa de preços) possui o condão de alterar a formulação das propostas, de modo que, em atenção ao princípio da isonomia e da competitividade, as modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, conforme prevê o artigo 55, §1º, da Lei nº 14.133/2021⁹:

Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

(...)

§ 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.

No mesmo sentido, Ronny Charles defende a necessidade de republicação do Edital¹⁰:

Havendo supressão de exigências do edital, capazes de alterar a formulação das propostas, faz-se necessária a republicação do instrumento convocatório. Mesmo quando não exista prejuízo direto às propostas formuladas, as alterações que possam repercutir na ampliação da competitividade, também exigem a republicação.

Da mesma forma, alterações em itens da licitação podem implicar em mudanças nas condições para ofertas das propostas, o que justifica a necessidade de republicação do edital, reabrindo-se o prazo para formulação de propostas

Nessa toada, reitera-se que o edital a ser republicado consiste em um novo ato administrativo, razão qual demanda nova numeração sequencial. Dessa forma, não é possível utilizar a mesma numeração do edital originário, devendo ser providenciada nova numeração.

Por derradeiro, **ALERTA-SE** que, em determinados casos, o vício que acarretou a deserção ou o fracasso, apesar de sanável, pode implicar na necessidade de refazimento de toda a fase preparatória ou de substancial parte dela. Ou seja, nesses casos, a mera correção do vício pode ensejar a necessidade de mudanças em outras partes do edital e/ou a realização de novos estudos ou pesquisas referentes à fase preparatória. Assim, **RECOMENDA-SE** que o gestor adote

¹⁰ Quanto à necessidade de republicação do edital, tema bastante explorado pelo Tribunal de Contas da União, confira-se os seguintes julgados: Acórdão 6750/2018 - Primeira Câmara; Acórdão 2032/2021 - Plenário; Acórdão 1914/2009 - Plenário; Acórdão 6613/2009 - Primeira Câmara; Acórdão 702/2014 - Plenário; Acórdão 1608/2015 - Plenário; e Acórdão 548/2016 - Plenário.

as cautelas necessárias para analisar, no caso concreto, se o vício/irregularidade que será convalidado com a republicação do edital não afetará outros atos praticados durante a fase preparatória.

III – CONCLUSÃO:

Ante o exposto, conclui-se que, com o advento da Lei nº 14.133/2021, permanece plenamente aplicável a tese firmada PGE/MS/PAA/Nº 119/2019 (aprovado com ressalvas pela Decisão PGE/MS/GAB/Nº 274/2019), no sentido de que, em caso de lotes fracassados e desertos, pode a administração rever atos da fase interna, tal como pesquisa de mercado, e proceder a repetição do mesmo Edital, somente para os itens frustrados, tendo como base novos preços de referência.

O edital deve ser republicado com nova numeração e ser divulgado na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, com fulcro no artigo 55, §1º, da Lei nº 14.133/2021.

Por derradeiro, **ALERTA-SE** que, em determinados casos, o vício que acarretou a deserção ou o fracasso, apesar de sanável, pode implicar na necessidade de refazimento de toda a fase preparatória ou de substancial parte dela. Ou seja, nesses casos, a mera correção do vício pode ensejar a necessidade de mudanças em outras partes do edital e/ou a realização de novos estudos ou pesquisas referentes à fase preparatória. Assim, **RECOMENDA-SE** que o gestor adote as cautelas necessárias para analisar, no caso concreto, se o vício/irregularidade que será convalidado com a republicação do edital não afetará outros atos praticados durante a fase preparatória.

Eis o parecer que submetemos à vossa apreciação.

Campo Grande (MS), 28 de maio de 2024.

Documento assinado digitalmente
 **RODRIGO LEITUGA DE CARVALHO CAVALCANTE**
Data: 28/05/2024 12:37:00-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Rodrigo Leituga de Carvalho Cavalcante
Procurador do Estado
CJUR/SEL

DECISÃO/PGE/MS/CJUR-SEL/Nº 044/2024

PARECER PGE/MS/CJUR-SEL/Nº 012/2024

Por seus fundamentos, externo concordância ao **Parecer PGE/MS/CJUR-SEL N. 012/2024**, de autoria do Procurador do Estado Dr. **Rodrigo Leituga de Carvalho Cavalcante**, o que faço com alicerce no art. 20, inc. VII, da LOPGE, e nos arts. 18, inc. VII e 7º, Anexo VII, do RIPGE.

Encaminhe-se o processo ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, para fins do art. 8º, inc. XVI, da LOPGE.

Campo Grande/MS, 28 de maio de 2024.

Documento assinado digitalmente
 **ANDRE LOPES CARVALHO**
Data: 28/05/2024 14:41:32-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

André Lopes Carvalho
Procurador-Coordenador Jurídico da PGE na SEL

DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 121/2024

PARECER PGE/MS/CJUR-SEL/Nº 012/2024

Processo: 77/006.404/2024

Interessada: Secretaria-Executiva de Licitações (SEL-SAD)

Assunto: Consulta acerca da possibilidade de aplicação da tese firmada no Parecer PGE/MS/PAA/Nº 119/2019 (aprovado com ressalvas pela Decisão PGE/MS/GAB/Nº 274/2019) aos processos regidos pela Lei nº 14.133/2021

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. ITENS DESERTOS OU FRACASSADOS. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO DE EDITAL. O PARECER PGE/MS/PAA/Nº 119/2019 (APROVADO COM RESSALVAS PELA DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 274/2019) CONTINUA APLICÁVEL PARA AS LICITAÇÕES FUNDAMENTADAS NA LEI Nº 14.133/21.

1. Mesmo após o advento da Lei nº 14.133/2021, permanece plenamente aplicável a tese firmada no Parecer PGE/MS/PAA/Nº 119/2019 (aprovado com ressalvas pela Decisão PGE/MS/GAB/Nº 274/2019): em caso de lotes ou itens fracassados ou desertos, pode a administração rever atos da fase interna, tal como pesquisa de mercado, e proceder a repetição do Edital para os itens frustrados, tendo como base novos preços de referência.

2. O edital deve ser republicado com nova numeração e ser divulgado na mesma forma de sua divulgação inicial, além de cumprir os mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, com fulcro no art. 55, §1º, da Lei nº 14.133/2021.

Vistos etc.

1. Com base no art. 8º, inciso XVI e no art. 9º, incisos II e III, da Lei Complementar Estadual nº 95/2001, e no art. 3º, inciso II, do Anexo I do Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado, **aprovo, por seus próprios fundamentos**, o PARECER/PGE/MS/CJUR-SEL/Nº 012/2024, elaborado pelo Procurador do Estado Rodrigo Leituga de Carvalho Cavalcante, com a aprovação da Chefia Imediata.

2. À Assessoria do Gabinete para:

a) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado prolator do parecer, bem como à Chefia imediata;

b) dar ciência do parecer analisado e da presente decisão à Procuradoria de Assuntos Administrativos (PAA), à Coordenadoria da PGE (COPGE) e às Coordenadorias Jurídicas, considerando eventual reflexo das questões ora tratadas nas suas atuações de orientação jurídica;

c) encaminhar os autos à consulente.

Campo Grande (MS), 04 de junho de 2024.

Ivanildo Silva da Costa
Procurador-Geral Adjunto do Estado do Consultivo

MANIFESTO DE ASSINATURAS

Esse documento foi assinado pelos seguintes signatários nas datas indicadas (Fuso horário de Brasília):

IVANILDO SILVA DA COSTA (CPF 433.015.332-72) em 05/06/2024 10:30:15 - Assinado externamente