

<b>PROCESSO Nº:</b>	@REC 19/00560450
<b>UNIDADE GESTORA:</b>	Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional - Rio do Sul
<b>RESPONSÁVEL:</b>	Elias Souza
<b>INTERESSADO:</b>	Agência de Desenvolvimento Regional de Rio do Sul - ADR - Rio do Sul
<b>ASSUNTO:</b>	Representação - art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93 - Processo recorrido: @REP 18/00646906
<b>PROCURADOR:</b>	Rory Klay Sant Ana
<b>PROPOSTA DE VOTO:</b>	GAC/LRH - 960/2020

**RECURSO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. IRREGULARIDADES EM EDITAL. MULTAS. CONHECER E NEGAR PROVIMENTO.**

A exigência de atestados técnicos para parcelas do objeto passíveis de subcontratação, bem como para serviços sem relevância técnica, é irregular.

É indevida exigência de comprovação de retirada de documentos em data anterior a abertura do certame.

A garantia de proposta não pode ser exigida em data anterior à realização da abertura licitação

## I. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Reexame interposto pelo Sr. Elias Souza, Secretário Executivo da Agência de Desenvolvimento Regional de Rio do Sul (ADR – Rio do Sul) no exercício 2018, por seu procurador, em face do Acórdão n. 54/2019, exarado nos autos do processo @REP 18/00646906, que trata de representação formulada pelo Sr. Elisandro Galvan acerca de supostas irregularidades no Edital de Tomada de Preços n. 10/2018 que tem por objeto a ampliação e reforma da EEB Cecília Berthahildegard Cardoso no município de Lontras.

O Acórdão nº 054/2019 foi publicado no DOTC-e nº em 07/05/2019, e apresenta com o seguinte teor:

**O TRIBUNAL PLENO**, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, decide:

1. Revogar a medida cautelar concedida por meio da Decisão Singular n. GAC-652/2018, ratificada pelo Tribunal Pleno na Sessão de 27/08/2018.

2. Considerar Procedente a Representação formulada pela pelo Sr. Elisandro Galvan acerca de supostas irregularidades no edital no Edital de Tomada de Preços n. 10/2018 que tem por objeto a ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegard Cardoso no Município de Lontras/SC, no valor de R\$ 2.541.000,61, publicado pela ADR de Rio do Sul.

3. Aplicar a pena de multa, nos termos do art. 70, II, da Lei Complementar nº 202/2000, e art. 109, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas, ao **Sr. Elias Souza** - Secretário Executivo da ADR de Rio do Sul, de 19/04/2018 a 01/01/2019, inscrito no CPF sob o n. 453.926.929-15, fixando-lhe o **prazo de 30 (trinta) dias**, a contar da publicação do Acórdão no Diário Oficial Eletrônico - DOTC-e, para comprovar ao Tribunal de Contas o **recolhimento ao Tesouro do Estado as multas cominadas**, sem o que, fica desde logo autorizado o encaminhamento da dívida para cobrança judicial, observado o disposto nos arts. 43, II, e 71 da Lei Complementar (estadual) nº 202/2000, em face das seguintes irregularidades, que configuram violação ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993:

3.1. R\$ **1.136,52** (mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e dois centavos), em razão da indevida exigência de atestados técnicos para parcelas do objeto passível de subcontratação e serviços sem relevância técnica;

3.2. R\$ **1.136,52** (mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e dois centavos), em face da indevida exigência de comprovação de retirada de documentos em data anterior a abertura do certame;

3.3. R\$ **1.136,52** (mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e dois centavos), em fave da exigência de comprovação de garantia da proposta em data anterior a abertura do certame.

4. Recomendar ao Gestor da Agência de Desenvolvimento Regional de Rio do Sul, ou a Unidade que venha a substituí-la em razão da reestruturação Administrativa do Estado que, em futuros procedimentos licitatórios, deixe de contar as seguintes exigências:

4.1. Atestados técnicos para serviços tipicamente subcontratados e serviços sem relevância técnica;

4.2. Comprovação de retirada de documentos protocolada em data anterior a abertura do certame;

4.3. Comprovação de garantia da proposta em data anterior a abertura do certame.

5. Dar ciência da Decisão ao Representante, à Agência de Desenvolvimento Regional de Rio do Sul e ao Controle Interno do Estado (Secretaria de Estado da Fazenda

As razões recursais foram analisadas pela Diretoria de Recursos e Revisões - DRR, que expediu o Parecer DRR 97/2019 (fls. 23-40), através do qual

concluiu pela presença dos pressupostos de admissibilidade para, no mérito, negar-lhe provimento.

O Ministério Público de Contas manifestou-se através do Parecer MPC/DRR/1804/2020 (fls. 41/42), anuindo, ao fim, às conclusões da área técnica.

É o relatório.

## **II. DISCUSSÃO**

### **2.1 Pressupostos de admissibilidade**

O Recurso de Reexame tem previsão legal no art. 80 da Lei Complementar Estadual nº 202/00, é o adequado em visto que deliberação impugnada foi proferida em processo de controle de ato administrativo, sendo a parte legítima para a sua interposição, pois constata-se a condição de responsável do recorrente, em conformidade com o disposto no art. 133, § 1º, “a”, da Resolução N.TC - 06/2001.

O Acórdão em discussão foi publicado na imprensa oficial em (DOTC-e) n. 2.648, em 07/05/2019, e a peça recursal protocolada em 06/06/2019, portanto, tempestiva, pois respeitou o recorrente o prazo recursal de 30 dias. O recurso obedece, ainda, ao requisito da singularidade.

Destaco, assim, que estão presentes os requisitos de admissibilidade do presente recurso, em consonância com Parecer da DRR e do Ministério Público de Contas.

### **2.2 Preliminares**

#### **2.2.1 Decadência**

Sustenta o recorrente que o direito de representação perante este Tribunal estaria atingido pela decadência, tendo em vista que o representante não impugnou o edital no prazo de 5 (cinco) dias úteis anteriores a data fixada para da licitação, conforme art. 41 da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, assiste razão à DRR ao concluir que o fato de que qualquer interessado não ter impugnado o edital perante a Unidade Jurisdicionada responsável pelo certame, não impede de buscar a revisão do ato apontado como irregular perante o Poder Judiciário, ou Tribunal de Contas, tendo em vista os níveis de competência de controle de legalidade, legitimidade e economicidade.

Sendo assim, não deve prosperar a preliminar de decadência suscitada, tendo em vista que o direito de representação decorre de expressa previsão no § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/93, onde não consta qualquer limitação ou restrição nesse sentido.

### **2.2.2. Perda de Objeto**

Alega o recorrente que após a formulação da representação perante essa Corte de Contas<sup>1</sup>, bem como em razão dos recursos administrativos interpostos perante à Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional - Rio do Sul teria revisado questões relativas à capacidade técnica exigida no edital, restando afastadas as irregularidades apontadas e impedindo qualquer prejuízo aos interessados em participar do certame.

Todavia, conforme constata a DRR, o recorrente não trouxe aos autos qualquer prova de modificação do edital no sentido de corrigir as três exigências consideradas irregulares por parte deste Tribunal de Contas.

---

<sup>1</sup> Protocolada em 09/08/2018.

Ao contrário, conforme se verifica do voto do relator do processo REP 18/00646906, de lavra do Conselheiro César Filomeno Fontes, que fundamentou o acórdão recorrido, a aplicação das multas decorrentes se deram justamente em razão da não supressão das referidas irregularidades do edital. Senão vejamos:

Na fase de recursos foram aceitos atestados de serviços similares e o número de empresas habilitadas passou de duas para cinco. Apesar disso, não houve a reparação da irregularidade, já que a exigência não foi extirpada do edital e outras empresas interessadas no objeto podem não ter vindo ao processo justamente em razão de tal exigência (Fl. 227 do REP 18/00646906).

Por essas razões, assim concluiu a DRR:

Ademais, considerando a gravidade das irregularidades apontadas no acórdão recorrido como existentes no edital, eventual correção dessas, necessariamente, repercutiria na sua republicação, bem como na reabertura de prazo para que os eventuais interessados em participar do certame pudessem apresentar suas propostas comerciais/técnicas e demais documentos exigidos para fins de habilitação, conforme disposto no § 4<sup>o</sup> do art. 21 da Lei n. 8.666/93. Portanto, não restou demonstrado a perda de objeto da representação em data anterior a seu julgamento, cujo resultado repercutiu nas penalidades descritas no acórdão recorrido.

Com efeito, conforme se infere do voto do relator constante do processo REP 18/00646906 as irregularidades do edital não foram sanadas, razão pela qual concordou com a Instrução no sentido de que a “a anulação do edital e a abertura de um novo procedimento licitatório geraria mais prejuízo à Administração”. Sendo assim, a solução adotada foi a revogação da cautelar para dar continuidade ao procedimento licitatório, com aplicação de multa ao responsável.

Nesse sentido, não há procedência a alegação de perda do objeto.

## **2..3 Mérito.**

### **2.3.1. Culpabilidade na fixação da sanção.**

---

2 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.

Alega o recorrente, em síntese, que os atos praticados pelo gestor foram amparados em pareceres técnicos, sendo que ao homologar o edital não identificou a presença de irregularidade. Sendo assim, seus atos decorreram de interpretação da norma.

Trouxe como fundamentação jurisprudência do TJSC (apelação cível n. 000095393.2012.8.24.0035, de Ituporanga) onde foi considerada mera irregularidade o ato de o administrador promover uma Chamada Pública, quando o adequado seria Dispensa de Licitação, em face do valor estimado do contrato (R\$ 4.200,00). Ou seja, irregularidade meramente formal que não se assemelha ao presente caso.

Inicialmente a responsabilidade do recorrente perante este Tribunal de Contas decorre de ter sido o gestor que assinou o edital de licitação, assumindo todas as irregularidades, independente ou não da configuração de má fé, que se constitui em elemento subjetivo da conduta do agente público que não é objeto de apuração no âmbito do controle externo.

Sendo assim, razão assiste à DRR ao concluir que a aplicação da multa ao recorrente decorreu da verificação de irregularidades graves no edital, com fundamento no art. 70, inc. II da LCE n. 202/2000 c/c o art. 109, inc. II do Regimento Interno, com a redação dada pela Resolução N.TC 114/2015.

### **2.3.2 Das irregularidades que ensejaram a aplicação das multas**

Consta do acórdão recorrido irregularidades contidas no Edital de Tomada de Preços n. 10/2018, que teve por objeto a ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegard Cardoso no Município de Lontras/SC, a seguir expostas:

**- Exigência de atestados técnicos para parcelas do objeto passível de subcontratação e serviços sem relevância técnica.**

Consta do item 4.2.4. do edital de Pregão n. 10/2018 a obrigatoriedade de apresentação de atestado - emitido pelo CREA/CAU, a fim de comprovar a capacidade técnica dos licitantes de execução anterior de serviços de estrutura metálica e pavimentações e para a execução de serviços de instalação de telhas sanduíche.

Por esse motivo, o item 3.1 do Acórdão n. 54/2019 aplicou multa ao recorrente, por considerar que a exigência de atestados técnicos para parcelas do objeto, passíveis de subcontratação e serviços, bem como sem relevância técnica, considerando exagerada e sem relevância técnica, comprometendo, assim, o caráter competitivo do certame e configurando infração ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993.

Em sua defesa, aduz o recorrente que a exigência dos atestados técnicos foi motivada pela busca da eficiência na execução da obra a ser contratada, objetivando garantir a qualidade do serviço prestado, e, por decorrência, assegurar a satisfação do interesse público envolvido na contratação.

Por sua vez, a DRR ao analisar os argumentos do recorrente ratifica a configuração da irregularidade, tendo em vista que as exigências de qualificação técnicas para a execução de serviço de menor relevância técnica e passível de subcontratação constitui-se em fator de limitação do caráter competitivo do certame:

Avaliando a irregularidade em questão, verifica-se que os atestados técnicos têm por objetivo servir como instrumento disponíveis à Administração Pública, auxiliando-a na seleção da melhor proposta, tendo por norte a busca da eficiência e segurança da futura contratação.

Contudo, cabe ao administrador atuar com extrema cautela nesta fase a fim de que esta exigência não se torne em um fator inibidor do caráter competitivo dos certames públicos.

Por tal razão, o art. 30, §1º, inciso I, e §2º, da Lei n. 8.666/93 dispõe que a qualificação técnica deve se limitar às parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto da licitação, conforme se pode observar a seguir:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

§ 1º [...].

I – capacitação técnica profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Nesse sentido, podemos trazer a colação a lição da doutrina especializada quando aduz que:

À Administração não é permitido exigir atestados de capacitação técnica em função de parcelas insignificantes e irrelevantes no que concerne ao objeto do contrato. A exigência de atestados está restrita à parte principal do objeto do contrato. A Administração não deve se ater em minúcias e em partes que não requeiram realmente a comprovação da experiência regressa dos licitantes e dos profissionais à sua disposição<sup>3</sup>.

O princípio da competição nas licitações tem apoio constitucional no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, que aduz que a licitação pública deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, oportunidade em que somente será permitida exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A exigência de atestados tem por objetivo examinar a capacidade da empresa licitante (capacidade operacional) ou de membros de sua equipe (capacidade técnica-profissional) em relação ao objeto do contrato que será executado.

No caso sob exame, se a Administração autorizou a subcontratação de parte dos serviços, foi porque reconheceu tratar-se de parcela de serviço de menor relevância. Parcelas desta espécie demonstram incompatibilidade com a regra prevista no art. 30, § 1º, inc. I da Lei n. 8.666/93.

Assim, uma vez autorizada a subcontratação de parcela de serviços ou obra, não poderia a Administração exigir do licitante principal a apresentação de atestados de capacidade técnica em relação a estes serviços.

Sobre a questão da parcela a qual se admitiria a subcontratação, aduziu o recorrente que “é coerente condicionar a subcontratação à demonstração de que esse terceiro também reúne condições mínimas indispensáveis para assegurar a inexistência de risco decorrente dessa prática”.

A exigência de apresentação de atestados que evidenciem a aptidão do licitante para a execução do objeto da licitação é medida salutar, contudo, esta deve centrar-se nas parcelas de maior relevância da obra, serviço ou fornecimento, conforme já mencionado.

Há que se considerar que mesmo nesses casos não há como a Administração se assegurar da inexistência de risco, pois este sempre existirá. A Administração poderá mitigar estes riscos realizando um bom planejamento e fiscalizando adequadamente a execução dos serviços.

Sobre esta questão, oportuno trazer parte do voto do Conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Júnior, exarado nos autos do processo REP 10/00759919:

A demonstração da comprovação de qualificação técnica por meio de atestado não garante à Administração Pública que a empresa proponente executará a obra com a qualidade desejada nem no prazo previsto. E nem que a empresa tenha efetivamente executado o serviço, uma vez que o atestado pode se referir a um serviço que foi executado por subcontratação, sem que isso fique claro.

[...].

Não pode pretender a Unidade afastar empresas da licitação com

3NIEBUHR. Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Zênite. Curitiba, 2008, p. 255.



exigências despropositadas e injustificadas. Se a intenção é erigir uma obra com ótima qualidade e que atenda plenamente ao interesse público, deve buscar no planejamento a melhor estratégia – por meio de um ótimo projeto e fiscalização vigilante, seja na qualidade dos materiais utilizados ou no emprego das melhores técnicas de engenharia na execução dos serviços.

Por sua vez, no tocante aos serviços subcontratados, é certo que a Administração deverá fiscalizar a sua execução, sobretudo se está tudo transcorrendo de acordo com aquilo que restou definido no contrato firmado com o licitante contratado, responsável último perante a Administração, conforme disposto na Lei n. 8.666/93, que assim dispôs:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, **sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais**, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. (Grifou-se)

Defende, ainda, o recorrente que as exigências de qualificação técnica previstas no art. 37, XXI (parte final), da Constituição Federal também “deverão ser comprovados também pela subcontratada, em atendimento ao edital, proporcionalmente à parcela que se pretende subcontratar”.

A DRR refuta o referido argumento fundamentando em manifestações do Tribunal de Contas da União, bem como desta Corte de Contas. Senão vejamos:

No entanto, esse entendimento não é acolhido pelas decisões exaradas pelos órgãos de controle, especialmente pela circunstância da restrição à competitividade dever ser uma excepcionalidade, efetuada nos termos da lei. Nesse sentido, cita-se alguns julgados do TCU:

Acórdão 2992/2011-Plenário

Data da sessão: 16/11/2011

Não é cabível a exigência de atestados de capacitação técnica visando à comprovação de experiência para a execução de serviços técnica e materialmente relevantes, passíveis de serem executados apenas por poucas empresas, e que, por circunstância de mercado, já se saiba de antemão que serão subcontratados.

Acórdão 6219/2016-Segunda Câmara

Data da sessão: 24/05/2016

Restringe a competitividade do certame a exigência de atestados de capacidade técnica relativos a parcelas de menor importância do objeto da licitação, sobretudo àquelas que tenham previsão de subcontratação no edital.

Acórdão 2679/2018-Plenário

Data da sessão: 21/11/2018

A exigência, para fins de habilitação, de experiência anterior com relação a serviços que serão subcontratados é restritiva à competitividade da licitação.

O TCU, inclusive, firmou em súmula seu entendimento de que os atestados

devem se limitar às parcelas contratuais de maior relevância, neste sentido:

SÚMULA - TCU 263

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Esta Corte de Contas por sua vez, decidiu no Acórdão n. 0089/2016<sup>4</sup> que o edital do Pregão Presencial n. 23/14, da Prefeitura Municipal de Itajaí, demonstrava irregularidade face a exigência de atestados de qualificação técnica referentes a parcelas do objeto sem relevância técnica e financeira, prejudicando a competitividade do certame, em desacordo com o art. 3º, §1º, I, c/c o art. 30, I, §1º, da Lei (federal) n. 8.666/93.

No que se refere ao precedente judicial suscitado pelo recorrente - apelação cível em mandado de segurança n. 2011.072465-4, de Pomerode -, cabe esclarecer que o mesmo não possui pertinência com o objeto do presente recurso.

O tema de fundo na referida demanda judicial se referia a exigência contida no Edital n. 13/2010 da Prefeitura Municipal de Pomerode, em que foi examinada a exigência do credenciamento da operadora de saúde em toda a rede hospitalar nos municípios de Pomerode, Indaial, Rio dos Cedros, Timbó, Blumenau e Jaraguá do Sul, na medida que o objeto da licitação era contratar serviços especializados de saúde - relacionados a consultas médicas e exames em todos os níveis de especialidade -, em municípios vizinhos, onde residem os funcionários beneficiados.

Por sua vez, a parte final do voto do Desembargador Pedro Manoel Abreu que, ao conduzir o julgado do TJSC noticiado, assim aduziu:

Por derradeiro, acresça-se ao fundamento, o fato de o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina ter considerado improcedente a representação acerca de irregularidades no Edital de Tomada de Preços n. 13/2010, em razão de não ter sido frustrada a competitividade do certame licitatório do caso em exame.

Por tanto, trata-se de situação diversa da enfrentada no presente recurso, razão pela qual conclui-se que o precedente não afasta, por si só, o entendimento firmado no acórdão recorrido.

Ademais, conforme exposto anteriormente, os serviços subcontratados deverão ser objeto de fiscalização na fase de execução contratual, cuja responsabilidade direta recairá sobre o contratante.

Conforme levantamento realizado pela Instrução, os serviços passíveis de subcontratação conforme previsto no item 18.11 do Edital ,estão descritos tabela na referida pelo Recorrente<sup>5</sup> referem-se aos itens 2 ( Execução de Piso em Granitina

---

<sup>4</sup>Exarada nos autos do processo REP-14/00494289.

<sup>5</sup>Itens correspondentes aos serviços de “execução de piso em granitina moldado in loco” e de “execução estrutura metálica de cobertura”.

moldado in loco), 3 ( Execução Estrutura Metálica de Cobertura) e 4 (serviço de execução de cobertura metálica com telha térmica tipo sanduíche), totalizam 28,47% do valor da obra, e que não possuem complexidade técnica para justificar a exigência dos referidos atestados.

Entretanto, vale salientar que com relação ao item 4, a DLC (fl. 79 do REP 18/00646906) destacou que se referem serviços que “não requerem rigor técnico na execução, qualquer empresa que execute telhas metálicas comuns é capaz de executar telha sanduíche, pois a única diferença em sua execução é o comprimento do parafuso de fixação”.

Também mostra-se irrelevante o argumento trazido pelo recorrente de que “algumas empresas que restaram inabilitadas foram posteriormente habilitadas em face do reconhecimento do cumprimento da exigência, motivo pelo qual deve ser considerada sanada eventual irregularidade, nos termos declinados pela DLC”, tendo em vista que as referidas exigências limitaram em tese a participação de interessados no certame.

Sendo assim, não vislumbro razão para a modificação do item 3.1 do Acórdão n. 054/2019.

**- Exigência de comprovação de retirada de documentos em data anterior a abertura do certame.**

Consta como exigência do ato convocatório a exigência de que os interessados deverão comprovar a retirada do Edital e seus Anexos contendo os projetos e especificações técnicas para a execução da obra em até 3 (três) dias úteis anteriores a data de abertura do certame:

4.2.4. Comprovação de qualificação técnica, constando de:

[...].

f) Comprovação assinada pela Gerência de Infraestrutura da ADR – Rio do Sul e recebida obrigatoriamente por Profissional dos quadros da empresa

interessada de que o proponente recebeu o presente Edital e todos os seus Anexos, bem como, tomou conhecimento do projeto, das especificações e normas pertinentes a execução dos serviços (conforme modelo constante no Anexo XXIII), **até 3 dias úteis anteriores a data de abertura do certame** (grifo nosso).

O item 3.2 do acórdão recorrido considerou indevida a referida exigência restritiva, tendo em vista que impõe limitação à participação de empresas que tenham domicílio fora na sede da Unidade.

O recorrente sustenta que “tendo como objeto a realização de obra, não se mostra desarrazoada a exigência em tela, sobretudo porque proporciona maior transparência aos licitantes” (fl. 12).

A DRR apresenta manifestação pela permanência da irregularidade:

Ademais, o simples condicionamento ao exame do edital em até 3 três dias úteis antes da apresentação das propostas, já repercute em limitação a participação de possíveis interessados, e como tal deve ser afastada. A apresentação das propostas e documentos de habilitação constitui risco assumido pelo licitante, cujo exame poderá dar-se a qualquer momento antes da sua apresentação oficial.

Não vislumbro razões aptas para justificar a modificação do item 3.2 da decisão recorrida por restar caracterizada a restrição de interessados ao processo licitatório, ainda que em tese.

**- Exigência de comprovação de garantia da proposta em data anterior a abertura do certame.**

A irregularidade constante do item 3.3 do acórdão recorrido refere-se à exigência de comprovação de garantia da proposta em data anterior a abertura do certame.

No mais, a garantia da proposta encontra fundamento no inciso III do art. 31 da lei nº 8.666/93 e possui como objetivo primordial medir a qualificação econômico-financeira dos licitantes no momento da apresentação dos documentos de habilitação.

Além disso, dentre as suas principais peculiaridades estão: 1 - o fato de que, quando exigida, deve ser prestada por todos os licitantes; 2 - a impossibilidade de a administração prever garantia da proposta em procedimentos na modalidade pregão, de acordo com o inciso I do art. 5º da lei nº 10.520/02.

Ademais, somente foi exigida para os casos de garantia feita por meio de títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária, sendo possível aferir que quando da habilitação todas as empresas participantes apresentaram predito documento.

No entanto a DRR ressalta em sua manifestação que a irregularidade repousa no momento da exigência da referida garantia, ou seja, antes da abertura da licitação:

Ainda, como destacou o Relator do processo de origem, “a garantia é exigência possível de ser feita na fase de habilitação, e não em fase anterior” (fl. 229 do REP 18/00646906).

Por sua vez, o art. 31, inc. III c/c o art. § 2º da Lei n. 8.666/93 prevê a possibilidade de exigir a garantia de proposta limitada a 1% do valor do objeto da contratação na fase de habilitação, como elemento de qualificação econômico-financeira.

Vale salientar que a exigência de garantia de proposta, requisito de habilitação, não se confunde com a exigência de garantia do contrato prevista no art. 56 da Lei 8.666/93, o qual pode ser exigida do vencedor no momento da contratação.

O que a lei não admite é a exigência de garantia de proposta em data anterior à realização da própria licitação, posto que esta constitui requisito de habilitação. Portanto, a garantia deve ser apresentada pelo licitante juntamente com os demais documentos referentes à esta etapa. Nesse sentido:

A garantia de proposta não deve ser exigida em data anterior à realização da licitação, eis que prevista expressamente como requisito da fase de habilitação, devendo ser apresentada com os demais documentos referentes a essa etapa. Exigir a garantia em momento anterior à realização do certame é ilegal, eis que pode frustrar a competitividade, ao permitir o conhecimento prévio dos efetivos participantes na licitação.

[...].

Certo é que exigência de depósito com valor referente à garantia de proposta em data anterior à realização do certame viola os princípios da competitividade, da isonomia e da proporcionalidade, em sua vertente “necessidade”, pois a exigência se afigura desnecessária à garantia do contrato”<sup>6</sup>.

Portanto, não assiste razão ao recorrente quando aduz agiu regularmente, na medida que a garantia deve ser prestada por todos os licitantes, mas no momento adequado.

Também não há razão ao recorrente quando alega que exigência em discussão foi efetuada para os casos de garantia feita por meio de títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária, pois a circunstância não afasta o fato de que,

<sup>6</sup>GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos. 5ª ed. Malheiros. São Paulo, 2018, p. 254.

mesmo antes da realização da licitação, todos já tinham condições de saber e conhecer os concorrentes da licitação.

A sistemática adotada de apresentação prévia ao momento da habilitação não pode ser validada, pois permite limitar a competitividade do certame.

Conforme restou consignado no voto do relator nos autos do processo REP 18/00646906, a exigência de garantia da proposta antes da abertura da licitação constitui-se em ilegalidade passível de multa:

O Órgão Ministerial ponderou que a exigência é irregular, mormente porque não está atrelada à comprovação de qualificação econômico-financeira. Além do mais, a Unidade teria prévio conhecimento de todas as interessadas no objeto antes mesmo da abertura do certame, fato que viola os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e probidade administrativa.

Não tem razão as argumentações da defesa, pois segundo autoriza a Lei a garantia é exigência possível de ser feita na fase de habilitação, e não em fase anterior.

Nesse rumo, importa colacionar entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de existir ilegalidade na exigência de garantir anterior à abertura dos envelopes de habilitação:

**ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE GARANTIA ANTES DA HABILITAÇÃO EM TOMADA DE PREÇO. IMPOSSIBILIDADE.**

1. Tem-se aqui caso em que edital de licitação exigia a apresentação de garantia em até cinco dias da data da abertura da licitação.

2. De acordo com o art. 31, inc. III, da Lei n. 8.666/93, a apresentação de garantia é requisito para que o licitante seja considerado qualificado no aspecto financeiro-econômico. Como se sabe, **a apresentação das qualificações insere-se na fase de habilitação, na esteira do art. 27 daquele mesmo diploma normativo, motivo pelo qual a exigência de garantia antes do referido período é ilegal.**

3. Não ajuda à Administração sustentar que o edital é lei entre as partes e que a decisão que aplica os dispositivos antes mencionados viola o art. 41 da Lei n. 8.666/93, pois, se é verdade que o edital vincula o Poder Público, não é menos verdade que a lei também o faz, em grau ainda mais elevado.

4. Recurso especial não provido<sup>7</sup>.

Sendo assim, entendo que a presente matéria foi abordada de forma adequada nos autos do REP 18/00646906, motivo pelo qual acompanho o entendimento apresentado pela DRR no sentido da manutenção da multa.

### 2.3.3 Do pedido da redução do valor das multas

7 STJ. REsp 1018107/DF. Segunda Turma. Relator: Mauro Campbell Marques. Data do julgamento: 26/05/2009.

Solicita o recorrente a redução do valor das multas aplicadas no Acórdão nº 054/2019, considerando que sua renda “sofreu abrupta redução, ocupando atualmente o cargo de professor, com vencimento líquido de aproximadamente R\$ 4.600,00, conforme comprovante anexo” (fl. 14).

Todavia verifica-se que as mesmas foram aplicadas nos valores mínimos, conforme previsão regimental.

Sendo assim, o recorrente poderá solicitar o parcelamento dos respectivos valores em até 48 (quarenta e oito) parcelas, nos termos do art. 61 do Regimento Interno.

### III. VOTO

Diante do exposto, proponho ao Egrégio Tribunal Pleno a adoção da seguinte deliberação:

**3.1.** Conhecer do Recurso de Reexame, interposto nos termos do art. 80 da Lei Complementar Estadual n. 202, de 15 de dezembro de 2000, contra o Acórdão n. 54/2019, exarado nos autos do processo @REP 18/00646906, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a deliberação recorrida.

**3.2.** Determinar o encerramento dos autos.

**3.3.** Dar ciência do Acórdão e do Relatório e Voto do Relator que o fundamentam, ao recorrente, seu procurador e à Controladoria Geral do Estado.

Florianópolis, em 20 de setembro de 2020.



LUIZ ROBERTO HERBST  
CONSELHEIRO RELATOR