



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE

Assessoria Jurídica

Assunto: Análise jurídica do Edital para contratação de serviços comuns de engenharia.

Vem a esta Assessoria Jurídica, solicitação do Pregoeiro Municipal, para análise da minuta de Edital relativa a contratação de serviços comuns de engenharia. Primeiramente, cumpre informar que se faz necessário indicar o Decreto Municipal nº 36/2017, que trata do Sistema de Registro de Preços no âmbito do Município de Soure, posto que o Decreto Federal nº 7.892/2013 obriga, única e exclusivamente a União, em atenção à autonomia político-administrativa concedida aos Municípios pela Constituição Federal.

Cabe esclarecer, primacialmente, que os procedimentos de aquisição pública, seja de serviços ou de bens, visam sempre a melhor proposta para a Administração e, dentro desse foco, alguns itens do Edital podem gerar desclassificação ou descredenciamento por formalidade excessiva. O Tribunal de Contas da União já se manifestou nesse sentido:

O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais. (Decisão TCU nº 695/1999)

Tem-se que, no item 11.4.2 há vedação para que empresas que estejam sob falência e recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, concordata ou insolvência, em processo de dissolução ou liquidação, estariam proibidas de participar do Certame. Entretanto, tal regra conflita com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual nos ensina:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE

Assessoria Jurídica

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).
2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.
3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).
- 4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.**
5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.
6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 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.
- 7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.**
8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018)

Portanto, a cláusula acima é restritiva à concorrência no certame e deve ser expurgada do Edital, devendo haver, em caso de participação de empresa em falência ou recuperação judicial, análise acerca da viabilidade econômica da licitante em tais condições. Quanto ao item 11.4.8, deve-se constar, nos autos da fase interna, a razão pela qual a Administração Pública vetou participação de Consórcios nos procedimentos licitatórios. O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

Relatório de Auditoria do Tribunal tratou das obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF), especificamente do Lote 5, do Edital de Concorrência nº 12011/2011, realizada pelo Ministério da Integração Nacional - (MI). Uma das irregularidades apontadas foi a restrição à participação de empresas em consórcio. Segundo o MI, "a participação de empresas sob a forma de consórcio envolveria a discricionariedade da Administração", sendo que, conforme precedente jurisprudencial do TCU, "o juízo acerca da admissão ou não de empresas consorciadas na licitação dependerá de cada caso concreto". Ao concordar com a alegação apresentada, o relator registrou em seu voto que "há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização". Deveria ser analisada, portanto, a situação de cada empreendimento, a partir de suas variáveis, tais quais o risco à competitividade, as dificuldades de gestão da obra e a capacitação técnica dos participantes. Diante disso, a partir do que fora examinado pela unidade instrutiva, para o relator, **"há que se ponderar para o fato de que cabe ao gestor definir qual o caminho a tomar relativamente à participação ou não de consórcios, de forma motivada no âmbito do processo licitatório"**. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 1246/2006, do Plenário. (Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, TC 037.773/2011-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012.)

Portanto, a recomendação, no caso em apreço, é pela existência de justificativa, por parte da Administração, no que concerne ao veto de empresas, reunidas em consórcio, participarem do procedimento licitatório. Inexistindo tal justificativa, a possibilidade de licitantes consorciados participarem do Certame deve prevalecer.

O item 11.4.17 do Edital assevera que não será aceita a participação de licitante que não apresentar declaração de superveniência de fato impeditivo. O TCU já consagrou entendimento de que tal documento não pode ser objeto de pedido em processos licitatórios, quanto mais significar a desclassificação de um participante, nos seguintes termos:

9.5.5. se abstenha de incluir em seus editais, exigências que não tenham amparo legal, a exemplo da apresentação da declaração de inexistência de fatos impeditivos, fazendo cumprir rigorosamente o disposto no art. 32, § 2º, da lei 8.666/93 com as interpretações pacíficas sobre o referido dispositivo, encontradas na doutrina e na jurisprudência desta Corte; (item 9.5.5, TC-016.026/2009-1, Ac. 5.903/2010-2ª Câmara, DOU de 13.10.2010)



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

Verifica-se na minuta do Edital a declaração de que a licitante cumpre os requisitos do Edital (declaração de habilitação), prevista no art. 4º, VII, da Lei 10.520/2002. Ora, tal documento é necessário por imposição legal, entretanto não deve levar ao descredenciamento ou inabilitação de qualquer licitante.

Apesar de inserta na Lei nº 10.520/2002, tal declaração se consubstancia, unicamente, à ciência, da licitante, de que **cumpr** **os requisitos de habilitação** e, não, do Edital, como indicado. Até mesmo a aplicação do referido dispositivo legal é questionada. O Emérito Jurista Marçal Justen Filho assim leciona:

“A primeira crítica ao dispositivo reside no evidente equívoco: não se trata de uma “declaração de ciência”. Em termos técnicos, essa expressão indica uma manifestação do declarante sobre seu conhecimento tendo por objeto fatos ocorridos. É uma contradição em termos afirmar que um sujeito manifestou “declaração de ciência” de que apresentará um envelope. Na verdade, a declaração exterioriza a manifestação de vontade do interessado declarando que os envelopes que apresentará contêm os documentos exigidos pelo edital e propostas conforme as exigências impostas. Mas a segunda crítica é muito mais séria: qual a utilidade jurídica da declaração? Qual seu efeito? Não há resposta plausível, eis que o relevante é o conteúdo dos envelopes, não a declaração sobre o dito cujo. É evidente que o defeito na documentação ou na proposta não é suprida pela declaração. Ou seja, o sujeito pode apresentar dita declaração, mas isso não o dispensará de cumprir fielmente as exigências do edital. Declaração perfeita e documentação defeituosa conduzem à inabilitação do interessado”

Neste prisma, verifica-se que a declaração acima referenciada, apesar de constar no art. 4º, VII, da Lei nº 10.520/2002, não se afigura como razoável para caracterizar descredenciamento ou inabilitação, posto que pode inibir o caráter competitivo do certame licitatório. O posicionamento desta Assessoria Jurídica é pela manutenção da existência da declaração, que pode ser, inclusive, efetivada, em ata, pelo representante legal no ato da Sessão, apenas como formalidade necessária estabelecida pela Legislação, **mas nunca com poderes para inabilitar ou descredenciar o licitante.**



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

Quanto à Habilitação Jurídica, tem-se que deve ser analisada, de forma cautelosa, o requerimento do comprovante de inscrição no cadastro de contribuintes Estadual (FIC) e Municipal, mormente quando tal fato significar exigir, por exemplo, comprovante de cadastro Estadual para um serviço que será tributado, unicamente, pelo ISS. Sobre tal tema, o TCU pacificou o seguinte entendimento:

5. A unidade técnica constatou que o certame organizado por Furnas apresentou impropriedades referentes à exigência de: **(i) prova de inscrição em cadastro de contribuintes estadual para contratação cujo objeto refere-se a atividade de competência tributária municipal, em desacordo com o art. 29, inciso II, da Lei nº 8.666/1993; (ii) prova de isenção de inscrição estadual, sem previsão no edital e sem amparo nas exigências de regularidade fiscal dispostas no art. 29 da Lei nº 8.666/1993;** e (iii) índices contábeis diversos dos usuais, sem a devida fundamentação em estudo aprofundado e específico que demonstre sua necessidade e adequação com relação ao objeto da licitação, em desacordo com o § 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/1993 e com os Acórdãos nºs 170/2007-TCU-Plenário e 291/2007-TCU-Plenário.
6. Em razão disso, a 9ª Secex propõe que a estatal seja alertada sobre tais falhas.
7. Acolho esta proposta da unidade técnica, pelos fundamentos transcritos no relatório precedente. (ACÓRDÃO Nº 2495/2010 – TCU – Plenário)

Portanto, não parece razoável, em uma licitação que visa, unicamente, a prestação de serviços, requerer a inscrição no FIC Estadual por se tratar de objeto tributado, unicamente, pelo ISS (Imposto sobre Serviços).

No que concerne à qualificação técnica, tem-se que a parte final do item 19.1.2.2 é ilegal. Explica-se. Não há qualquer imperativo legal que obrigue a apresentação de atestado de capacidade técnica em conjunto com as Notas Fiscais ou contrato. Os Tribunais Pátrios já decidiram dessa maneira:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR AS SANÇÕES IMPOSTAS E IMPEDIR A SUSPENSÃO DO CREDENCIAMENTO DA IMPETRANTE DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES.

Não é lícito à Administração Pública fazer exigência que a lei não faz (artigo 30, II, da lei nº. 8.666/93). Sendo assim, a vinculação de comprovação da capacidade técnica por meio de apresentação das respectivas notas fiscais traduz-se ilegal e desarrazoada, violando



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

direito líquido e certo do impetrante. (TJAC Tribunal Pleno, MS nº 5011276320108010000/AC, rel. Juiz Arquilau de Castro Melo, de 13/04/2011)

Portanto, resta consignado que, apenas quando houver fundada dúvida acerca da veracidade dos Atestados de Capacidade Técnica apresentados, caberá ao pregoeiro, através de diligência, solicitar documentos que comprovem a real existência daquela relação contratual havida, posto que, no Estado de Direito brasileiro, prima-se pelo princípio de que a boa-fé é presumida.

Afora estes pontos, verifica-se total cumprimento ao disposto no art. 40 da Lei nº 8.666/1993, com os requisitos indicados nos incisos do referido texto legal.

É o parecer, S.M.J.

Soure (PA), 15 de fevereiro de 2021.

Ely Benevides de Sousa Neto
Assessor Jurídico – OAB/PA 12.502