

PROCESSO Nº:	@REP 19/00980239
UNIDADE GESTORA:	Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo
RESPONSÁVEL:	Nivaldo de Sousa
INTERESSADOS:	Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo Karine Jeremias Menegaz
ASSUNTO:	Supostas irregularidades no edital de Tomada de Preços n. 11/2019/PMCB, para construção do Centro de Educação Infantil Pedra Santos Souza.
RELATOR:	Cesar Filomeno Fontes
UNIDADE TÉCNICA:	Divisão 1 - DLC/COSE/DIV1
RELATÓRIO Nº:	DLC - 39/2020

1. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Representação encaminhada a esta Corte de Contas com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, art. 66 da Lei Complementar n. 202/2000, e Instrução Normativa n. TC-0021/2015, através da empresa Prosud Construtora Eireli, CNPJ n. 23.081.206/0001-99, representado pela sua Diretora Sra. Karine Jeremias Menegaz.

O representante aponta possíveis irregularidades na exigência da garantia da proposta e na condução do certame da Tomada de Preços n. 11/2019/PMCB¹ lançada pela Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo, que possui como objeto a “contratação de empresa(s) especializadas(s) em obras e serviços de engenharia para a total execução (compreendendo material e mão-de-obra) para Construção do Centro de Educação Infantil Pedra Santos Souza, conforme Memorial Descritivo, Orçamento, Cronograma Físico-Financeiro, Projeto e demais anexos ao edital”.

O Edital da modalidade Tomada de Preços, do tipo “Menor Preço” e modalidade “Empreitada por Preço Unitário”, possuía a abertura da sessão prevista para o dia 22/11/2019 às 14h² e valor estimado em R\$ 757.020,22. Abertura das habilitações se deu no dia previsto, com 5 empresas apresentando a documentação, mas com apenas a empresa Magapavi Construtora Terraplanagem e Pavimentação Ltda. restando habilitada³, tendo sua proposta considerada vencedora no valor de R\$ 711.588,94⁴. A licitação foi homologada em 10/12/2019 e o Contrato

1 Fls. 30/57.

2 Fl. 31

3 Fl. 107

4 Fl. 108

n. 43/2019 foi assinado em 11/12/2019 conforme informações obtidas no portal transparência do município⁵.

2. ANÁLISE

2.1. ADMISSIBILIDADE

Conforme o § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/1993, 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 congênere 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 à 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, endereço, comprovante de inscrição e atos constitutivos da empresa, bem como documento oficial com foto do representante.

Assim, entende-se que todos os requisitos de admissibilidade foram cumpridos, podendo ser conhecida a representação.

2.2. MÉRITO

A Representante indica que as exigências ilegais relativas à garantia da proposta, em data anterior à abertura da sessão e cumulativa com capital social ou patrimônio líquido mínimos, culminaram na inabilitação de quatro das cinco empresas participantes da licitação. Alega também que não foi disponibilizado o prazo legal para as empresas apresentarem recurso contra a inabilitação, tendo aberto as propostas e declarado a vencedora da licitação no mesmo dia da sessão de abertura das habilitações. Essas possíveis irregularidades serão analisadas detalhadamente nos itens a seguir.

2.1.1 Da exigência de apresentação antecipada da garantia da proposta:

A representante alega⁶ que o edital exigiu a prestação de garantia de proposta das licitantes até o terceiro dia anterior à abertura do certame:

Como se vê, a Administração não somente exige a prestação de garantia de proposta como condição de participação, mas também impõe que o comprovante da mesma seja protocolizado até o terceiro dia útil anterior à abertura do certame, contrariando a doutrina, a jurisprudência e, especialmente, a Lei n. 8.666/93, como a seguir se vê.

[...]

É sabido que a fase de habilitação é a que deve ocorrer inicialmente nas licitações e modalidade Tomada de Preços, cujos documentos devem ser entregues pelas empresas previamente cadastradas e interessadas em envelopes lacrados e sem conhecimento antecipado das mesmas por parte do órgão licitador.

Conforme leciona Antônio Sérgio Rocha de Paula, se na fase de habilitação e classificação o sigilo da licitação é preservado, na antecipação da garantia esse fato não se verifica, uma vez que o licitante já é conhecido na ocasião da apresentação da garantia para o objeto licitado.

O sigilo das licitantes é princípio essencial nos processos licitatórios e corolário dos princípios da eficiência, impessoalidade e eficiência, todos norteadores da Administração Pública.

Há razão a representante, uma vez que os itens 3.10, 3.11 e 3.12 da Tomada de Preços 11/2019 versam sobre a garantia da proposta conforme segue⁷:

6 Fls. 9 a 16

7 Fls. 33 e 34

3 – CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

[...]

3.10 – Os interessados em participar da presente licitação **deverão prestar garantia** para licitar nas seguintes modalidades: caução em dinheiro, seguro garantia, ou fiança bancária.

3.11 – A prestação da garantia será no valor equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado para o objeto da contratação.

3.12 – A comprovação da prestação de caução deverá ser devidamente protocolada junto ao Departamento de Licitação, **até três dias úteis anteriores à data de abertura da presente licitação**. (Grifou-se)

Ocorre que esta exigência contraria o disposto no inc. III do art. 31 da Lei de Licitações, que ao tratar dos documentos relativos à qualificação econômico financeira, definiu:

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

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

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;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Portanto, nos termos da Lei, a garantia da proposta, previsto no inc. III, compõe-se de um dos documentos que devem acompanhar as demais comprovações de qualificação, sendo vedado exigí-la antecipadamente, sob pena de macular o certame. Ou seja, a comprovação da prestação da garantia da proposta deve acompanhar os documentos de habilitação, ainda que o Edital estabeleça regra distinta.

Assim, a comprovação de garantia até três dias úteis antes da abertura da presente licitação. Trata-se de condição vedada pela legislação e por este Tribunal. Isto porque conforme disposto no art. 31, III, da Lei Federal 8.666/93, a garantia da proposta é exigência relacionada à habilitação para fins de qualificação econômico-financeira. Desta feita, a exigência de sua apresentação somente pode ocorrer junto com os demais documentos relacionados a referida habilitação.

Ressalta-se que esta exigência permite à Administração Pública e outras pessoas que tenham acesso a esta informação conhecer previamente quem serão as empresas licitantes, o que fere frontalmente os princípios da moralidade e probidade administrativa.

No caso deste certame, a probabilidade de conhecimento prévio das empresas licitantes compromete a integridade do procedimento, ao permitir que a Administração ou a quem mais tiver acesso, possam utilizar esta informação para influir no resultado final do ato administrativo. A possibilidade de ocorrência deste deslinde mediante a exigência editalícia

ofende os princípios da moralidade e probidade administrativa, que exigem do administrador se abster de influir no produto da licitação.

Não se pode, ressalta-se, duvidar da lisura e boa fé dos Responsáveis, mas permitir que regras editalícias possibilitem esta prática é tolerar riscos inaceitáveis para as atividades públicas. É função do controle externo apontar, afastar e eliminar toda e quaisquer possibilidades de erro, fraude ou irregularidade nos procedimentos de licitações públicas.

Citam-se as decisões desta Corte que vedaram a demonstração antecipada da garantia da proposta: 1196/2015 (REP 15/00234050), 0639/2015 (15/00058146), 1996/12 (ELC 12/00088236), entre outras.

Conclui-se que a irregularidade apontada pela Representante é procedente.

2.2.2. Da exigência da garantia da proposta cumulativa com capital social ou patrimônio líquido mínimos

A Representante pontua que “[...] faz-se mister realçar que a norma d § 2º do art. 31 da Lei 8.666/93 veda a imposição de prestação de garantia de proposta cumulada com a exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimos”⁸, indicando que o edital em questão possuía exigências restritivas. Insurge a Representante contra dois pontos específicos do edital. O primeiro se refere à qualificação econômico-financeira, transcrito na sequência:

8.1.4 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

[...]

f) A licitante que apresentar índices econômicos iguais ou inferiores a 1 (um) em qualquer dos índices de Liquidez Geral, Solvência Geral e Liquidez Corrente deverá comprovar que possui (capital mínimo ou patrimônio líquido) equivalente a 10% do valor estimado da contratação.

O segundo trata da garantia de proposta, reproduzido novamente abaixo:

3 – CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

[...]

3.10 – Os interessados em participar da presente licitação **deverão prestar garantia** para licitar nas seguintes modalidades: caução em dinheiro, seguro garantia, ou fiança bancária.

3.11 – A prestação da garantia será no valor equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado para o objeto da contratação.

3.12 – A comprovação da prestação de caução deverá ser devidamente protocolada junto ao Departamento de Licitação, **até três dias úteis anteriores à data de abertura da presente licitação.** (Grifou-se)

Contesta a Representante o excesso de garantia e a cumulação de garantida de comprovação de capital social/patrimônio mínimo e garantia de proposta.

Primeiramente, faz-se necessário transcrever o art. 31, III e §2º da Lei Federal n. 8.666/1993:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: [...].
 III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1o do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação. [...].
 §2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

A favor do representante, é preciso mencionar a Súmula 275 do Tribunal de Contas da União (TCU), *in verbis*:

Para fins de qualificação econômico-financeira, a administração pode exigir dos 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.

Verifica-se, então, que a jurisprudência do TCU, e pacificada em diversos outros Tribunais de Contas, veda a acumulação de patrimônio líquido mínimo com a garantia para participação no certame, ou seja, a garantia da proposta.

Contudo, também é possível citar jurisprudência em sentido contrário. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo possui a Súmula 27 permitindo, expressamente, que a Administração faça essas duas exigências de forma simultânea:

Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência.

Essa segunda vertente baseia-se na finalidade de cada uma das exigências.

O patrimônio líquido mínimo, seria o valor que os proprietários da empresa têm aplicado, divide-se em: Capital Social; Reservas de Capital; Ajustes de Avaliação Patrimonial; Reservas de Lucros e Prejuízos Acumulados. Com relação a sua finalidade cabe citar Marçal Justen Filho, na obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição, Editora Dialética, pág. 349:

A exigência de patrimônio líquido poderá ser imposta em casos de compras para entregas futuras, de obras ou serviços. Nesses casos, a prestação imposta ao particular não se encontrará elaborada no momento da assinatura do contrato. Portanto, o particular deverá investir recursos para produzir a prestação. O patrimônio líquido mínimo será uma evidência de que ele dispõe dos recursos para tanto. Caberá ao edital, em cada caso, adotar essa previsão, justificando-a

devidamente. Se a execução do objeto do contrato não exigir grande inversão de recursos, a cláusula de patrimônio líquido mínimo será desnecessária

Já o capital mínimo, seria o montante total de recursos, financeiros ou materiais, que os sócios se comprometem a aplicar (investir) na empresa, e conforme exposto acima pertence ao grupo de contas patrimônio líquido, tendo por analogia a mesma função de garantir o adimplemento da obrigação contraída pela empresa.

No caso da garantia da proposta, prevista no art. 31, inciso III, da Lei de Licitações, esta não seria um requisito que visa garantir a execução, uma vez que após a finalização do processo será devolvida para todos os licitantes.

Dessa forma, observa-se que as finalidades distintas possibilitariam a acumulação das exigências. Esse fato é reforçado pela possibilidade de cumular garantia da proposta com garantia da execução, plenamente aceita pela jurisprudência, uma vez que tem finalidades opostas.

Considerando a argumentação apresentada, sugere-se que seja considerada improcedente a alegação da Representante relativa ao excesso de garantia.

2.2.3. Da não abertura de prazo para recurso

Segundo o representante⁹:

Diante do exposto, vê-se que restaram inabilitadas 4 (quatro) empresas de um total de 5 (cinco) participantes, inclusive a Representante, em razão de não terem apresentado garantia de proposta como condição de participação no certame, restando habilitada apenas uma empresa.

Na mesma data, sem oportunizar prazo recursal às licitantes, a Comissão Permanente de Licitações procedeu à abertura da proposta de preços da única empresa habilitada, declarando-a vencedora do certame.

Frisa-se: a Comissão Permanente de Licitações procedeu à abertura dos envelopes das propostas na mesma data da abertura dos envelopes da habilitação, sem conceder prazo para a apresentação de recursos e sem prévia renúncia ao prazo recursal pelas licitantes.

A narrada situação apenas foi conhecida pela ora Representante na data de 25 de novembro do corrente ano, quando o município de Capivari de Baixo publicou em seu sítio da internet concomitantemente todas as atas da licitação, ou seja, da abertura dos documentos de habilitação, do julgamento dos documentos de habilitação e da abertura das propostas.

A Representante, irredignada com as irregularidades supra evidenciadas, interpôs, tempestivamente, na data de 02 de dezembro de 2019, Recurso Administrativo face aos atos que cercearam o direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório das licitantes e, ainda, da previsão no instrumento convocatório de cláusulas que redundaram a eliminação da maioria das empresas, que afastaram indevidamente a Administração do interesse público de obtenção da proposta mais vantajosa.

No entanto, o município de Capivari de Baixo negou provimento do aludido Recurso, aduzindo apenas que o direito da Representante de contestar o instrumento convocatório decaiu pelo simples fato de ter participado do certame.

A ata de abertura do certame¹⁰, do dia 22/11/2019, indica que foram protocoladas as propostas das seguintes empresas: (i) Magapavi Construtora Terraplanagem e Paviment. Ltda; (ii) WB Empreiteira de mão-de-obra Eirelli; (iii) Estruturar Construção Civil Ltda; (iv) Prosud Construtora Eireli; e (v) CEIA Consultoria Empr. Assessoria Ltda. Ressalta que “nenhum representante dos mesmos se fez presente na sessão”. Procedeu-se, então, com a desclassificação de quatro proponentes, restando habilitada¹¹ a empresa Magapavi Construtora Terraplanagem e Pavimentação Ltda. No mesmo dia, foi exarada a ata de julgamento da proposta¹², com a abertura da proposta comercial da empresa habilitada. Finaliza indicando que “abre-se prazo recursal e publique-se”.

O art. 43 da Lei Federal n. 8.666/93 indica os procedimentos a serem realizados no processamento de uma licitação:

Art. 43. A licitação será processada e julgada em observância dos seguintes procedimentos:
 I – abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;
 II – devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;
III – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;
 [...] (Grifou-se)

Ainda, o art. 109 da mesma lei prevê os casos em que cabe recurso administrativo:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:
 I – recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura de ata, nos casos de:
 a) habilitação ou inabilitação do licitante;
 [...]

Resta comprovado nos autos que entre as etapas da habilitação e de julgamento das propostas não foi aberto o prazo para interposição de recursos, bem como não houve expressa declaração de todos os licitantes renunciando a esse direito, uma vez que não estavam presentes na sessão.

Mais uma vez, a irregularidade representada é procedente.

10 Fl. 105

11 Fl. 107

12 Fl. 108

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*.

Nesse caso, as três irregularidades apuradas caracterizam o *fumus boni iuris*, porém não está presente o *periculum in mora*. Conforme publicação no Portal da Transparência do Município¹³, o contrato já fora assinado em 11/12/2019. Ressalta-se que a representação foi protocolada nesta Corte de Contas em 10/12/2019.

Assim, sugere-se a audiência do Sr. Nivaldo de Sousa, Prefeito Municipal de Capivari de Baixo e subscritor do edital.

3. CONCLUSÃO

Considerando o Edital de Tomada de Preços n. 11/2019 lançado pela Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo, que possui como objeto “contratação de empresa(s) especializadas(s) em obras e serviços de engenharia para a total execução (compreendendo material e mão-de-obra) para Construção do Centro de Educação Infantil Pedra Santos Souza, conforme Memorial Descritivo, Orçamento, Cronograma Físico-Financeiro, Projeto e demais anexos ao edital” e teve a abertura do certame no dia 22/11/2019 e contrato assinado em 11/12/2019.

Considerando a Representação encaminhada pelo Sra. Karine Jeremias Menegaz, representante legal da pessoa jurídica Prosud Construtora Eireli, CNPJ n. 23.081.206/0001-99, requerendo a impugnação do Edital de Tomada de Preços n. 11/2019.

Considerando que as irregularidades apresentadas quanto a exigência de comprovação do recolhimento da garantia da proposta antes da data limite para apresentação das propostas e a não abertura de prazo para recurso procedem.

Considerando que há jurisprudência que possibilita a exigência da garantia da proposta cumulativa com capital social ou patrimônio líquido mínimos.

Considerando que o contrato já foi assinado, não estando presente o *periculum in mora*.

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

3.1. CONHECER da Representação, formulada nos termos do art. 113, § 1º, da Lei Federal n. 8.666, 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.

3.2. INDEFERIR O PEDIDO DE SUSTAÇÃO CAUTELAR DO CERTAME, tendo em vista que não estão presentes os requisitos para sua concessão, uma vez que o certame foi homologado e teve seu contrato assinado em 11/12/2019.

3.3. DETERMINAR A AUDIÊNCIA do Sr. Nivaldo de Sousa, Prefeito Municipal de Capivari de Baixo e subscritor do edital, inscrito no CPF 377.691.629-04, para que, no prazo de 30 dias, a contar do recebimento da deliberação, nos termos do art. 29, § 1º da Lei Complementar Estadual n. 202/00 e no inc. II do art. 5º da Instrução Normativa n. TC-0021/2015, apresente justificativas acerca da irregularidade listadas abaixo:

3.3.1. Exigência de comprovação do recolhimento da garantia da proposta antes da data limite para apresentação das propostas, em ofensa ao art. 31, inciso III, da Lei Federal n. 8.666/1993, bem como os princípios da moralidade e probidade administrativa (item 2.2.1 deste Relatório).

3.3.2. Não abertura de prazo para recurso de inabilitação, contrariando os arts. 43 e 109 da Lei Federal n. 8.666/1993 (item 2.2.3 deste Relatório).

3.4. DAR CIÊNCIA do Relatório e da Decisão ao Representante e ao Responsável pelo Controle Interno da Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo.

É o Relatório.

Diretoria de Controle de Licitações e Contratações, em 21 de janeiro de 2020.

Auditora Fiscal de Controle Externo

De acordo:

DENISE REGINA STRUECKER

Diretora