Parecer n° 290/2022

Anulação de Certame – Restrição indevida aposta no Edital.

Vem a esta Assessoria Jurídica, novamente, o processo nº 003/2022, modalidade Tomada de Preços, para análise acerca de sua regularidade sob o ponto de vista jurídico.

Pela segunda vez, faz-se análise acerca de cláusulas restritivas à competividade no presente Certame. Especificamente neste momento, avaliamos essa determinação de "Declaração Adimplência" com o Município de Soure, aposto no item 22.1, *c*, do Edital:

> c) Comprovação de que é adimplente com o Município de SOURE/PA, para a execução do objeto licitado, através de Declaração de Adimplência, expedido pela Comissão de Licitação, até o terceiro dia que antecede a data de abertura do presente certame.

À Administração é lícito rever os próprios atos, nos seguintes termos:

> "Mas a questão a ser interpretada com alguma cautela para evitar excessos. Considere-se, por exemplo, o acórdão abaixo referido. Ali se consignou que, como a Administração pode rever os próprios atos, caber-lhe-ia o poder para considerar como exeqüível uma proposta que inicialmente tinha merecido qualificação oposta. Ora, a revisão dos próprios atos pela Administração reflete juízos de legalidade ou de discricionariedade. A avaliação de exeqüibilidade de uma proposta não traduz um juízo de discricionariedade – ao menos, não reflete uma margem de autonomia de escolha." (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos)

O Supremo Tribunal Federal já editou a Súmula nº 473 com a seguinte redação:

> A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-

> los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial

Em relação à tal "Declaração de Adimplência", o E. TCU já decidiu da seguinte forma:

> 1.7.1. promover o envio de ciência preventiva e corretiva, nos termos do art. 9º, I, da Resolução TCU n.º 315, de 2020, para que o Município de Milagres do Maranhão - MA adote as medidas cabíveis com vistas a evitar a repetição de falhas semelhantes às falhas ora identificadas no edital do Pregão Eletrônico n.º 12/2021 sobre o momento de envio da documentação para a habilitação das licitantes após a etapa de lances, em desacordo com o art. 26 do Decreto n.º 10.024, de 2019, e sobre a exigência da declaração de adimplência junto ao município para a habilitação dos licitantes, contrariando, assim, os arts. 27 a 31 da Lei n.º 8.666, de 1993, e o art. 40 do Decreto n.º 10.024, de 2019; (Acórdão nº 3.256/2021 – Plenário)
>
> 9.3.3. exigência, na fase de habilitação, de declaração de adimplência, assinada pela comissão de licitação, de que a empresa não tenha nenhum empecilho para com a administração do Município de Teixeira/PB (…), em desacordo com o art. 30 da Lei 8.666/1993; (Acórdão nº 902/2019 – Plenário)

Por se tratar de condição extravagante em relação ao rol taxativo dos arts. 27 à 31 da Lei nº 8.666/1993, inexiste qualquer possibilidade de se considerar a viabilidade de se manter um certame com essa cláusula absolutamente restritiva.

Insta esclarecer que quaisquer documentos que não estejam previstos nos arts. 27 à 31 da Lei nº 8.666/1993 não podem ser incluídos nos Editais, pois o rol é taxativo. O TCU já se manifestou acerca disso no seguinte acórdão:

> **É ilegal a exigência de que atestados de capacidade técnica estejam acompanhados de cópias de notas fiscais ou contratos que os lastreiem, uma vez que a relação de documentos de habilitação constante dos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93 é taxativa.**
> Em Representação acerca de possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pela Coordenação de Aperfeiçoamentode Pessoal de Nível Superior (Capes/MEC), objetivando o registro de preços para contratação de serviços técnicos de apoio à gestão de sistemas de informação daquela fundação, a representante questionara a sua inabilitação "*decorrente do fato de os atestados de capacidade técnica não terem sido apresentados juntamente com contratos e notas fiscais correspondentes, conforme exigido no instrumento convocatório*". Realizadas as oitivas regimentais, a Capes alegou a necessidade de que fossem "*apresentados outros documentos além do atestado de capacidade técnica, para o devido julgamento da capacidade da*

> *empresa*", ressaltando que "*o edital seguiu integralmente as disposições legais*".A relatora rebateu, destacando que "*a exigência de que atestados de capacidade técnica estejam acompanhados de cópias das notas fiscais ou contratos que os lastreiem fere a Lei 8.666/1993, como aponta firme jurisprudência deste Tribunal*". **Acrescentou que "*a relação de documentos constante dos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativa*", a exemplo dos precedentes contidos nos Acórdãos 597/2007-Plenário e 1564/2015-Segunda Câmara**.Sobre o caso concreto, a relatora observou que "*a representante comprovou ter a capacidade mínima exigida pelo certame, visto que a apreciação inicial do atestado foi condição suficiente para certificar que a empresa atendeu ao termo de referência*". Observou ainda que a fundação, em momento anterior à desclassificação da representante, promovera diligências para sanar a dúvida quanto a esse aspecto e teve a oportunidade de concluir que o atestado de capacidade técnica apresentado atendia as exigências do edital, "*conforme atestou a Diretoria de Tecnologia e Informação daquela entidade por meio da nota técnica (...)acostada aos autos*". Em vista do exposto pela relatora, o Tribunal considerou a Representação procedente e fixou prazo para que a Capes tornasse sem efeito a inabilitação e a desclassificação da representante, cientificando ainda a fundação de que "*a exigência de apresentação de atestados de capacidade técnica juntamente com as notas fiscais e/ou contratos prevista no edital do pregão eletrônico (...) não encontra amparo no art. 30 da Lei 8.666/1993 e na jurisprudência desta Corte*".***Acórdão 1224/2015-Plenário*, TC 003.763/2015-3, relatora Ministra Ana Arraes, 20.5.2015.**

Portanto, a simples inclusão de documento estranho ao indicado nos arts. 27 à 31 da Lei nº 8.666/1993, por si só, já se consubstancia em cláusula restritiva à competitividade do certame. De outra ponta, obviamente que, respeitando o contraditório e ampla defesa, licitantes que tenham sido regularmente punidos com suspensão do direito de licitar ou ainda declaradas inidôneas pela Administração Pública Municipal não poderão participar do certame e isso, claramente, é mecanismo de controle da própria Administração e não dos licitantes.

Desta forma, recomenda-se que o pregoeiro diligencie no sentido de obter a relação de empresas eventualmente apenadas pela Administração Pública Municipal, como também pode fazer uso do CEIS (Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas) e outros meios necessários disponibilizados para consultas.

Desta forma, está clara a nulidade do Edital e restrição à competitividade gerada pela cláusula, razão pela qual o processo deve ser anulado e, consequentemente, republicado o Edital com as devidas correções.

É o parecer, S.M.J.

Soure (PA), 15 de Julho de 2022.

ASSINADO DIGITALMENTE
ELY BENEVIDES DE SOUSA NETO
A conformidade com a assinatura pode ser verificada em:
http://serpro.gov.br/assinador-digital
SERPRO

Ely Benevides de Sousa Neto

Assessor Jurídico – OAB/PA 12.502