



GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA – SEJUS
Comissão Especial de Licitação - CEL/RDC

SEJUS/CEL-RDC
N.º do Processo: 82231630
Fls. N.º: <u>0116</u>
Rubrica: <u>M</u>

RDC ELETRÔNICO N.º 001/2018 PROCESSO N.º 82231630

PARECER PGE

Assunto: Aplicação das disposições do §3º, do art. 48, da Lei 8.666/93 no âmbito da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Fis. Nº 2117

Processo nº 87085216

MP PROCESSO

8 2 2 3 1 6 3 0



Rubrica

PROTÓCOLO/SEJUS

PARECER PGE/PCA Nº 01190/2019

Ilustre Procuradora-Chefe:

1. Trata-se de processo administrativo encaminhado pela Secretaria de Estado da Justiça (SEJUS) no qual se solicita orientação jurídica desta Consultoria Administrativa sobre a possibilidade de aplicação do que disposto no art. 48, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93 às licitações regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações, instituído pela Lei Federal nº 12.462/2011.
2. O questionamento se justifica em razão da regra restritiva constante no art. 1º, § 2º, da legislação específica do RDC.
3. Caso seja possível a aplicação daquela regra nas licitações pelo RDC, foram formulados questionamentos adicionais à fl. 02, a saber:
 - A) "quem seria o agente administrativo específico a realização desse procedimento, a Comissão de Licitações, o presidente ou a autoridade competente?"
 - B) como "deverão ser os procedimentos de convocação para apresentação da documentação corrigida com fulcro no § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que o certame é realizado na forma eletrônica, não havendo possibilidade no referido sistema de retorno a fase de habilitação"?
4. É o breve relatório.
5. Inicialmente, cumpre esclarecer que a presente análise restringir-se-á ao caráter jurídico do objeto da consulta, os questionamentos expressamente formulados, não sendo considerados aspectos técnicos, econômicos ou de oportunidade e conveniência, cujo ônus recai sobre a

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Bairro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br -
Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2019.02.001164

87085216



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Fls. Nº 0117

Autoridade Consultente.

Nº PROCESSO

8 2 2 3 1 6 3 0

6. Dispõe o art. 48 da Lei Geral de Licitações:



Rubrica

PROTEGGELE/SEJUS

"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.

§ 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:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

§ 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.

§ 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."

7. A transcrição integral do art. 48, e não apenas a do seu §3º, se mostrou desde logo pertinente para mostrar que a pretensão absoluta do §

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br -

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2019.02.001164

87085216



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Nº PROCESSO

Fls. Nº

2119

8 2 2 3 1 6 3 0



Rubrica

PROCOLO/SEJUS

2º do art. 1º da Lei Federal nº 12.462/2011 não se sustenta, pois se admite a utilização subsidiária dos critérios de julgamento, acerca da exequibilidade das propostas, previstos no § 1º do art. 48 da Lei Geral de Licitações, às licitações pelo RDC, ante a lacuna sobre o ponto na legislação específica (art. 24).

8. Nesse sentido, além da doutrina especializada¹, o próprio regulamento posto no Decreto Federal nº 7.581/2011 explicitou essa aplicação subsidiária (art. 41), sendo presumível que essa aplicação seja realizada pelos demais entes políticos que utilizam o RDC por incidência direta da Lei Geral de Licitações, haja vista a ausência de vinculação, para eles, do poder regulamentar do Executivo Federal.

9. Inexistindo, pois, impedimento absoluto na aplicação subsidiária de normas da Lei Geral de Licitações no RDC, mostra-se legítimo investigar a adequação do regramento do art. 48, §3º, com o procedimento específico do RDC, bem como com seus objetivos principais.

10. Quanto ao primeiro ponto, sabe-se que o procedimento licitatório do RDC segue a lógica do Pregão (Lei Federal nº 10.520/2002): i) em regra, primeiro são verificadas as propostas; ii) etapa de disputa com lances sucessivos; iii) habilitação apenas do vencedor da etapa competitiva; iv) fase unificada de recursos.

11. O Colendo Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº

¹ BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do Regime Diferenciado de Contratações Públicas*: RDC: com ênfase no Decreto nº 7.581, de 11.10.2011, alterado pelo Decreto nº 8.251, de 23.05.2014, que regulamentou a Lei nº 12.462, de 5.8.2011: Lei do RDC. / Sidney Bittencourt - 2 ed. rev. e atual. - Belo Horizonte: Fórum, 2015, p.: "Em relação à avaliação da exequibilidade das obras, aplica-se a regra contida no disposto no §1º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993, repetida no art. 41 do Decreto nº 7.581/2011: Art. 41. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, consideram-se inexequíveis as propostas com valores globais inferiores a setenta por cento do menor dos seguintes valores: I - média aritmética dos valores das propostas superiores a cinquenta por cento do valor do orçamento estimado pela administração pública, ou II - valor do orçamento estimado pela administração pública."

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 - Barro Vermelho - Vitória - ES - Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 - Fax: 27-3636-5056 - e-mail: pge@pge.es.gov.br -
Website: <http://www.pge.es.gov.br>
NN 2019.02.001164

87085216



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Nº PROCESSO

Fls. Nº 2120

8 2 2 3 1 6 3 0

Rubrica

PROTOCOLO / SEJUS

429/2013 - Plenário, deixou claro que reconhece a compatibilidade desse procedimento do Pregão com a reabertura das fases quando todos os licitantes forem desclassificados ou inabilitados, indicando, ademais, os requisitos a serem observados, *in verbis*:

"20. *Conquanto ainda existam divergências acerca da aplicabilidade do referido dispositivo legal no âmbito da doutrina pátria, tanto no que tange às modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/1993 quanto no que se refere à sua aplicação ao pregão (há doutrinadores que defendem a inconstitucionalidade² do dispositivo, enquanto outros entendem que sua aplicabilidade no pregão é parcial³; havendo ainda um terceiro grupo que entende ser possível a aplicação ao pregão, sem restrições⁴), parece-me ter havido, de fato, irregularidade no procedimento adotado no pregão sub examine, neste específico aspecto, segundo se depreende de precedentes desta Corte ao apreciar situações envolvendo o emprego do dispositivo legal.*

21. *Cabe primeiramente salientar que referido dispositivo constitui norma de aplicação subsidiária ao pregão, por força do art. 9º da Lei 10.520/2002, e que este Tribunal, conforme precedentes julgados apontados a seguir, tem admitido sua aplicação tanto nas modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/1993, quanto em relação ao pregão.*

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*

² Conforme, por exemplo: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13ª. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 638.

³ Alexandre Cairo na obra coordenada por Gasparini entende aplicação completa ao pregão eletrônico e parcial ao pregão presencial, vez que este último limita os participantes da fase de lances, segundo o critério dos 10%: GASPARI, Diógenes (coord.). *Pregão presencial e eletrônico*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 351.

⁴ SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão e repescagem: uma possibilidade de aproveitamento do certame diante de fracasso ocorrido no procedimento*. Boletim de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: NDJ, mar/2007, p. 236-238.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br –

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2019.02.001164

87085216



Govorno do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Fls. Nº 227

Nº PROCESSO

8 2 2 3 1 6 3 0



Rubrica M
PROTOCOLO/SEJUS

propostas (fase de julgamento).

24. No que tange à sua aplicabilidade aos pregões, extraio da jurisprudência deste Tribunal precedentes julgados recentes em que esta Corte determinou a aplicação do dispositivo da lei de licitações aos pregões realizados com recursos federais, a saber:

24.1 - no Acórdão 536/2011 – Plenário, este Tribunal determinou a uma dada Prefeitura Municipal que “9.2.7. observe as disposições previstas no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993, no sentido de, quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de 8 (oito) dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, a fim de evitar ocorrências como a detectada no Pregão Eletrônico 193/09, item 25 (chá mate)”;

24.2 – no Acórdão 549/2011 – Plenário, restou explicitado que a Lei 10.520/2002 e os Decretos ns. 3.555/2000 e 5.450/2005, normas relativas ao pregão, não mencionam a possibilidade de nova convocação quando da desclassificação de todas as licitantes, ou de sua maioria, como na situação então apreciada, mas que nesses casos, de acordo com o previsto no art. 9º da aludida Lei, recorre-se à aplicação subsidiária do art. 48, § 3º, da Lei 8.666/199. Desse modo, restou consignada determinação ao órgão estadual fiscalizado que “9.2.2. doravante, nos procedimentos licitatórios atinentes a recursos federais, atente para o cumprimento do art. 48, § 3º, da mesma lei, considerando que, 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 livres das ocorrências impugnadas;

[...] 9. Acórdão: [...]

9.4.1. a aplicação do disposto no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993 no âmbito do Pregão Presencial 232/2012 se deu em desconformidade com os comandos previstos nesse dispositivo legal, vez que a regra ali prevista não pode ser aplicada a licitantes já excluídos em outras etapas no curso da licitação, sendo possível sua aplicação ou aos licitantes desclassificados, quanto houver desclassificação de todas as propostas, ou aos inabilitados, quando todos os licitantes participantes da fase de habilitação forem considerados inabilitados, e não a ambas as situações simultaneamente (inabilitados e desclassificados);

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

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br –

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2019.02.001164

87085216



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Fls. Nº 2122

Nº PROCESSO

8 2 2 3 1 6 3 0



Rubrica

PROTÓCOLO / SEJUS

propostas, após a publicação do edital de licitação;"

12. Vê-se, assim, que, em tese, não há incompatibilidade do art. 48, §3º, da Lei Federal nº 8.666/93 com o procedimento da licitação sob o Regime Diferenciado de Contratações, inclusive porque neste caso do RDC nem há a coincidência entre o prazo mínimo de oito dias úteis de publicidade da abertura do certame, como ocorre no Pregão, e a reabertura da fase com base naquele dispositivo.
13. Mesma conclusão, e de forma ainda mais manifesta, se alcança quando se verifica a estreita convergência entre os objetivos do RDC com o art. 48, § 3º, pois esse dispositivo tem a clara finalidade de permitir o aproveitamento das licitações, evitando seu fracasso, com a conseqüente perda da celeridade e da eficiência no provimento de bens e serviços necessários a uma boa administração pública.
14. Por seu lado, o próprio legislador explicitou dentre os objetivos centrais do RDC os de "*ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes*" (art. 1º, § 1º, I).
15. Vale considerar, inclusive, que a reabertura da fase de habilitação para tentar evitar o fracasso da licitação se mostra ainda mais propícia nas licitações no formato do RDC/Pregão, pois a etapa competitiva prévia pode ter trazido ótimos resultados para a economicidade da contratação, o que pode não se repetir numa eventual nova licitação, haja vista que as circunstâncias envolvidas (conhecimento prévio das propostas e dos limites de cada licitante) serão distintas – fatores esses a serem considerados quando da análise da aplicação do art. 48, §3º.
16. Portanto, não se verifica óbice jurídico na aplicação do art.

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550

Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br –

Website: <http://www.pge.es.gov.br>

NN 2019.02.001164

87085216



Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Fis. Nº 2123

8 2 2 3 1 6 3 0



Rubrica

M
PROTOCOLO / SEJUS

48, §3º, da Lei Geral de Licitações às licitações pelo RDC. Com relação às questões adicionais da consulta, cabem as seguintes considerações:

A) a reabertura da etapa fracassada, com base no art. 48, §3º, é uma faculdade da Administração, dependente, pois, de ato administrativo decisório, razão pela qual convém seja determinada pela autoridade competente para homologar a licitação;

B) considerando o caráter abstrato da consulta, e as limitações jurídicas desta análise, cabe apenas registrar, neste momento, que dificuldades técnicas ou operacionais do sistema eletrônico não devem impedir o exercício das prerrogativas legais da Administração, nem dos licitantes, sendo legítimas providências que promovam as adaptações necessárias, desde que sejam estabelecidas com clareza e ampla publicidade, a fim de não prejudicar a isonomia no certame.

É o Parecer.

Vitória, 19 de setembro de 2019.


LEANDRO MELLO FERREIRA
Procurador do Estado



fls. 9

FCSE/ES	13
GABINETE	
Fls. Nº:	
Nº Processo:	
E.:	

Governo do Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Estado

Fls. Nº 2125

Processo N.º: 87085216

Interessada: SEJUS

Assunto: Licitação - Regime diferenciado de contratação - RDC.

Nº PROCESSO

8 2 2 3 1 6 3 0



Rubrica

PROTOCOLO / SEJUS

À SEJUS,

No exercício da competência conferida por intermédio da Portaria PGE nº 056-S/2003, acolho o Despacho PGE/PCA nº 01409/2019, de fl. 12, da lavra da Ilustre Procuradora-Chefe em substituição da Procuradoria de Consultoria Administrativa – PCA, Dra. Katiuska Mara Oliveira Zampier Martinelli, que aprovou por seus próprios fundamentos o r. Parecer PGE/PCA nº 01190/2019, de fls. 04/10, de autoria do Ilustre Procurador do Estado Dr. Leandro Mello Ferreira.

Vitória, 23 de setembro de 2019.


MAIRA CAMPANA SOUTO GAMA

Subprocuradora-Geral do Estado para Assuntos Administrativos
(em substituição)

Gabinete / P.G.E.
Encaminhe-se a(o)

Em: 21/09/19

Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo
Av. Nossa Senhora da Penha, 1.590 – Barro Vermelho – Vitória – ES – Cep: 29057-550
Tel: 27-3636-5050 – Fax: 27-3636-5056 – e-mail: pge@pge.es.gov.br – Website: http://www.pge.es.gov.br
2019.02.001164

87085216