

PROCESSO Nº:	@REP 21/00692105
UNIDADE GESTORA:	Prefeitura Municipal de Imbituba
RESPONSÁVEL:	Rosenvaldo da Silva Júnior
INTERESSADOS:	Prefeitura Municipal de Imbituba Rudenei Rogério de Oliveira Rosa
ASSUNTO:	Possíveis irregularidades no edital de Pregão Presencial 87/2021, visando o registro de preços para serviços de limpeza e conservação das Unidades de Ensino do Município.
RELATOR:	Sabrina Nunes Iocken
UNIDADE TÉCNICA:	Divisão 1 - DLC/COSE/DIV1
RELATÓRIO Nº:	DLC - 1245/2021

1. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Representação encaminhada a esta Corte de Contas com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei Federal n. 8666/1993, art. 66 da Lei Complementar n. 202/2000, e Instrução Normativa n. TC-0021/2015, pela empresa GERH – Serviços Empresariais LTDA EPP, CNPJ n. 04.821.033/0001-53, representada pelo seu procurador, o Sr. Dilson Petrassem Junior, conforme procuração¹ juntada aos autos.

A Representante aponta possíveis irregularidades no Edital de Pregão Presencial para Registro de Preços n. 87/2021², lançado pela Prefeitura Municipal de Imbituba, que possui como objeto a “contratação de empresa especializada no fornecimento de equipe para prestação de serviços de limpeza e conservação das unidades de ensino do Município de Imbituba, compreendendo os serviços de: roçada (manual e/ou mecanizada), capina manual, pequenas podas; jardinagem, varrição manual das áreas, recolhimento/limpeza/colete (sic) e destinação dos resíduos de capina nas escolas municipais e centros municipal (sic) de educação infantil da rede municipal de ensino”.

Em suma, foram apontadas as seguintes irregularidades: (i) proibição de participação de empresas em processo de falência declarada, concordata ou recuperação judicial; (ii) cumulação de exigências para comprovação da qualificação econômico-financeira; (iii) ausência de justificativas para a definição dos índices de solvência, liquidez e endividamento, podendo comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação; (iv) da obrigatoriedade de comprovação de capacidade técnica por meio de Certificado de Registro junto ao CREA, devendo possuir em seu quadro técnico no mínimo um Engenheiro Ambiental e/ou Engenheiro Agrônomo, comprovado através da apresentação da Certidão de PJ e de PF do CREA; (v) da indevida exigência de quantitativos mínimos executados anteriormente; (vi) ausência de definição

¹ Fl. 19

² Fls. 21 a 33

do índice de reajuste contratual e (vii) limitação do direito de se obter esclarecimentos acerca do procedimento licitatório em até 3 dias antes da data da abertura das propostas.

O processo licitatório teve seu orçamento básico estimado em R\$ 268.509,99 e a abertura da sessão ocorreu no dia 03/11/2021, às 14h00min. Não consta no Portal da Transparência da Prefeitura de Imbituba, até a presente data, a ata de julgamento das propostas.

2. ANÁLISE

2.1. ADMISSIBILIDADE

Conforme o § 1º do art. 113 da Lei Federal n. 8666/1993, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas de Santa Catarina:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Na mesma linha, o art. 65 c/c parágrafo único do art. 66, da Lei Complementar n. 202/2000, Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Santa Catarina:

Art. 65. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado.

[...]

Art. 66. Serão recepcionados pelo Tribunal como representação os expedientes formulados por agentes públicos comunicando a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

Parágrafo único. Aplicam-se à representação as normas relativas à denúncia.

Ainda, o art. 24 da Instrução Normativa n. TC-021/2015 prevê quais são os requisitos indispensáveis que devem estar presentes na representação para que ela possa ser admitida:

Art. 24. A representação prevista nesta Instrução Normativa deverá referir-se à licitação, contrato ou instrumento congêneres do qual seja parte entidade ou órgão sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas, ser redigida em linguagem clara e objetiva, estar acompanhada de indício de prova de irregularidade e conter o nome legível do representante, sua qualificação, endereço e assinatura.

§ 1º A representação deve estar acompanhada de cópia de documento de identificação do representante, nos seguintes termos:

I – se pessoa física, documento oficial com foto;

II – se pessoa jurídica, número de CNPJ, seu respectivo comprovante de inscrição e atos constitutivos, documentos hábeis a demonstrar os poderes de representação e documento oficial com foto de seu representante.

No caso, verifica-se que a matéria é de competência do Tribunal de Contas, refere-se a responsável sujeito a sua jurisdição, está redigida em linguagem clara e objetiva, está acompanhada dos indícios de prova de irregularidade, contém o nome legível e assinatura do representante, sua qualificação e endereço, bem como está acompanhada de documento oficial com foto.

Portanto, considera-se que todos os requisitos previstos na Instrução Normativa citada foram atendidos para a apreciação da presente Representação nesta Corte de Contas.

2.2. MÉRITO

2.2.1. Proibição de participação de empresas em processo de falência declarada, concordata ou recuperação judicial

O representante questiona³ a proibição de participação de empresas que estejam sob falência, concordata ou em recuperação judicial, alegando afronta às normas instituídas pela Lei Federal n. 11101/05, prevista no item 8.5.1 do Edital.

O representante fundamenta assim a sua discordância com o regramento previsto:

Por obviedade que se deve sempre buscar a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, eis que atendem também ao interesse da coletividade, na medida em que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e empregos e dos interesses dos credores. Com efeito, certo é que negar à pessoa jurídica em crise econômico-financeira o direito de participar de licitações públicas, única e exclusivamente pela ausência de entrega da certidão negativa de recuperação judicial, vai de encontro ao sentido atribuído pelo legislador ao instituto recuperacional. Assim, vislumbra-se, a toda evidência, que a norma transcrita no item 8.5.1 afronta violentamente a legislação federal supracitada, devendo ser extirpada rapidamente das regras constantes do Edital. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis 8.666/1993 e 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores, razão pela qual incabível a adoção de impedimento de contratação de empresas que estejam em tal situação.

O fato noticiado já foi objeto de estudo nos autos da @REP-18/00064010, e mediante o Relatório n. DLC-63/2018, esta Diretoria assim se manifestou:

[...]

Cabe trazer o inciso II do artigo 31 da Lei Federal nº 8.666/93, o qual prescreve:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

[...]

II - Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

O TCE do Espírito Santo, em resposta à consulta de semelhante teor, manifestou-se da seguinte forma:

PARECER/CONSULTA TC-008/2015 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-3519/2013

JURISDICIONADO - COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE

SANEAMENTO - CESAN

³ Fl. 4

[...]

IV CONCLUSÃO

Por todo o exposto, tendo sido a presente consulta conhecida pelo Plenário desta Corte, nos termos da Decisão TC 3717/2014, quanto ao mérito, responde-se, nos seguintes termos:

PARECER/CONSULTA TC-008/2015

a) É possível que a Administração Pública, a seu critério, não exija no edital de licitações alguns dos documentos previstos no artigo 31, da Lei nº 8.666/93, como por exemplo, o previsto no inciso II (certidão negativa de falência ou concordata), que hoje pode ser interpretado no sentido de abranger a certidão negativa de recuperação judicial.

b) Caso, no entanto, a Administração Pública exija como um dos requisitos para a qualificação econômico-financeira, a certidão negativa de recuperação judicial, esta deverá ser apresentada pelos licitantes.

c) Ressalta-se, contudo, que a Administração Pública não poderá fazer restrição total no edital licitatório acerca da possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem do procedimento licitatório. Isso porque, caso a Administração Pública exija no edital de licitação a certidão negativa de recuperação judicial, a empresa que apresentar certidão positiva, poderá participar, desde que o juízo em que tramita o procedimento da recuperação judicial certifique que a empresa está apta econômica e financeiramente a suportar o cumprimento de um futuro contrato com a Administração pública, levando em consideração o objeto a ser contratado.

Após o exame dos argumentos trazidos pelo representante, entende-se que o edital não restringe a participação de empresas em recuperação judicial, mas sim exige a certidão negativa de recuperação judicial como forma de qualificação econômico-financeira.

Extrai-se trecho do Parecer subscrito pelo Dr. Diogo da Fonseca Hermes Ornellas de Gusmão, o qual esclarece o assunto:

PARECER Nº OI/ /2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU PROCESSO Nº: 00407.000226/2015-22 INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relativos a licitações e contratos administrativos tratados no âmbito da Câmara Permanente de licitações e contratos administrativos instituída pela Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

[...]

a) sobre a participação da empresa em recuperação judicial em licitações, deve ser feita a devida distinção entre a situação da empresa que está ainda postulando a recuperação judicial (art. 52, da Lei 11.101, de 2005), daquela que já está com o plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida (art. 58, da Lei 11.101, de 2005);

[...]

h) é aplicável à empresa em recuperação extrajudicial, com plano de recuperação homologado judicialmente, a possibilidade de participar em licitações públicas, nos moldes da empresa em recuperação judicial. (Grifou-se)

Desse modo, na hipótese de uma empresa participante encontrar-se nessa situação, ou seja, amparada por uma certidão emitida pela instância judicial competente que certifique sua situação econômico-financeira, esta não poderia ser inabilitada.

Estudou esse tema Renata Priscila Benevides de Souza in “Empresas em recuperação judicial e a contratação com o poder público. Possibilidade de participação de licitação e dispensa das certidões previstas no artigo 31, II, da Lei nº 8.666/93”, em 2015, cujo trecho da conclusão do artigo coaduna com o assunto ora analisado, in verbis:

[...]

Deferido o processamento da recuperação judicial e a empresa cumprindo as suas obrigações, entende-se que ela está apta para desenvolver suas atividades produtivas normalmente e se restabelecer no mercado.

[...]

Nesse ínterim, no dia 18/12/2014 o Superior Tribunal de Justiça decidiu que uma empresa em recuperação judicial pode participar de licitação uma vez que a antiga concordata é instituto diferente da recuperação judicial e que não há previsão legal para a exigibilidade da certidão de recuperação judicial no procedimento licitatório.

Esse precedente deve ser entendido como uma liberdade da empresa em participar de licitação e não uma afronta ao princípio da legalidade, pois tal medida só é cabível a empresas que apesar estarem em recuperação judicial demonstrem capacidade produtiva de arcar com os prazos e riscos da contratação com o Poder Público.

[...]

(Fonte: <https://jus.com.br/artigos/43002/empresas-em-recuperacao-judicial-ea-contratacao-com-o-poder-publico>) (Grifou-se)

(Fonte: Relatório nº 63/2018, elaborado por MAIRA LUZ GALDINO - Auditora Fiscal de Controle Externo nos autos da @REP-18/00064010)

Segundo Marçal Justen Filho, quando comenta o artigo 31 da Lei de Licitação, “a qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação”. (JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 341).

Ainda, diz que “aquele que não dispuser de recursos para tanto não será titular de direito de licitar, pois a carência de recursos faz presumir inviabilidade da execução satisfatória do contrato e impossibilidade de arcar com as consequências de eventual inadimplemento”.

Portanto, a representação quanto a esse item não deve ser acolhida, tendo em vista que para a participação do certame, a empresa está condicionada a apresentação de certidão judicial demonstrando que está apta econômica e financeiramente, a fim de comprovar que poderá suportar o cumprimento de um futuro contrato com a Administração Pública.

2.2.2. Cumulação de exigências para comprovação da qualificação econômico-financeira

A Representante alega⁴ que o Edital afronta o disposto no artigo 31, § 2º da Lei Federal n. 8666/1993 quando exige, cumulativamente, a comprovação de boa situação econômico-financeira com o patrimônio líquido mínimo e o capital social mínimo, conforme os itens 8.5.3, 8.5.4, 8.5.5, 8.5.6, 8.5.7, 8.8.8 e 8.5.9, transcritos abaixo:

8.5.3. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei registrados na Junta Comercial do Estado, que comprovem a boa situação financeira da proponente, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios. O Balanço e demonstrações a ser apresentado devidamente autenticado pela Junta Comercial do Estado ou órgão equivalente. Em se tratando de sociedade por ações (“SA”), deverá ser apresentada a publicação em órgão de imprensa oficial.

8.5.4. Comprovação de que possui Índice de Endividamento (IE) **menor ou igual a 1,00** obtido pela fórmula:

IE = (PC + ELP) / AT sendo:

IE = índice de endividamento

PC = passivo circulante

ELP = exigível a longo prazo

AT = Ativo Total

8.5.5. Comprovação de que possui Índice de Liquidez Geral (ILG) **maior ou igual a 1,00** obtido pela fórmula:

ILG = (AC + RLP) / (PC + ELP) sendo:

ILG = índice de liquidez geral

⁴ Fls. 4 e 5

AC = ativo circulante
RLP = realizável a longo prazo
PC = passivo circulante
ELP = exigível a longo prazo.

8.5.6. Comprovação de que possui Índice de Solvência Geral (ISG) **maior ou igual a 1,00** obtido pela fórmula:

ISG = AT / (PC + ELP) sendo:

ISG = índice de solvência geral
AT = ativo total
PC = passivo circulante
ELP = exigível a longo prazo.

8.5.7. Comprovação de que possui Índice de Liquidez Corrente (ILC) **maior ou igual a 1,00** obtido pela fórmula:

ILC = AC / PC sendo:

ILC = índice de liquidez corrente
AC = ativo circulante
PC = passivo circulante.

8.5.8. Os índices citados nos itens “**8.5.3, 8.5.4, 8.5.5 e 8.5.6**” deverão ser comprovados através de cálculos apresentados juntamente com o Balanço Patrimonial, devendo este estar acompanhado das demonstrações contábeis do último exercício social já exigíveis, apresentados e devidamente registrados na forma da lei. Neste caso deverá a proponente apresentar os documentos que comprovem a obtenção dos dados e o demonstrativo de cálculo dos mesmos.

8.5.9. Demonstrativo que evidencie a boa situação financeira da licitante, comprovando possuir capital social mínimo igual ou superior a 10% (dez por cento), conforme disposto no art. 31, §2º e 3º, da Lei 8.666/93 e alterações.

Afirma que tais exigências são alternativas e não devem ser simultâneas, e que já há jurisprudência do Tribunal de Contas da União nesse sentido.

De fato, assiste razão a Representante quando sustenta que o TCU tem este entendimento, conforme consta na Súmula n. 275:

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa**, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços. (Grifou-se)

No entanto, ressalta-se que as finalidades distintas e próprias de cada um desses requisitos possibilitam sua exigência concomitante, sem afronta à Lei n. 8666/1993. Nesse sentido, cita-se publicação no blog da Editora Zênite⁵:

Qualificação econômico-financeira: é possível exigir, na mesma contratação, garantia de proposta, patrimônio líquido e capital social mínimo (Art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93)?

⁵ Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/qualificacao-economico-financeira-e-possivel-exigir-na-mesma-contratacao-garantia-de-proposta-patrimonio-liquido-e-capital-social-minimo-art-31-%C2%A7-2o-da-lei-no-8-66693/>. Acesso em 06/11/2021.

A Lei nº 8.666/93 propõe uma série de medidas que podem ser adotadas pela Administração, no planejamento da contratação pública, na intenção de resguardar o regular andamento da sua fase externa bem como a boa e correta execução do futuro contrato.

A exigência de garantias é uma dessas medidas, previstas no art. 31, inciso III (garantia de proposta) e art. 56 (garantia de execução de contrato), ambos da Lei nº 8666/93. Os requisitos de habilitação também o são (arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93).

Particularmente, entendo que é possível a Administração cumular a tomada de várias dessas medidas ofertadas pela legislação, na mesma contratação, desde que saiba distinguir a finalidade de cada uma e escolhê-las de acordo com a necessidade que visa resguardar.

Especificamente – e discordando do entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário – vejo como possível exigir dois requisitos de qualificação econômico-financeira, previstos no art. 31, §2º, da Lei nº 8.666/93, cumulativamente: a garantia da proposta e a comprovação de patrimônio líquido ou capital social líquido mínimo.

Essa interpretação particular se dá a partir do estudo da essência e da finalidade de cada instituto previsto na Lei, deixando de lado a análise literal do texto legal. A análise essencialista de cada instituto demonstra que cada um deles tem finalidades específicas e diversas no processo de contratação e, portanto, não conflitantes. Ao contrário, quando conjuntamente exigidos preservam a Administração de coisas distintas.

Note-se que a habilitação financeira tem o condão precípua de avaliar se o pretenso contratado tem condições mínimas, sob o enfoque financeiro, de garantir a execução do contrato, vale dizer, se ele poderá suportar todos os custos que virão da execução do contrato. Para análise da saúde financeira das pretensas contratadas a Administração poderá exigir os requisitos postos no art. 31 da Lei nº 8.666/93. O § 2º, deste dispositivo, determina que a Administração poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação [1], a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no seu § 1º do art. 56, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes.

A partir da análise literal dessa redação, doutrina e jurisprudência entendem que não é possível cumular a exigência de capital social mínimo, patrimônio líquido e garantia de proposta. Como dito a título introdutório, discordo.

Vejamos. O patrimônio líquido é o valor contábil que representa a diferença entre ativo e passivo no balanço patrimonial de uma empresa. Em síntese, o patrimônio líquido nada mais é do que o valor contábil que sócios e/ou acionistas têm na empresa em um determinado momento, é o valor disponível para fazer a sociedade girar. Ele é um indicador da saúde financeira real e atual da empresa.

Já o capital social, do ponto de vista contábil, é parte do patrimônio líquido. Ele representa valores recebidos pela empresa dos sócios, ou por ela gerados e que foram formalmente incorporados ao Capital.

O patrimônio líquido é variável de acordo com o exercício da atividade da empresa. Já o capital social só poderá ser alterado mediante deliberação dos sócios, isto é, independe do exercício da atividade da empresa.

Portanto, percebe-se que do ponto de vista contábil o capital social e patrimônio líquido possuem finalidades distintas, porém, verifica-se, desde logo que, numa contratação pública, ambos têm a mesma função, qual seja, a de indiciar a qualidade das finanças e o patrimônio da empresa que será contratada.

Logo, tendo em vista que na contratação pública eles cumprem a mesma função, estes sim não devem ser exigidos cumulativamente. Aliás, em contratação pública, tendo em vista a finalidade desses institutos, o mais adequado é a exigência do patrimônio líquido, que representa a situação real da empresa, do ponto de vista econômico-financeiro.

Por outro lado, vejo que o mesmo raciocínio não se aplica à garantia da proposta, que na contratação pública, exerce papel totalmente diverso do capital social ou patrimônio líquido.



A garantia da proposta é uma exigência feita para fins de habilitação, com o condão de assegurar à Administração a lisura e a seriedade da proposta dos licitantes, bem como que estes a manterão firme até a celebração do contrato. Desta maneira, em caso de desistência do licitante vencedor, a garantia da proposta será atribuída à Administração.

Em verdade, a reversão do valor da garantia para a Administração representa, nada mais, do que uma penalidade ao licitante desistente, por não honrar sua palavra. É uma espécie de multa não contratual, pois exigível ainda na fase externa da contratação (geralmente a licitação).

Portanto, não se confunde a garantia da proposta, nem faz às vezes do patrimônio líquido nem do capital social da empresa e, mais que isso, sequer demonstra a boa saúde financeira da empresa. (Em verdade, ela só pode ser exigida a título de qualificação econômico-financeira, porque está estruturalmente inserida no dispositivo que assim trata, e será condição de participação para todos os licitantes.)

Em síntese, essas são basicamente as funções de cada um dos institutos aqui tratados – patrimônio líquido, capital social mínimo e garantia da proposta – num processo de contratação pública.

Com isso em mente, entendo que justificando a Administração, em razão do objeto licitado, que tem a necessidade de fazer com que o particular demonstre seu capital social ou comprove o valor do último patrimônio líquido apurado e, ainda, faça a garantia da sua proposta, poderão ser exigidos dois requisitos (capital social ou patrimônio líquido + garantia de proposta), na mesma contratação, sem que isso afronte, essencialmente, a Lei. Cada um desses institutos exerce função distinta. (Grifou-se)

No caso em tela não foi exigida a garantia da proposta, devendo, segundo o Edital, a qualificação econômico-financeira das licitantes ser comprovada mediante o patrimônio líquido mínimo (índices de endividamento, liquidez geral, solvência geral e liquidez corrente) e do capital social mínimo. Dessa forma, considera-se que essa exigência afronta o disposto no art. 31, § 2º da Lei n. 8666/1993.

2.2.3. Ausência de justificativas para a definição dos índices de solvência, liquidez e endividamento, podendo comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo da licitação

A Representante pontua⁶ que não consta no processo licitatório justificativa para a definição dos índices mínimos de solvência, liquidez e endividamento exigidos, em inobservância ao art. 31, § 5º da Lei Federal n. 8666/1993, e que tais exigências podem comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do certame.

O Edital, nos itens 8.5.4, 8.5.5, 8.5.6 e 8.5.7, exigiu que as licitantes apresentassem:

- a) Índice de Endividamento no máximo 1,0;
- b) Índice de Liquidez Geral no mínimo 1,0;
- c) Índice de Solvência Geral no mínimo 1,0;
- d) Índice de Liquidez Corrente no mínimo 1,0.

⁶ Fls. 5 e 6

A definição dos índices mínimos/máximos de cada contratação deve se dar de acordo com o estudo/pesquisa realizado pelo Ente licitante e que demonstrem serem aqueles os índices representativos de boa situação financeira de empresas do ramo.

O art. 31, § 5º da Lei de Licitações estabelece:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

[...]

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

E o inciso XXI do art. 37 da Constituição é claro ao permitir somente exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, assim versando:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (Grifou-se)

Valmir Campelo e Rafael Jardim Cavalcante⁷ argumentam o seguinte sobre o uso de índices contábeis para habilitação das proponentes:

A certificação da saúde financeira das licitantes, para acautelar que o objeto contratado será adequadamente executado, deve ser feita de modo objetivo, por meio de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira, suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação (art. 31, §5º, da Lei nº 8.666/93).

Os índices devem ser minimamente satisfatórios para atestar que as concorrentes possuem condições para solver as suas obrigações contratuais. **Essa suficiência deve ser motivada por meio de estudos de mercado** que demonstrem a situação contábil usualmente encontrada em empresas daquele ramo de atividade econômica e de porte suficiente para a realização do objeto que se pretende contratar. (Grifou-se)

Neste sentido o TCU publicou a Súmula n. 289, com o seguinte texto:

⁷ CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. OBRAS PÚBLICAS - Comentários à jurisprudência do TCU. 3ª ed. Belo Horizonte. Editora Fórum. 2014. 646 p. Pág. 326 e 327.



A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, **deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado**, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade. (Grifou-se)

De fato, assiste razão a Representante quando alega que não consta justificativa no Edital para os índices exigidos. Contudo, verifica-se que estes índices contábeis são os usualmente adotados, não evidenciando qualquer ofensa ao caráter competitivo da licitação. Nesse sentido é o que consta em cartilha⁸ publicada por esta Corte de Contas, que assim versa:

Cabe citar que na análise realizada junto aos editais do antigo Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina (DER/SC), ficou evidenciada a possibilidade de limitar a participação de interessados através dos índices, sem, no entanto, conseguir avaliar de forma técnica a situação financeira da empresa. **Assim, sempre que os índices no edital forem diferentes de um, será necessária a apresentação de justificativas.** (Grifou-se)

Portanto, diante de todo o exposto, entende-se que os índices exigidos não restringem a competitividade e sugere-se que não seja acolhida a irregularidade representada.

2.2.4. Obrigatoriedade de comprovação de capacidade técnica da empresa por meio de Certificado de Registro junto ao CREA, devendo a licitante possuir em seu quadro técnico no mínimo um Engenheiro Ambiental e/ou Engenheiro Agrônomo, em contratação de serviços comuns

A Representante também manifesta⁹ irresignação quanto ao subitem 8.7 do Edital, no qual se estipula necessidade de apresentação de Certificado de Registro de pessoa jurídica do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA, bem como exige que a empresa possua em seu quadro técnico um Engenheiro Ambiental e/ou Engenheiro Agrônomo, e que estas obrigatoriedades violam o disposto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e no inciso I do § 1º do artigo 3º c/c o inciso I do artigo 30, ambos da Lei de Licitações.

Sustenta que o objeto a ser contratado não se enquadra como serviço de engenharia e, portanto, não seria necessário um engenheiro e muito menos o registro da empresa no CREA, de modo que a imposição se mostraria excessiva. Afirma, por outro lado, que como se trata eminentemente de gestão de mão de obra, em caso de necessidade de registro em algum conselho profissional, a natureza do serviço induziria a uma exigência de registro no Conselho Regional de Administração - CRA, e não no CREA.

⁸ Santa Catarina. Tribunal de Contas. XII ciclo de estudos de controle público da administração municipal. Florianópolis: Tribunal de contas, 2010, p. 254.

⁹ Fls. 6 e 7

Consultando o Edital, tem-se o seguinte:

8.7. A qualificação técnica será comprovada mediante os seguintes documentos:

8.7.1. Certificado de Registro junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, comprovado através da apresentação da Certidão de Pessoa Jurídica, emitida pelo respectivo Conselho.

8.7.2. Possuir em seu quadro técnico no mínimo, 1(um) Engenheiro Ambiental e/ou Engenheiro Agrônomo, comprovado através da apresentação da Certidão de Pessoa Jurídica e de pessoa física do CREA.

8.7.3. Comprovação da capacidade técnico-operacional da Proponente, através de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente acompanhado das respectivas Certidões de Acervo Técnico (CAT) emitidas pelo CREA que comprove possuir aptidão para a execução dos seguintes serviços, classificados como de maior relevância técnica:

a) Roçada e capina manual e mecanizada com quantitativo mínimo de 124.000 m².

b) Jardinagem com quantitativo mínimo de 8.000m².

8.7.4. Nos Atestados e Certidões de Acervo Técnico apresentados, deverão constar, obrigatoriamente, o nome da Proponente, as quantidades mensais e/ou totais executadas, o prazo de execução dos serviços e o local onde os serviços foram realizados, não sendo aceitos atestados técnicos relativos à supervisão, fiscalização, subcontratação de serviços e/ou contratos de prestação de serviço de natureza não contínua.

8.7.5. Certificado de Registro junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, comprovado através da apresentação da Certidão de Pessoa Física, dos responsáveis técnicos detentores dos atestados.

8.7.6. Os profissionais indicados como responsáveis técnicos pela realização dos serviços deverão figurar como responsáveis técnicos da Proponente, podendo vir a serem substituídos em caso de fato superveniente por outros, desde que sejam igualmente qualificados e, desde que sejam previamente autorizados pela Administração Municipal.

8.7.7. Os profissionais indicados como responsáveis técnicos pela realização dos serviços deverão comprovar seu vínculo com a Proponente, mediante a apresentação de um dos seguintes documentos:

a) Cópia da Ficha de Registro de Empregados.

b) Cópia da Carteira de Trabalho contendo as anotações de contrato de trabalho.

c) Cópia do Ato Constitutivo, Estatuto ou Contrato Social vigentes ou documento da última eleição de seus administradores devidamente registrados na Junta Comercial ou Cartório de Pessoas Jurídicas, no caso de sócio ou diretor.

d) Cópia da ART de cargo e função, devidamente visada pelo CREA.

e) Cópia do Contrato de Trabalho ou de Prestação dos Serviços, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução.

Sobre o tema, a Lei de Licitações estabelece o seguinte:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente** e compatível em características, quantidades e prazos **com o objeto da licitação**, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; [...].

§ 1º - A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: I - capacitação técnico-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 e valor significativo do objeto da licitação**, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; [...]. (Grifou-se)

A exigência de que a empresa interessada seja inscrita em órgão de classe profissional, e que possua empregados nessa mesma condição, só poderá ser traçada quando houver relação entre a atividade regulamentada pela entidade profissional e o objeto licitado. No caso, para que se possa exigir inscrição no CREA, deve o cerne da licitação deve ser relacionado com obra de engenharia ou atividade de arquitetura.

No entanto, este não é o caso em apreço, haja vista que o objeto da licitação é a limpeza e conservação de unidades de ensino, compreendendo, em suma, os serviços de roçada, capina manual, pequenas podas, jardinagem, varrição manual das áreas, e recolhimento/limpeza/coleta e destinação dos resíduos de capina. Isso não possui relação alguma com atividade de engenharia, de modo que a exigência traçada no Ato Convocatório, de fato, é excessiva e desarrazoada.

No tocante à sugestão da Representante sobre a possível exigência de registro das licitantes no CRA, verifica-se que é uma questão polêmica. De um lado tem-se o Conselho Federal de Administração – CFA, que exige o Registro dessas empresas nos Conselhos Regionais. De outro, tem-se a jurisprudência, mais especificadamente do Tribunal de Contas da União – TCU, que diz justamente o contrário. Contudo, como não é esse o objeto da Representação, não cabe aqui o aprofundamento no tema.

Ante o exposto, verifica-se que a exigência contida nos subitens 8.7.1 e 8.7.2 do Ato Convocatório se encontram irregulares, em afronta ao art. 30, inciso II c/c art. 3º, § 1º, inc. I, ambos da Lei de Licitações.

2.2.5. Da indevida exigência de quantitativos mínimos executados anteriormente

A empresa alega que o Edital afronta o art. 30, inciso I da Lei de Licitações, quando exige atestado de execução de serviços anteriores com quantitativos mínimos (item 8.7.3 do Ato Convocatório).

O Edital, no citado item, estabelece o seguinte:

8.7.3. Comprovação da capacidade técnico-operacional da Proponente, através de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente acompanhado das respectivas Certidões de Acervo Técnico (CAT) emitidas pelo CREA que comprove possuir aptidão para a execução dos seguintes serviços, classificados como de maior relevância técnica:

- a) Roçada e capina manual e mecanizada com quantitativo mínimo de 124.000 m².
- b) Jardinagem com quantitativo mínimo de 8.000m².

A Lei Federal n. 8666/1993, no art. 30, prevê como deve se dar a qualificação técnica das licitantes:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-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 e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

[...] (Grifou-se)

A Representante, quando alega que o item 8.7.3 do Edital afronta a norma legal, parece ter confundido dois conceitos, quais sejam: capacidade técnico-operacional e capacidade técnico-profissional. Vejamos a diferença entre eles:

A capacidade técnico-operacional está ligada à comprovação de que a empresa licitante, enquanto organização empresarial capaz de realizar o seu empreendimento, já executou, de forma satisfatória, atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Já a capacidade técnico-profissional diz respeito à comprovação, por parte do licitante, de que na data prevista para a entrega da proposta, possua profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela autoridade competente que tenha atestado de responsabilidade técnica pela execução de obra ou serviços semelhantes ao objeto da licitação.

Em primeira leitura já se esclarece que a vedação de “exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos” se refere apenas à experiência do profissional. A Súmula n. 263 do TCU esclarece:

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.

Indo além, verifica-se que a vedação quanto à capacidade técnico-profissional vem sendo relativizada pelo Tribunal de Contas da União. Segundo essa linha de interpretação, a vedação se refere ao estabelecimento de número mínimo de atestados. É o que consta no Acórdão n. 3070/2013 – Plenário – TCU, abaixo:

64. Quando se trata de qualificação técnico-operacional, a jurisprudência e a doutrina são pacíficas em admitir que se exija dos licitantes que tenham executado quantidades mínimas do serviço, de forma a assegurar que elas terão condições de prestar os serviços que estão sendo contratados. Isso porque se entende não ser suficiente para uma empresa demonstrar a capacidade para administrar 100 postos de trabalho, por exemplo, que ela tenha prestado um serviço com apenas 10 postos de trabalho, dada a clara diferença de dimensão entre as duas situações, que envolvem um know-how distinto. Entende-se que avaliação do porte dos serviços que já foram prestados por uma determinada empresa é importante para que a administração se certifique das condições técnicas da empresa para a execução dos serviços que estão sendo contratados.

65. A pergunta que se deve fazer é a seguinte: **a dimensão dos serviços também é um aspecto relevante quando se refere à demonstração da capacidade técnica dos profissionais envolvidos na execução dos serviços? Julgo que sim, especialmente quando se trata da prestação de serviços que envolvem maior grau de complexidade. Imagine-se, por exemplo, a contratação de serviços de manutenção predial em um determinado órgão, que possui instalações com determinadas dimensões e características. Seria suficiente solicitar que o profissional responsável demonstrasse ter executado serviços da mesma natureza, independentemente do porte e das características do prédio de que tratava o contrato pretérito? Ou seria importante, ou mesmo imprescindível, que se exija do profissional demonstrar ter executado serviços de porte e características minimamente semelhantes? Parece-me que a segunda opção é a mais adequada, sob pena de fragilizar a exigência de capacidade-profissional.**

66. Dessa forma, **parece-me mais consentânea com o interesse público a interpretação conferida pelo grupo de estudos ao dispositivo em questão, de que a vedação a quantidades mínimas se refere ao número de atestados e não ao seu conteúdo.** Ou seja, não seria possível exigir mais de um atestado de capacidade técnico-profissional, pois a demonstração da execução daqueles serviços uma única vez seria suficiente.

No mesmo sentido, tem-se o Acórdão n. 534/2016 – Plenário – TCU:

6. O cerne da discussão está relacionado à interpretação que se deve dar à parte final do aludido dispositivo – “vedadas as exigências de quantidades mínimas”. Admitir-se-iam duas interpretações: a primeira, no sentido de que não seria possível exigir quantidades mínimas relativamente aos serviços objeto dos atestados fornecidos, e a segunda, de que não seria aceita exigência de quantidades mínimas de atestados.

7. Entendo que a primeira interpretação não é a que mais se coaduna com o interesse da Administração de se resguardar quanto à real capacidade técnica da licitante de prestar adequadamente os serviços pactuados. Especialmente em serviços de maior complexidade técnica, como os que envolvem o objeto do pregão promovido pela Ceron, seria imprescindível a apresentação de atestado de capacidade técnico-profissional com exigência de quantitativos mínimos, sob pena de a Administração atribuir



responsabilidade pela prestação dos serviços a profissionais que não detêm capacidade técnica demonstrada na execução de serviços de porte compatível com os que serão efetivamente contratados.

8. Por isso, sou de opinião que a interpretação mais adequada do art. 30, § 1º, inc. I, in fine, da Lei nº 8.666/93, é a de que é possível, e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação, delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior a ser comprovada pelas licitantes – compatíveis com o objeto pactuado –, aí se inserindo a exigência de quantitativos mínimos concernentes ao objeto que se pretende contratar.

17. Em que pese a aparente mudança jurisprudencial quanto à matéria, não se pode olvidar, porém, que tal exigência - quantidades mínimas ou prazos máximos para comprovação de qualificação técnico-profissional - deve ser feita somente naqueles casos em que os serviços/obras contratados envolvam alguma complexidade técnica.

Portanto, a exigência editalícia não afronta o dispositivo legal, por se tratar de comprovação de capacidade técnico-operacional. E, ainda que fosse exigida a capacidade técnico-profissional, o entendimento jurisprudencial é que a exigência de quantitativos mínimos de serviços já executados é permitido.

Diante de todo o exposto, sugere-se o não acolhimento da suposta irregularidade representada.

Por fim, salienta-se, como já exposto no item 2.2.4 do presente Relatório, que os serviços em comento não são atinentes a obras ou serviços de engenharia, não sendo razoável a exigência de acervo técnico comprovado junto ao CREA. Contudo, esta instrução se ateve ao que foi representado, não sendo esta a irregularidade apontada.

2.2.6. Ausência de definição do índice de reajuste contratual

A Representante questiona¹⁰ a ausência de definição do índice de reajuste no Ato Convocatório, em inobservância ao art. 40, inciso XI da Lei Federal n. 8666/1993. Sustenta, ainda, que em razão da particularidade do serviço, deveriam ser adotados índices setoriais, como os de mão de obra, equipamentos e combustível.

O inciso XI do artigo 40 da Lei Federal n. 8666/1993 prescreve:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplimento de cada parcela;

¹⁰ Fl. 8

Contudo, há que se considerar que a Ata de Registro de Preços não poderá ter duração superior a 12 meses, conforme prevê o art. 15, § 3º, inciso III da Lei Federal n. 8666/1993:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

[...]

III - validade do registro não superior a um ano.

Ademais, ressalta-se o que consta no Prejulgado n. 678 desta Corte de Contas:

O reajuste do preço inicial do objeto do contrato só poderá ser efetivado quando previsto no edital, e, conseqüentemente, no instrumento contratual. **O reajuste fica condicionado à observância da periodicidade anual, contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir.** A escolha do índice de reajuste de competência da Administração, observadas as disposições dos arts. 40, XI (com a redação da Lei n. 9.648, de 1998) e 55, III, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, c/c os arts. 2 e 3 da Lei (federal) n. 10.192, de 2001. (Grifou-se)

Dessa forma, o reajuste é um instrumento jurídico que dificilmente se aplica no Sistema de Registro de Preços. Todavia, não se pode dizer o mesmo com relação ao instituto de revisão (reequilíbrio econômico-financeiro), já que trata de situações imprevisíveis, não sendo concedida de forma automática e periódica.

Portanto, entende-se que a definição de um índice de reajustamento para a contratação em tela seria inócua, motivo pelo qual a representação quanto a esse item não deve ser acolhida.

2.2.7. Limitação do direito de se obter esclarecimentos acerca do procedimento licitatório em até 3 dias antes da data da abertura das propostas

A Representante questiona¹¹ a limitação do direito de se obter esclarecimentos e cita o disposto no item 20.5 do Edital:

20.5. Os pedidos de **esclarecimentos** referentes a este processo licitatório deverão ser enviados ao Pregoeiro, **até 03 (três) dias úteis anteriores à data designada para abertura da sessão pública**, exclusivamente por meio eletrônico, via internet, no endereço indicado no Edital. (Grifou-se)

Segundo a Representante, esta limitação não encontra guarida na Lei Federal n. 8666/1993 e fere os princípios constitucionais da publicidade (caput do art. 37 da Constituição Federal), do livre acesso à informação (artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal) e da transparência.

A Representante discorre assim a sua discordância com o regramento:

¹¹ Fls. 7 e 8

Não há razão para que se limite temporalmente o direito de se obter esclarecimento acerca do certame público, conforme previsão no item 20.5 do Edital.

Evidente que tal limitação carece de fundamentação legal e, a toda prova, ofende os princípios constitucionais da publicidade e do livre acesso à informação.

Deste modo, razão não há para que perdure tal limitação temporal prevista, por absoluta falta de previsão legal e ofensa às normas constitucionais e legais aplicáveis à espécie, devendo ser liminarmente excluída do rol normativo do certame ora representado.

Quanto ao prazo do pedido de esclarecimentos, cita-se o seguinte texto da Consultoria

Zênite¹²:

Impugnação do ato convocatório

Qual o prazo para que “cidadãos” e “licitantes” exerçam o direito de impugnar editais de licitação de acordo com a Lei nº 8.666/03 e a Lei nº 10.520/02?

O processamento da licitação requer a elaboração de um instrumento convocatório, no qual constem todas as regras que serão aplicadas quando da realização do certame que selecionará o contratado, bem como todas as condições para a execução do futuro ajuste. Trata-se do edital da licitação, que, como bem dizia o mestre Hely Lopes Meirelles, “é a lei interna da licitação”.

Uma vez publicado o edital, as licitantes poderão solicitar o esclarecimento de dúvidas ou impugnar esse instrumento. No primeiro caso, a manifestação do particular objetiva obter a elucidação de alguma disciplina do edital que não tenha restado clara. Nessa hipótese, não há, necessariamente, o apontamento de uma ilegalidade, mas a dificuldade de compreensão de determinada cláusula ou condição do edital, que será aplicada no curso da licitação ou do contrato.

Além dessa possibilidade, os particulares também podem identificar ilegalidades no conteúdo das cláusulas editalícias e, por meio da impugnação ao edital, exigir a correção desses vícios. Impugnar significa refutar, contrariar, contestar, resistir, opor-se aos termos do edital, dada a suposta ilegalidade apontada. Ao impugnar o edital, o objetivo consiste, portanto, em alterar seus termos, de modo a adequá-los aos limites da Lei.

A Lei nº 8.666/93 disciplina o exercício dessas manifestações no seu art. 41, nos seguintes moldes:

Art. 41 A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º **Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil** que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Como se vê, a Lei nº 8.666/93 **não distingue os prazos para o particular impugnar o edital ou solicitar esclarecimentos.** Em vez disso, a Lei de Licitações fixa prazos distintos apenas em função de quem se dirige à Administração (cidadão ou licitante).

A Lei nº 10.520/02, que instituiu o pregão, **não disciplinou prazos para apresentação de pedidos de esclarecimento e impugnações aos editais.** Regra geral, essa disciplina foi fixada pelos decretos que disciplinam o pregão em suas formas presencial e eletrônica.

¹² Disponível em <https://zenite.blog.br/impugnacao-do-ato-convocatorio/>. Acesso em 08/11/2021.



De acordo com a disciplina do art. 12 do Decreto nº 3.555/00, que regulamenta a forma presencial do pregão no âmbito da Administração Pública federal, “até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão” (Grifamos). Nota-se ser idêntico o prazo para solicitar esclarecimentos e impugnar o edital, bem como não haver distinção de prazos em função do status de quem exerce essas manifestações.

Por sua vez, o Decreto nº 5.450/05, que disciplina o pregão na sua versão eletrônica no âmbito da Administração Pública federal, prevê prazos distintos para essas ações. Segundo as disposições do seu art. 18, “até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica”. E consoante o disposto em seu art. 19,

os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório deverão ser enviados ao pregoeiro, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, exclusivamente por meio eletrônico via internet, no endereço indicado no edital.

Em vista desse regramento, pode-se concluir que, nas licitações processadas pelas modalidades da Lei nº 8.666/93, o prazo para os cidadãos impugnarem ou pedirem esclarecimentos acerca do edital será de até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública de licitação. Se esses atos forem praticados por licitantes, o prazo se estende até o segundo dia útil que anteceder a abertura do certame.

Se a licitação é processada pela modalidade pregão, adotada a regulamentação vigente no âmbito da Administração Pública federal, os prazos não se distinguem em função da pessoa que se dirige à Administração (cidadão ou licitante), mas sim da forma pela qual o pregão é processado (presencial ou eletrônico) e da manifestação exercida (impugnação ou pedido de esclarecimento).

Assim, no pregão presencial, as licitantes e os cidadãos podem solicitar esclarecimentos e impugnar o edital até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas. No pregão eletrônico, existem prazos distintos para cada ação, ficando as licitantes e os cidadãos autorizados a impugnar o edital até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública e a requerer pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório até três dias úteis anteriores à mesma data. (Grifou-se)

Inclusive, o art. 12 do Decreto Federal n. 3.555/2000 que rege o presente edital indica que “Art. 12. Até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do pregão.”

Portanto, a representação deve ser acolhida, tendo em vista que o prazo para o pedido de esclarecimentos no pregão presencial é de até dois dias úteis da abertura das propostas.

2.3. DA CAUTELAR

No que tange ao requerimento de medida cautelar para sustação do edital, consoante no art. 114-A do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 29 da Instrução Normativa TC n. 21/2015, em caso de urgência, havendo fundada ameaça de grave lesão ao erário ou a direito dos licitantes, bem como para assegurar a eficácia da decisão de mérito, mediante requerimento fundamentado do órgão de controle, ou por iniciativa própria, o Relator, sem a prévia manifestação do fiscalizado, interessado, ou do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, determinará, através de despacho singular, à autoridade competente a sustação do procedimento licitatório até manifestação ulterior que revogue a medida *ex officio*, ou até a deliberação pelo Tribunal Pleno.

Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Verifica-se que há, nos autos, os pressupostos acima mencionados: cumulação de exigências para comprovação da qualificação econômico-financeira; obrigatoriedade de comprovação de capacidade técnica da empresa por meio de Certificado de Registro junto ao CREA, devendo a licitante possuir em seu quadro técnico no mínimo um Engenheiro Ambiental e/ou Engenheiro Agrônomo, em contratação de serviços comuns e a limitação do direito de se obter esclarecimentos acerca do procedimento licitatório em até 3 dias antes da data da abertura das propostas.

Ainda, a abertura do referido certame ocorreu em 03/11/2021. Salienta-se que, em consulta ao portal da transparência do Município¹³, não se encontrou informações quanto a competitividade do certame ou os descontos ofertados. No entanto, tendo em vista que a abertura das propostas já ocorreu, considera-se razoável averiguar se, de forma prática, as irregularidades apontadas produziram impactos à competitividade, sem, contudo, garantir que o resultado final da licitação será validado.

Quanto à análise do *periculum in mora reverso*, há que se considerar a natureza dos serviços – limpeza e conservação de escolas – quando da decisão por sustar o certame, pois o prejuízo à comunidade escolar pode ser maior que o benefício financeiro obtido, ainda mais sopesando o baixo valor da contratação em apreço.

Por tais razões, sugere-se a expedição da cautelar na forma diferida, aglutinando-se a ela a determinação para encaminhamento posterior de cópias das atas das sessões e atos decisórios produzidos pela Comissão de Licitação ou pela Autoridade Administrativa, acompanhadas de justificativas acerca dos apontamentos do presente Relatório.

3. CONCLUSÃO

Considerando a Representação formulada pela empresa GERH – Serviços Empresariais LTDA EPP, mediante o seu procurador, acerca de possíveis irregularidades no Edital de Pregão Presencial para Registro de Preços n. 87/2021, lançado pela Prefeitura Municipal de Imbituba, para a “contratação de empresa especializada no fornecimento de equipe para prestação de serviços de limpeza e conservação das unidades de ensino do Município de Imbituba, compreendendo os serviços de: roçada (manual e/ou mecanizada), capina manual, pequenas podas; jardinagem, varrição manual das áreas, recolhimento/limpeza/colete (sic) e destinação dos resíduos

¹³ Disponível em: https://e-gov.betha.com.br/transparencia/01037-128/con_licitacoes.faces?mun=It0M-3VutVg= Acesso em 08/11/2021

de capina nas escolas municipais e centros municipal (sic) de educação infantil da rede municipal de ensino”, no valor de R\$ 268.509,99.

Considerando que algumas das irregularidades representadas não foram acolhidas.

Considerando que no Edital consta a cumulação ilegal de exigências para comprovação da qualificação econômico-financeira.

Considerando a obrigatoriedade de comprovação de capacidade técnica da empresa por meio de Certificado de Registro junto ao CREA, devendo a licitante possuir em seu quadro técnico no mínimo um Engenheiro Ambiental e/ou Engenheiro Agrônomo, em contratação de serviços comuns.

Considerando a limitação do direito de se obter esclarecimentos acerca do procedimento licitatório em até 3 dias antes da data da abertura das propostas.

Considerando que, com fulcro no parágrafo 5º, do art. 96 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, a apreciação restringir-se-á à apuração dos fatos denunciados.

Considerando que a abertura da sessão pública se deu em 03/11/2021, mas não consta nos autos e nem no portal da transparência municipal informações quanto a competitividade do certame ou os descontos ofertados.

Considerando os possíveis efeitos do *periculum in mora reverso* e a necessidade de averiguar se as irregularidades restringiram de fato a competitividade do certame.

Diante do exposto, a Diretoria de Licitações e Contratações sugere ao Sr. Relator:

3.1. CONHECER da Representação, formulada nos termos do art. 113, § 1º, da Lei Federal n. 8666, de 21 de junho de 1993, art. 66, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 202/2000 e, art. 24 da Instrução Normativa n. TC 021/2015, e, no mérito, considerá-la parcialmente procedente

3.2. DIFERIR A ANÁLISE DO PEDIDO DE SUSTAÇÃO CAUTELAR para após a audiência, visando averiguar a competitividade do certame, haja vista sua abertura no dia 03/11/2021.

3.3. DETERMINAR A AUDIÊNCIA da Sra. Rafaela Pereira de Mello, Secretária Municipal de Educação, Cultura e Esportes de Imbituba, inscrita no CPF n. 033.003.469-32, subscritora do edital em apreço, para que, no prazo de 30 dias, a contar do recebimento da deliberação, nos termos do art. 29, § 1º da Lei Complementar Estadual n. 202/2000 e no inc. II do



art. 5º da Instrução Normativa n. TC-0021/2015, apresente justificativas, adote as medidas corretivas necessárias ao exato cumprimento da lei ou promova a anulação da licitação, se for o caso, acerca das irregularidades elencadas abaixo, referentes ao **Edital de Pregão Presencial para Registro de Preços n. 87/2021**, oportunidade em que deverá **encaminhar cópias das atas das sessões e atos decisórios** produzidos pela Comissão de Licitação ou pela autoridade responsável, bem como outros documentos considerados necessários para esclarecimento dos fatos.

3.3.1. Cumulação de exigências para comprovação da qualificação econômico-financeira, em inobservância ao art. 31, § 2º da Lei Federal n. 8666/1993 (item 2.2.2 do presente Relatório);

3.3.2. Obrigatoriedade de comprovação de capacidade técnica da empresa por meio de Certificado de Registro junto ao CREA, devendo a licitante possuir em seu quadro técnico no mínimo um Engenheiro Ambiental e/ou Engenheiro Agrônomo, em contratação de serviços comuns, em afronta ao art. 30, inciso II c/c art. 3º, § 1º, inc. I, ambos da Lei Federal n. 8666/1993 (item 2.2.4 do presente Relatório);

3.3.3. Limitação do direito de se obter esclarecimentos acerca do procedimento licitatório em até 3 dias antes da data da abertura das propostas, em inobservância ao art. 41, § 2º da Lei Federal n. 8666/1993 e ao Decreto Federal n. 3555/2000 (item 2.2.7 do presente Relatório).

3.4. DAR CIÊNCIA da Decisão ao Representante, à Prefeitura Municipal de Imbituba, à sua Assessoria Jurídica e ao seu Controle Interno.

É o Relatório.

Diretoria de Licitações e Contratações, em 11 de novembro de 2021.

DÉBORA BORIM DA SILVA
Auditora Fiscal de Controle Externo

De acordo:

RENATA LIGOCKI PEDRO
Coordenadora em exercício



De acordo, em 12/11/2021.

Encaminhem-se os autos à consideração do Exmo. Sr. Relator.

CAROLINE DE SOUZA

Diretora