

A/C Prefeitura de Goiania - Impugnação

De : juridico@semexbrasil.com.br

ter, 03 de mai de 2022 18:41

Assunto : A/C Prefeitura de Goiania - Impugnação

 2 anexos

Para : semad gerpre <semad.gerpre@goiania.go.gov.br>

Aos Cuidados da Prefeitura de Goiânia
Secretaria Municipal de Administração - SEMAD

Vem respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Senhoria, dentro do prazo legal, IMPUGNAR o edital da licitação supracitada, expondo para tanto os fatos e fundamentos a seguir deduzidos conforme anexos acompanhado de documento comprobatório de representação Legal

Att,

Maxtunay França
Representante Legal

(61) 99676-5179

 **impugna pregao goiania-1 (1).pdf**
2 MB

 **PORTARIA No 30, DE 28 DE SETEMBRO DE 2015 - Imprensa Nacional.pdf**
46 KB

**À
PREFEITURA DE GOIÂNIA – GO**

IMPUGNAÇÃO AO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 012/2022

SEMEX SA DE CV com sede na Quadra 02 Setor Hoteleiro Norte edifício Executive Office Tower, salas 1018 e 1019, através de seu procurador e representante legal, Sr. Maxtunay Ferreira França, Brasileiro, Casado sob o CPF nº 814.693.305-04, RG nº 320.630 SSPF-DF, ora designado Representante Legal, vem respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Senhoria, dentro do prazo legal, **IMPUGNAR** o edital da licitação supracitada, expondo para tanto os fatos e fundamentos a seguir deduzidos:

I- DO PREÂMBULO

Está marcado para o dia **11 de maio do corrente ano** o Pregão Eletrônico acima citado cujo objeto é a *“Contratação de empresa para prestação dos serviços técnicos especializados de manutenção preventiva e corretiva, em campo e laboratorial, do sistema semafórico instalado no município de Goiânia, compreendendo: fornecimento, manutenção e comunicação de software de controle de tráfego, tanto local como remoto; e, a implantação de um Centro de Controle Operacional - CCO, em atendimento à Secretaria Municipal de Mobilidade - SMM, conforme condições e especificações estabelecidas no Edital e seus Anexos, para inclusão no Sistema de Registro de Preços”*.

Ocorre que o instrumento convocatório desta licitação está fazendo uma exigência que vai de encontro à própria essência da licitação que é garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame ao maior número possível de concorrentes, senão vejamos

II – DOS FUNDAMENTOS

II.i – AGLUTINAÇÃO DE LOTES EM PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE

Em que pese o novo edital possibilitar a participação de empresas reunidas em regime de consórcio, o princípio da competitividade ainda persiste em estar comprometido.

Conforme será explicado, a administração busca por meio do presente processo licitatório a **contratação de uma única empresa** que realize os objetos dos **lotes 01 e 02 (serviços de manutenção do Centro de Controle Operacional e do Sistema Semafórico)**.

Sendo assim, ao promover a contratação conjunta dos **serviços de manutenção vinculando ao software da central** – os quais deveriam ser contratados separadamente - a administração está restringindo o número de empresas da participação no certame, desatendendo ao disposto na Lei 8.666/93 e ao posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Goiás. Nesse sentido, a ilegalidade do ato fica caracterizada por violar expressamente o que dispõe o **artigo 15, IV e 23, §1º da Lei 8.666/93, que determina como regra para contratação pelo poder público, a contratação dividida dos serviços**: A Lei nº 8.666/93 é explícita ao

determinar o parcelamento do objeto como regra, conforme se verifica do **art. 15, IV, e do art. 23, §1º:**

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

(...) IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...) § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

Com relação ao tema, o **Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo**, como orientação, assim explica quanto a restrição à competitividade provocada pela aglutinação infundada:

“Tratando-se de processo licitatório, o termo “aglutinação” significa agrupar mais de um serviço ou produto em um único objeto a ser licitado. Entretanto, a opção pela aglutinação deve ser acompanhada de uma justificativa apropriada que assegure a ampla competitividade do certame. Isto porque a aglutinação do objeto é medida excepcional em razão do art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93, que impõe o fracionamento como regra. Em tese, não há

*impedimento legal à aglutinação de produtos em lotes, desde que seja considerado o agrupamento de produtos afins, a título de garantir maior competitividade e a obtenção de preços mais vantajosos. **Uma aglutinação infundada impede a participação de licitantes incapazes de fornecerem todos os serviços que compõem o objeto do edital, por exemplo, uma aquisição de autopeças atrelada a um serviço de instalação, tal agrupamento restringe a participação de empresas cujo objeto social seja apenas a venda de autopeças. E foi devido à aglutinação de serviços distintos em um único processo licitatório que o Colegiado Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo decidiu pela procedência da representação contra o edital do Pregão Eletrônico SESP nº 001/2019, promovido pela Secretaria Estadual de Esportes.***

<https://www.mpc.sp.gov.br/inicio-do-processo-licitatorio-cuidado-com-a-aglutinacao-de-servicos-ou-produtosdistintos/>

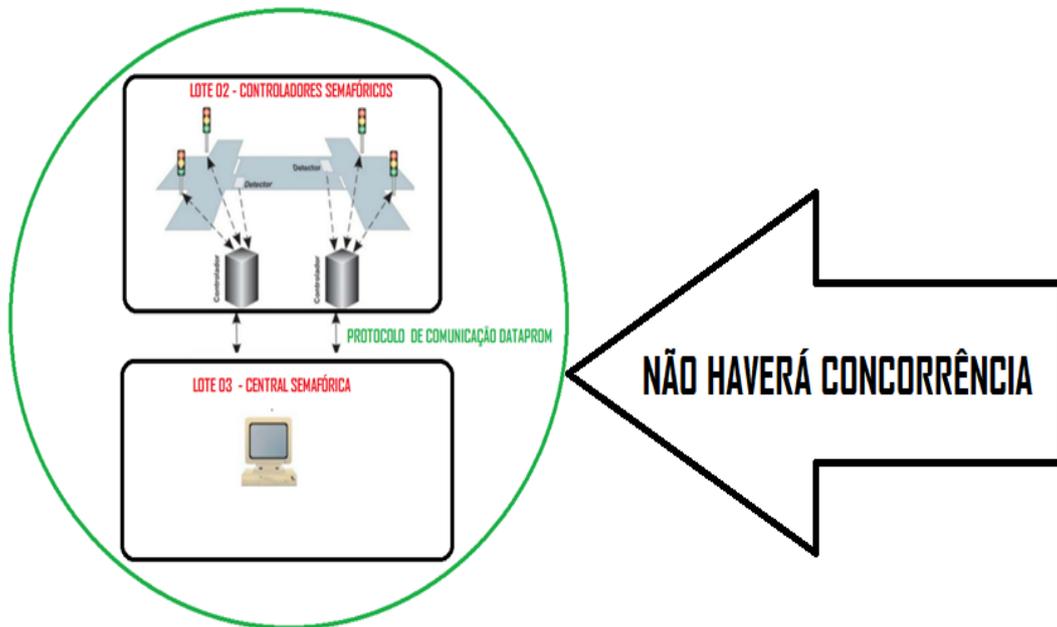
Ademais, acerca da questão, o **Tribunal de Contas da União**, para garantir a maior participação de licitantes em um certame, assim consolidou o seu posicionamento acerca da obrigatoriedade do fracionamento do objeto, por meio da **Súmula 247**:

“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou

aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.”

Veja que o único lote que possibilita a concorrência é o **Lote nº 01**, que corresponde a **menos de 4% (quatro por cento) do valor total da contratação**. Isso também demonstra que não há uma divisão coerente e legal dos lotes.

Sendo a formação de lotes como está, “amarrada” ao protocolo de comunicação da DATAPROM, o fato é que não haverá concorrência, como se verifica na ilustração abaixo:



II.ii- USO INDEVIDO DO REGISTRO DE PREÇOS

Consoante consta ao seu preâmbulo, a presente licitação se dará como registro de preços - no entanto, pelo contexto do edital e seu termo de referência, não se está diante de hipótese que dê margem à utilização do registro de preços, conforme estabelecido ao art. 3º do Dec. 7.892/13:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

É importante saber que nem se trata de um fornecimento parcelado – pois há de se ter alguma previsão de entrega já experimentada pela Gestão Pública – nem tampouco se está diante da ocorrência de reiteradas licitações com o mesmo objeto – o que se sabe não ser a realidade.

Assim, carece de motivação a adoção do registro de preços, situação criticada pela **Controladoria Geral da União**:

“É importante ressaltar que os órgãos e entidades, quando da utilização de licitação para registro de preços, devem fundamentar, formalmente, nos autos do processo, em qual das hipóteses estabelecidas pelo art. 3º do Decreto nº. 7.892/2013 está amparada a licitação para Sistema de Registro de Preços – SRP.” (in Sistema de Registro de Preços – Perguntas e respostas – Ed. 2014 – pg. 14.)

E assim ocorre por uma razão bastante direta: **o objeto licitado NÃO É COMPATÍVEL COM O SISTEMA DO REGISTRO DE PREÇOS**. De tal forma, tem-se que a opção pelo regime de registro de preços se encontra destituída das exigências legais para sua eleição, tendo-se por nulo todo o certame, de forma a preservar, em maior grau, a legalidade dos atos administrativos.

E nesse sentido, os atos da Administração Pública devem estar pautados principalmente pelo princípio da FINALIDADE, que devem estar voltados precipuamente ao atendimento do interesse público, conforme precisa doutrina de **Maria Sylvia Di Pietro, op.cit. pg. 212**:

“... a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. (...) .conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará

fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal.”

II.iii – DA PROBLEMÁTICA DA ADMINISTRAÇÃO EM MANTER UMA FUTURA CONTRATAÇÃO COM UMA EMPRESA CONSIDERADA INIDÔNEA

Para continuar atuando a DATAPROM se escora em uma liminar do Tribunal de Justiça do Paraná, a qual ainda depende de julgamento de mérito. Contudo, o que permanece de forma cristalina e perene é que a **referida empresa foi considerada inidônea pela 3ª Turma Cível do TJDFT**, conforme se verifica no texto do próprio site do Tribunal, o qual nos permitimos transcrever abaixo:

“A 3ª Turma Cível do TJDFT condenou por atos de improbidade administrativa o ex-Diretor-Geral do Departamento de Trânsito do Distrito Federal – Detran/DF, Rômulo Augusto de Castro Félix, e a ex-diretora do Departamento de Engenharia de Trânsito do órgão, Yara da Silva Geraldini, por terem efetuado contrato emergencial sem licitação de serviço de fiscalização eletrônica para avanço semafórico. Também foi condenado o Consórcio SDF – SITRAN, DATAPROM e FISCAL pelas vantagens auferidas com a negociação.

Os réus tiveram seus direitos políticos suspensos por 5 anos e estão proibidos de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou

creditícios. Deverão, ainda, pagar multa correspondente a 10 vezes o valor bruto da última remuneração recebida quando estavam nos respectivos cargos, conforme determina a Lei 8.429/92. Já o consórcio que realizou a licitação foi condenado ao pagamento de multa civil, fixada em 30% do valor do contrato celebrado com a autarquia, e também foi proibido de contratar com entes públicos ou receber benefícios fiscais ou creditícios por 5 anos.

De acordo com a ação proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, a ré Yara Geraldini, enquanto no exercício do cargo, em 2014, solicitou a contratação emergencial dos serviços de fiscalização eletrônica nos semáforos, baseada em despacho anterior do réu Rômulo Augusto, o qual determinava a tomada de “providências para a celebração urgente de nova contratação emergencial de serviços de monitoramento e gestão das informações de tráfego e fiscalização eletrônica nas vias urbanas do DF com o uso de registrador eletrônico de infrações de trânsito”. O argumento apresentado pela ex-diretora foi a natureza contínua e indispensável à segurança e à fluidez do trânsito do serviço em questão.

Contudo, para o MPDFT, a situação de emergência relatada pelos gestores foi “fabricada” e os réus teriam agido de má-fé, pois não adotaram as medidas necessárias para que houvesse a regular contratação do serviço.

Em sua defesa, o Consórcio SDF sustentou que a contratação foi regular e pontuou que o DETRAN-DF tenta realizar licitação desde 2012, mas teriam ocorrido diversas paralisações no procedimento, em razão de determinações judiciais e do Tribunal de Contas do DF. Dessa maneira, a urgência decorreu da impossibilidade de conclusão do procedimento licitatório por motivos

alheios à vontade da direção da autarquia. Entende que encontra configurada situação que justifica a contratação emergencial do serviço para que fosse resguardada a segurança de motoristas e pedestres.

No mesmo sentido, a ré Yara Geraldini defendeu que o serviço contratado tem natureza essencial e que não foi possível a conclusão do procedimento licitatório por motivos alheios à atuação da Administração Pública. Destacou terem sido emitidos diversos pareceres favoráveis à contratação emergencial e que teria atuado na qualidade de diretora substituta apenas durante o período de férias do titular, portanto, não teria condições de influenciar na decisão do Detran/DF em relação à contratação questionada.

O réu Rômulo Augusto sustenta que o ajuizamento da ação de improbidade foi originada de uma “denúncia de cunho político” e que fora absolvido dos crimes ora imputados na esfera criminal. Alegou também ter assumido a diretoria-geral do Detran/DF quando faltavam 12 dias para o encerramento do contrato vigente, sem que o procedimento licitatório tivesse chegado à fase de conclusão. Por conta disso, providenciou a contratação emergencial que foi, inclusive, corroborada pela Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal.

Os réus foram absolvidos na 1a. instância, mas para o desembargador relator, o procedimento licitatório para celebração de novo contrato emergencial foi dispensado indevidamente, em flagrante violação à Lei 8.666/1993, pelo fato de não se tratar de situação de emergência e por extrapolar consideravelmente o prazo de 180 dias. “Assim, além da percepção a respeito da situação irregular do contrato em vigência, e das contratações emergenciais anteriormente procedidas, possibilitaram a celebração de novo

contrato que permitiu que a situação de dano ao erário público se perpetrasse”, acrescentou o magistrado.

Restou provado para o julgador que o Consórcio SDF foi beneficiado direto das sucessivas contratações ilícitas em situação de emergência fabricada, inclusive, no contrato analisado. “No atual contexto local e nacional de promiscuidade nas contratações procedidas pela Administração Pública não é possível dissociar a atuação da prestadora dos serviços da atuação dos agentes públicos ímprobos, ficando evidenciado o intuito de obter, com a prática do ilícito perpetrado, proveito econômico próprio, direto ou indireto, em detrimento do interesse público”.

Por fim, o relator ponderou que o argumento de que a continuidade do funcionamento da fiscalização efetuada pelos radares instalados no DF possibilitaria a salvaguarda da vida e da integridade física dos condutores e passageiros de veículos automotores denota que os agentes públicos envolvidos nos acontecimentos narrados, “certamente confiantes na impunidade em relação aos seus atos, perderam completamente o próprio senso crítico”. O magistrado entende que “a aplicação de sanções administrativas em virtude da prática de infrações de trânsito constitui apenas a resposta repressiva dada pela Administração Pública. O controle eletrônico da prática de eventuais infrações (...) não consubstancia atividade preventiva em relação à ocorrência de eventuais desvios de comportamento pelos condutores de veículos, tampouco podem servir de desculpas para a celebração de contrato sem as devidas solenidades legais”.

PJe2: 0036669-07.2015.8.07.0018

<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/setembro/ex-diretores-do-detran-df-e-consorcio-de-empresas-sao-condenados-por-licitacao-irregular-e-proibidos-de-contratar-com-o-poder-publico-por-5-anos>

A esse respeito, veja como o Ministério Público de São Paulo entende sobre essa questão, da qual uma empresa condenada por inidoneidade por um determinado órgão venha a participar de licitação em outro:

“Daí se extrai que, administrativamente, o Poder Público dispõe de poderosa arma para extirpar (mesmo que temporariamente) do rol de empresas passíveis de contratação, aquelas que não são confiáveis, seja pela inexecução (parcial ou total) de contrato, seja por fatores outros que podem ser estendidos para todas as situações em que se entenda pela inidoneidade da empresa.

Tal possibilidade decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, ainda que em relações contratuais, conforme disciplinado pelo artigo 54 da Lei nº 8.666/93: o Poder Público pode impor, desde que assegurada a defesa da empresa, as penalidades de suspensão de contratar e de declaração de inidoneidade, independentemente de pronunciamento judicial.

A par disto, a Lei nº 8.429/92, no rol das penas aplicadas em casos de improbidade administrativa, estabelece no artigo 12, incisos I, II e III, que as pessoas jurídicas de direito privado podem ser condenadas judicialmente à proibição de contratar com o Poder Público, direta ou indiretamente, pelos prazos, respectivamente, de 10 (dez), 5 (cinco) ou 3 (três) anos.

Em todos os casos, em que pese a existência de opiniões contrárias a respeito, prevalece o entendimento de que a suspensão temporária, a declaração de inidoneidade e a proibição de

contratação temporária, devem abranger todos os entes de direito público, e não apenas aquele que teve seu patrimônio lesado pela empresa.

Há corrente doutrinária que entende que as penalidades de suspensão temporária de licitar e de declaração de inidoneidade restringem-se apenas às licitações do ente público que as aplicou, ou seja, o efeito é restritivo⁴⁸. [48. Vide Carlos Ari Sundfeld, in A Abrangência da declaração de inidoneidade e da suspensão de participação em licitações, Web Zênite – 240/169/março/2008, e Toshio Mukai, Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, 2ª ed.]

Outra parte da doutrina⁴⁹ admite o efeito extensivo a todos os entes da Administração Pública no caso de declaração de inidoneidade, e o efeito restritivo (aplicação somente pelo ente que impôs a sanção) no caso de suspensão temporária. Tal corrente entende que o artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93 (que versa sobre a suspensão temporária), ao expressar apenas o vocábulo Administração, dá margem à interpretação que se refere apenas à pessoa jurídica de direito público que aplicou a sanção (interpretação extraída do artigo 6º, inciso XII, da Lei nº 8.666/93), ao tempo em que o artigo 87, inciso IV, como consta a expressão Administração Pública, faz compreender todos os entes públicos, e não apenas o que determinou o sancionamento (entendimento extraído do artigo 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93). [49. Marçal Justen Filho, in Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 382.]

Entretanto, apesar de tais entendimentos acerca do assunto, não se pode admitir interpretação restritiva em quaisquer dos casos.

Não se mostra razoável, nem mesmo legítimo sob os olhos dos princípios que devem reger a Administração Pública, dentre eles os da legalidade, moralidade e eficiência, que determinada empresa não possa contratar com o Município X, mas esteja apta, mesmo suspensa, declarada inidônea ou proibida, a contratar ou participar de licitação com o Município Y (muitas vezes vizinho do primeiro), com o Estado a qual pertence o Município X, ou mesmo com a União.

Inviável que a pessoa jurídica de direito privado que já se mostrou inapta a firmar e a dar cumprimento a contratos públicos, tenha tratamento diferenciado perante os entes da Administração e, ao contrário do apurado em seu detrimento, seja considerada idônea por outra pessoa de direito público.

As sanções mencionadas têm reflexo patrimonial na pessoa jurídica de direito privado, buscam puni-la de modo severo, limitando a possibilidade de auferir lucros mediante contratos travados com a Administração Pública.

Resultaria letra morta na legislação a possibilidade da empresa ser condenada a não contratar com determinado ente público e, em contrapartida, ser agraciada com contratos públicos até mesmo mais vultosos ao que gerou a condenação. A pessoa jurídica de direito privado, a partir do momento em que sofre a penalidade (administrativa ou judicialmente), recebe um título, assim como ocorre com pessoas que cometem infrações penais, de maus antecedentes, que deve ser observado por todos os entes públicos que estejam prestes a contratá-la.

Nem se pode dizer, também, que a diferenciação entre as expressões Administração e Administração Pública do artigo 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93,

pode ser determinante à definição da abrangência da aplicação das penalidades, afinal parte-se do princípio que a Administração Pública é una e somente se divide para melhor atender os interesses dos cidadãos. Também calha destacar que a falta de técnica legislativa pode ter dado margem a tal distinção desnecessária entre as expressões em comento. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto é pacífico no sentido que as penalidades administrativas aplicadas estendem-se a todos os entes públicos (âmbito nacional) e, por conseguinte, também a sanção prevista na Lei de Improbidade Administrativa de proibição de contratar com o Poder Público:

“Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Suspensão temporária. Distinção entre Administração e Administração Pública. Inexistência. Impossibilidade de participação de licitação pública. Legalidade. Lei 8.666/93, art. 87, inc. III. É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não participação em licitações e contratações futuras. A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da “suspensão de participação em licitação” não poder ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. Recurso Especial não conhecido.”

(STJ, [Recurso Especial nº 151567/RJ](#), rel. Ministro Francisco Peçanha, j. 25/02/2003).

“Mandado de segurança. Penalidade aplicada com base na Lei 8.666/93. Divulgação no Portal da Transparência gerenciado pela CGU. Decadência. Legitimidade passiva. Lei em tese e/ou ato concreto. Dano inexistente.

1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade.

2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado.

3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.

5. Segurança denegada”. (STJ, S1 – Primeira Seção, [MS 19,657/DF](#), Rel. Min. Eliana Calmon, j. 14/08/2013, p. DJe 23/08/2013).

No mesmo sentido colaciona-se entendimento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança. Lei 8.666/93, art. 87, III. É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração – A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum – A limitação dos

efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. Recurso não provido”. (TJSP, [Apelação Cível nº 00395542-51.2009](#), Rel. Des. José Luiz Germano, j. 14/06/2011). “Mandado de Segurança. Licitação. Empresa excluída de procedimento licitatório na modalidade de Pregão Presencial. Sentença concessiva, que anulou referido ato da autoridade impetrada e os subsequentes, e determinou designação de nova data para a sessão pública. Ao contrário da interpretação restritiva dada pela r. sentença à cláusula do edital de licitação nº 6.2, a suspensão temporária imposta à impetrante de licitar e contratar com a UNESP, penalidade aplicada com fulcro no artigo 7º da Lei Federal nº 10.520/2002, estende-se a todo e qualquer outro órgão da Administração Pública, consoante também preconiza o artigo 87, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93. Precedentes deste Egrégio Tribunal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Recurso oficial, único interposto, provido, para denegar a segurança”.

(TJSP, [Apelação Cível nº 0018567-51.2009.8.26.0071](#), Rel. Aroldo Viotti, 11ª Câmara de Direito Público, j. 28/05/2013).

Daí se conclui que o Poder Público, nas vezes que deseja firmar contratos para a realização de obras, serviços ou fornecimento de produtos, tem o dever, diante do atual regramento legal e entendimento jurisprudencial formado, de verificar com cautela as empresas que podem participar da licitação (ou as que podem ser chamadas nos casos de dispensa/inexigibilidade) e, ulteriormente, firmar contratos.

Independentemente de não estar expressa tal verificação nos artigos 27 a 37 da lei nº 8.666/93 e no artigo 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/02, que disciplinam a fase de qualificação da pessoa jurídica de direito privado em licitações, é evidente que, para se evitar a contratação de empresa suspensa, declarada inidônea ou proibida de contratar, há a obrigação de avaliar quem é ou não apto a firmar avenças com o Poder Público.

A falta de verificação acerca da existência de impedimentos legais pode acarretar prejuízos imensos no futuro, o que por certo deve ser evitado pelos agentes públicos.

Diligências na instrução do inquérito civil:

Deparando-se com notícias a respeito da participação em licitações de empresas suspensas, declaradas inidôneas ou proibidas de contratar, ou mesmo de contratação de tais empresas sem licitação, deve o Promotor de Justiça instaurar procedimento preparatório de inquérito civil ou inquérito civil (dependendo da verossimilhança das informações recebidas), tomando-se as seguintes providências:

- requisitar informações urgentes da Administração Pública e cópia integral do procedimento administrativo pertinente (no caso de convite, da relação de empresas cadastradas), noticiando desde logo a informação recebida acerca da empresa;*
- realizar pesquisas perante cadastros que indiquem a suspensão da empresa, declaração de inidoneidade ou proibição de contratar (vide relação de cadastros no Anexo II do presente trabalho);*
- caso haja a certeza que a empresa é inapta a participar de licitações ou de contratar com o Poder Público, ao*

invés de noticiar a informação, desde então poderá ser expedida recomendação ao agente público para que exclua a empresa do certame (dependendo do tipo de licitação e da fase em que o procedimento se encontra) ou, caso já tenha sido contratada, que anule a contratação pela ilegalidade existente;

- *sem prejuízo de tal recomendação específica ao caso concreto, poderá ser expedida outra, com o fito de que, doravante, a Administração Pública observe os impedimentos legais das empresas inaptas à contratação, quando da análise da qualificação da pessoa jurídica, mediante pesquisas realizadas, por exemplo, no Portal Transparência, em cadastros nacionais de pessoas jurídicas, junta comercial, municípios da região e outros cadastros citados no Anexo II do presente trabalho, afóra a exigência de declaração da própria empresa de que nada há que impeça sua contratação;*
- *além da apresentação da notícia ao Poder Público ou da recomendação expedida, a fim de se evitar a concretização da contratação, a execução dos serviços ou entrega dos produtos, mostra-se cabível a designação de audiência na Promotoria de Justiça, para que a ilegalidade seja resolvida mediante termo de ajustamento de conduta, que não excluirá a análise posterior de eventual ato de improbidade administrativa;*
- *em caso de omissão dos agentes públicos em resolver a situação, mesmo depois de comunicados a respeito da inaptidão da empresa, deverá ser analisado o cabimento de ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, na qual poderá ser carreado pedido liminar de suspensão do processo licitatório ou, dependendo do caso, da execução contratual, sem prejuízo de pedido liminar de impedimento da pessoa jurídica de direito privado de*

participar de outras (e futuras) licitações; afora os pedidos finais da aludida ação disciplinados no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, deve ser pugnada a decretação de nulidade do procedimento licitatório ou do contrato, ou dependendo do caso (em situações específicas em que a exclusão da empresa não comprometa o certame), de exclusão definitiva da empresa da licitação.

Jurisprudência:

[Apelação nº 0018567-51.2009.8.26.0071.](#)

[Agravo de Instrumento nº 0261331-82.2012.8.26.0000](#) - 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Camargo Pereira j. 25.06.2013 - Segundo a jurisprudência do STJ, é irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, pois a Administração Pública é una. A descentralização das suas funções serve para melhor atender o bem comum. A suspensão de participação de licitação não pode restringir-se a um órgão do poder público ou apenas a uma esfera administrativa, pois os efeitos da penalidade inabilitam o sujeito para contratação com a Administração como um todo.

[Apelação nº 3001221-53.2013.8.26.0311](#) – 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Luciana Almeida Prado Bresciani j. 12.08.2014. Inabilitação de licitante que figura na relação de sanções administrativas. Penalidade aplicada pelo Estado de São Paulo, com fundamento no artigo 7º da Lei 10.520/2002 – Sanção que não se restringe ao âmbito do órgão ou entidade federativa que impôs a medida – Não comprovada a suspensão judicial dos efeitos da punição imposta – Ausência de impugnação ao edital em tempo oportuno – Ação mandamental julgada improcedente, com

denegação da ordem – Sentença mantida – Recurso desprovido.

*Apelação nº 0034032-40.2009.8.26.0576 – 8ª
Câmara de Direito Público, Rel. Des. Osni de Souza j.
12.09.2012. Apelação cível. Mandado de segurança.
Licitação. Impetração visando desconstituir a decisão
de não credenciamento da impetrante no Pregão
Presencial nº 011/2009 do Município de São José do Rio
Preto. Licitante impedida de contratar com a
Administração Pública. Ordem concedida. Reforma que
se impõe. Penalidade que não fica circunscrita ao órgão
que a aplicou. Exame da doutrina e da jurisprudência.
Inadmissibilidade da formulação de pedido de
desistência da impetração após a sentença.
Precedentes. Reexame necessário acolhido. Recurso
voluntário provido.*

*STJ – REsp 151.567/RJ – É irrelevante a distinção
entre os termos Administração Pública e
Administração, por isso que ambas as figuras
(suspensão temporária de participar em licitação (inc.
III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao
licitante a não-participação em licitações de
contratações futuras. A Administração Pública é una,
sendo descentralizadas as suas funções, para melhor
atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da
“suspensão de participação de licitação” não pode ficar
restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do
desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar
com a Administração se estendem a qualquer órgão da
Administração Pública. Fonte:*

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitaes.html

Não cabe aqui querer antecipar uma análise habilitatória e, sim alertar a municipalidade no sentido das consequências que podem advir de se

contratar uma empresa que já fora julgada e considerada inidônea. Veja a seguir a íntegra do parecer do **Ministério Público do Tribunal de Contas de Santa Catarina**.

PARECER nº:	MPTC/42239/2016
PROCESSO nº:	REP 15/00475090
ORIGEM:	Prefeitura Municipal de Florianópolis
INTERESSADO:	Haim Vita Victor Hamaoui
ASSUNTO:	Irregularidades no edital de Pregão Presencial n. 530/SMA/DLC/2015, visando o registro de preços para fornecimento e instalação de equipamentos de sistema de controle viário.

Trata-se de representação encaminhada pela empresa Novakoasin Equipamentos e Sistemas Ltda., representada por seu procurador constituído, Sr. Luciano de Almeida Freitas, contra supostas irregularidades no edital de Pregão Presencial n. 530/SMA/DLC/2015, cujo objeto é o registro de preço para o fornecimento e instalação de equipamentos que compõem sistema de controle viário, operando de forma centralizada, com insumos, por um período de 12 meses, através de suporte técnico, sem limite de atendimento, no Município de Florianópolis.

A presente representação foi autuada sob o protocolo de n. 015551/2015 às fls. 2-30, com juntada de documentos às fls. 31-145.

Basicamente, a representante apontou irregularidades envolvendo a) a vedação de participação de empresas em consórcio; b) a impossibilidade de contratação de

obras por modalidade pregão; c) a impossibilidade de contratação de obras de engenharia por modalidade pregão em razão da inexecutabilidade das propostas; d) a ilegalidade no critério de desclassificação; e) a ilegalidade nos critérios de qualificação técnica; f) a identificação no objeto licitado; e g) a ausência de critério de análise das especificações do Anexo I. Ao final, requereu (fl. 29) a imediata suspensão do certame, cuja sessão de abertura estava marcada para o dia 09/09/2015.

Contudo, no dia 03/09/2015, antes que houvesse a análise de mérito da representação, a Prefeitura Municipal de Florianópolis publicou aviso de suspensão sine die do edital de Pregão Presencial n. 530/SMA/DLC/2015 (fl. 145).

No dia 05/10/2015 o Edital foi republicado com retificações (fls. 146-197v), prevendo a realização de sessão para a data de 20/10/2015.

A representante, então, apresentou nova “manifestação/representação”, sob protocolo n. 018560/2015, às fls. 198-215, reiterando parte dos apontamentos feitos anteriormente, requerendo ao final a imediata suspensão do certame. Foram juntados documentos às fls. 216-370.

A seguir, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações apresentou o Relatório de Instrução DLC n. 493/2015 (fls. 372-382v), em cuja conclusão sugeriu o conhecimento da representação e sua improcedência, com o posterior arquivamento dos autos, em virtude de que “não foram constatadas as supostas irregularidades suscitadas pela Representante” (fl. 382).

Inconformada, a representante apresentou “manifestação com pedido de liminar”, sob o protocolo n. 019143/2015 (fls. 385-392), e apresentou documentos (fls. 393-436), questionando a adjudicação do objeto licitado à empresa Dataprom Equipamentos e Serviços de Informática Industrial Ltda., vencedora do certame.

Em seguida, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações apresentou o Relatório de Reinstrução DLC n. 679/2015 (fls. 438-440), em cuja conclusão sugeriu o conhecimento da representação e no mérito, sua improcedência, com o consequente arquivamento do processo.

Considerando-se que as ilegalidades inicialmente apresentadas pela empresa representante foram com propriedade afastadas no Relatório de Instrução DLC n. 493/2015 (fls. 372-382v), este Ministério Público de Contas

analisará, neste parecer, a suposta irregularidade atribuída ao ato de adjudicação do objeto licitado à empresa vencedora do certame.

A representante alegou a impossibilidade de adjudicação do objeto (fl. 387) arvorada no fato de que o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n. 1975/2013, proferido no processo n. TC-029.026/2011-3, declarou a inidoneidade da Dataprom Equipamentos e Serviços de Informática Industrial Ltda. para licitar com a Administração Pública Federal pelo prazo de 5 anos.

Em vista desse Acórdão, a representante apontou que no item 2.2.4 do Edital, referente às condições de participação no certame, consta que “não poderão participar do Pregão Presencial nº 530/SMA/DLC/2015 as empresas que tenham sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública” (fl. 388).

Colacionou trecho doutrinário que defende o alcance dos efeitos da declaração de inidoneidade a qualquer ente federativo, argumentando que (fls. 389-390):

[...] os incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 determinam que aquele que foi declarado inidôneo está impedido de licitar ou contratar com a Administração. A declaração de inidoneidade é a afirmação, por parte da Administração Pública, de que o licitante não reúne condições de executar contrato administrativo. Portanto, se a licitante DATAPROM não reúne condições para celebrar contratos, também não reunirá para celebrar o contrato objeto do Pregão Presencial nº 530/SMA/DLC/2015.

Importante salientar que a ausência de sanções contra o licitante é um requisito de habilitação, ainda que não expressamente referido no art. 27 da Lei de Licitações. Desta feita, o licitante declarado inidôneo, no caso concreto a DATAPROM, é considerado inabilitado, pois não possui os elementos para garantir o cumprimento das obrigações descritas no Ato Convocatório.

Mais ainda, nos termos do art. 55, XIII, o contratado tem obrigação de manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas pelo Edital, o que aqui não se afigura, haja visto o Acórdão nº AC-1975-28/13-P proferido pelo TCU.

O inidôneo não tem condições de prestar serviços a qualquer entidade que vise o atendimento ao cidadão. O prejuízo econômico ocasionado pela decisão do Sr. Pregoeiro de adjudicar

o objeto do certame à DATAPROM atinge a todos os contribuintes e essa lesão haverá de ser ressarcida ao erário futuramente.

Apontou, ainda, o fato de que o art. 97 da Lei n. 8.666/93 considera crime admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo (fls. 390-391) e asseriu ser a licitação regida pelo princípio do procedimento formal, sendo o processo licitatório vinculado às prescrições legais que o regem (fl. 391).

Em face de tais ponderações, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações argumentou que “a declaração de inidoneidade aplicável pelo TCU não se confunde com a declaração de inidoneidade aplicável pela Administração” (fl. 439), apoiando-se em excerto doutrinário publicado em blog da internet, do qual extraiu a seguinte conclusão (fl. 439):

Desta feita, estão vigentes no ordenamento jurídico pátrio duas modalidades de sanção de inidoneidade: a) aquela prevista no inciso IV da Lei nº 8.666/93, que tem o objetivo de impedir que o particular participe de licitação ou firme contrato com qualquer ente da administração pública; e b) a sanção prevista no art. 46 da Lei Orgânica da Corte de Contas Federal, cujos efeitos da sanção estão restritos à Administração Pública Federal, não se comunicando aos demais entes federativos.

De fato, o art. 87, inciso IV da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública) difere do art. 46 da Lei n. 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

O primeiro prevê que em caso de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado a sanção de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção de suspensão temporária.

O segundo estabelece que verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Neste sentido, a doutrina^[1] traz os seguintes esclarecimentos:

Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal de Contas da União poderá declarar a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal. Convém lembrar, inclusive, que a caracterização de fraude à licitação não está associada ao seu resultado, sendo suficiente a demonstração de o fraudador ter praticado simulação para conferir vantagem para si ou para outrem.

Tal prerrogativa sancionatória não deriva da Lei nº 8.666/93; ela foi expressamente estabelecida pela Lei federal nº 8.443/92, que é a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Não se deve confundir esta prerrogativa com a possibilidade de aplicação da sanção “declaração de inidoneidade” pela Administração (artigo 87 da Lei nº 8.666/93). São competências distintas, exercíveis por órgãos diferentes, através de fundamentação legal diversa. A sanção prevista na Lei Orgânica do TCU possui contornos diferentes da estabelecida na Lei nº 8.666/93.

Embora o efeito seja o mesmo (restrição ao direito de participar de licitação ou de ser contratado), na aplicação desta sanção não há uma relação contratual entre o órgão sancionador (TCU) e o licitante sancionado.

Outrossim, o ilícito desta sanção está relacionado à fraude na licitação, conquanto o artigo 87 da lei nº 8.666/93 tenha como ilícito principal, a inexecução total ou parcial do contrato.

Outra diferença é o prazo máximo da sanção, que, inexistente para a declaração de inidoneidade prevista pela lei nº 8.666/93, é de cinco anos na sanção de mesmo nome, aplicada pelo TCU, com fulcro na Lei nº 8.443/92.

Convém ainda registrar que, de acordo com a jurisprudência do TCU, a aplicação da declaração de inidoneidade aplicada por aquele Tribunal, prevista pela Lei nº 8.443/92 envolve as licitações no âmbito da Administração Pública Federal, bem como daquelas realizadas pela Administração Pública de estados e municípios em que haja aporte de recursos federais, como ocorre na descentralização de verbas mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres. (grifei)

Contudo, imprescindível notar que, não obstante o autor citado acima aponte a diferenciação entre as sanções da Lei n. 8.666/93 e da Lei n. 8.443/92, afirma categoricamente que o efeito prático de ambas é o mesmo (restrição do direito de participar de licitação ou de ser contratado). Desse modo, a discussão real cinge-se no alcance que tais declarações sancionatórias têm quanto aos demais entes federativos.

Relativamente a esta discussão, o administrativista José dos Santos Carvalho Filho^[2], traz a seguinte discussão:

Questão que tem sido frequentemente discutida reside nos efeitos derivados das sanções de suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, Estatuto) e de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração (art. 87, IV). Há três correntes de pensamento.

Para grande parte dos especialistas, o efeito é restritivo, vale dizer, limita-se ao ente federativo em que a sanção foi aplicada, invocando-se duas razões: 1ª) a autonomia das pessoas da federação; 2ª) ofensa ao princípio da competitividade, previsto no art. 3º, § 1º, I, do Estatuto.

Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento de que o efeito sancionatório é restritivo para a suspensão e extensivo para a declaração, ou seja, neste último caso, deve a sanção ser recepcionada por entidade federativa diversa. O argumento tem amparo no fato de que no art. 87, III, o Estatuto alude à Administração – definida no art. 6º, XII, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente –, ao passo que no art. 87, IV, refere-se à Administração Pública – definida no art. 6º, XI, como sendo a administração direta e indireta dos diversos entes federativos.

Na verdade, não conseguimos convencer-nos, data venia, de qualquer dos pensamentos que concluem no sentido restritivo dos efeitos punitivos. **Parece-nos que o efeito deve ser sempre extensivo. Em primeiro lugar, não conseguimos ver a diferença de conceituação naqueles incisos do art. 6º, já que o que podemos constatar é apenas uma péssima e atécnica definição de Administração Pública; com efeito, nenhuma diferença existe entre Administração e Administração Pública. Além disso, se um contratado é punido por um ente federativo com a aplicação de uma daquelas sanções, a razão só pode ter**

sido a inexecução total ou parcial do contrato, isto é, o inadimplemento contratual, como está afirmado na lei (art. 87). Desse modo, não nos parece fácil entender por que tal infração também não acarretaria riscos para as demais entidades federativas no caso de alguma delas vir a contratar com a empresa punida. Quer dizer: a empresa é punida, por exemplo, com a suspensão do direito de licitar perante uma entidade federativa, mas poderia licitar normalmente perante outra e, como é óbvio, sujeitá-la aos riscos de novo inadimplemento. Para nós não há lógica em tal solução, porque a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura.

Questão que suscita alguma controvérsia consiste em saber qual o efeito da aplicação da sanção administrativa, especialmente a de declaração de inidoneidade, no que tange aos contratos em vigor celebrados com a sociedade punida. A nosso ver, tais contratos não são sujeitos à rescisão automática, devendo, ser for o caso, ser instaurado o devido processo administrativo para o desfecho contratual. Significa, pois, que os efeitos da punição são ex nunc, ou seja, incidem apenas para licitações e contratações futuras. O outro aspecto é o de que nada impede que, a despeito da sanção, os demais contratos sejam regularmente cumpridos pelo contratado. (grifei)

Note-se que a discussão relativa aos efeitos da declaração de inidoneidade, aqui, limita-se ao escopo da Lei n. 8.666/93. Entretanto, não se vislumbram quaisquer óbices a que seja aplicável a terceira corrente especificamente para os casos em que a decisão de inidoneidade seja proferida pelo Tribunal de Contas da União.

Isso porque há que se atentar, primeiramente, para o fato de que a Administração Pública é una; sua divisão em esferas federativas se dá meramente em virtude de critério organizacional, na medida em que a descentralização permite otimização de desempenho, de controle, de fiscalização e, em consequência, de gestão da coisa pública. Neste sentido, note-se a jurisprudência^[3] do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso em Mandado de Segurança. Administrativo. Licitação. Sanção Imposta a Particular. Inidoneidade. Suspensão a Todos os Certames de Licitação Promovidos pela Administração Pública que é Una. Legalidade. Art. 87, inc. II, da Lei 8.666/93. Recurso Improvido.

I – A Administração Pública é una, sendo, apenas, descentralizado o exercício de suas funções.

II – A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei nº 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

III – Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.

IV – Recurso improvido. (grifei)

Ademais, uma análise restritiva dos efeitos da inidoneidade declarada de determinada empresa vai contra os interesses administrativos e a própria supremacia do interesse público. No trato da coisa pública, deve-se buscar tornar concretas todas as medidas possíveis no intuito de preservação e melhor uso dos recursos públicos, da qual uma das facetas é justamente a inquestionável reputação das empresas com as quais a Administração contrata.

Não parece lógico que apenas por constar a expressão “Administração Pública Federal” no corpo do art. 46 da Lei n. 8.443/92 se deva entender que os efeitos da declaração de inidoneidade feita pelo Tribunal de Contas da União se restrinjam a ela, afora o fato de que a conduta que motiva a referida sanção (fraude à licitação) se reveste de gravidade suficiente a permitir, no mínimo, a presunção de risco de reincidência, independentemente de qual esfera federativa esteja contratando.

Neste ponto, interessa observar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça^[4] sobre a matéria:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE. LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participação em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

Recurso especial não conhecido. (grifei)

De fato, a mencionada interpretação extensiva defendida por José dos Santos Carvalho Filho se afigura como verdadeira barreira apta a evitar que licitantes anteriormente flagrados em condutas réprobas tenham a chance de nelas reincidir. Por analogia, entende-se que tal extensibilidade pode também ser observada em relação às decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União.

Acerca desse tema, Marçal Justen Filho^[5] traz alguns apontamentos, inclusive ponderando o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria:

O STF teve oportunidade de manifestar-se sobre uma controvérsia envolvendo a declaração de inidoneidade aplicada diretamente pelo TCU, com fundamento na legislação própria.

Jurisprudência do STF

“O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que – dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§3º) – é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente.” (AgRg na Pet nº 3.606, Plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 21.09.2006, DJ de 27.10.2006)

A orientação consagrada pelo STF não se afigura como a mais correta, com todo o respeito. Os pressupostos de aplicação do dispositivo são necessariamente os mesmos. A decisão do STF poderia conduzir ao resultado despropositado de dupla punição imposta a um mesmo sujeito, em virtude da prática do mesmo ato. Basta considerar que a aplicação da sanção por parte do TCU apenas pode ser cogitada se o referido sancionamento não foi aplicado no âmbito da Administração contratante. O máximo que se poderia cogitar seria uma interpretação integrativa, que reconhecesse que a competência para impor a sanção em questão é atribuída não apenas às autoridades referidas na Lei nº 8.666 mas também ao TCU – tornando a competência sancionatória exercitável

quando a apuração da conduta reprovável ocorrer no curso da atividade desempenhada pelo dito Tribunal.

Jurisprudência do TCU

“Também não existe contradição entre o disposto nos artigos 46 da Lei 8.443/1992 e 87, inciso IV, in fine e [art. 87] § 3º, in fine, da Lei 8.666/1993. O primeiro dispositivo é aplicável à fraude à licitação e o segundo trata de sanção pela inexecução total ou parcial do contrato. São circunstâncias distintas. Verificada fraude à licitação, é competente o Tribunal para aplicar a sanção. Tratando-se de inexecução total ou parcial de contrato, cabe ao Ministro de Estado declarar a inidoneidade.” (Acórdão nº 2.421/2009, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues) (grifei)

Em adição aos argumentos já apontados, não é despiciendo o exame detido do caso concreto que levou à declaração de inidoneidade da empresa Dataprom Equipamentos e Serviços de Informática Industrial Ltda. pelo Tribunal de Contas da União.

Conforme se observa do Doc. 03 dos Anexos da Manifestação da representante (fls. 415-436), o processo n. TC-029.026/2011-3 originou-se da representação formulada pela Advocacia Geral da União (AGU) acerca de irregularidades ocorridas na condução de uma Tomada de Preços realizada pelo Município de Palmas/TO, visando à contratação de empresa para implantação de semáforos veiculares e de pedestres.

O caso (fl. 415) chegou à esfera do Tribunal de Contas da União em razão de que os recursos para a execução dos serviços eram oriundos de repasse do Ministério das Cidades (recursos federais, portanto), de modo que fora instaurada Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa pelo Ministério Público Federal.

Do Voto (fl. 425) proferido pelo Tribunal de Contas da União extrai-se que os Srs. Simara Previdi Olandoski, Maria do Socorro Pereira Rocha Peruffo e Alexei Bittencourt Rodrigues, sócios da empresa Dataprom Equipamentos e Serviços de Informática Industrial Ltda., foram responsabilizados por conluio com o Sr. Melquisedeque Correa (autor do projeto do objeto licitado), “tendo em vista os documentos encontrados pela Polícia Federal na residência deste responsável, os quais apontam para a existência de vínculo anterior à licitação entre a empresa e o autor do projeto” (fl. 425) o que configurou o direcionamento da licitação.

Mais adiante (fl. 426), consta que por meio de inspeção, a Secretaria instrutiva constatou a ocorrência de a) descumprimento de cláusulas contratuais, com subcontratação não autorizada e não recebimento formal do objeto do contrato; b) ausência de designação formal de fiscal do contrato; c) não vinculação do contrato ao instrumento convocatório, restringindo o caráter competitivo da licitação, com indícios de direcionamento.

Foi referido ainda, conforme o trecho transcrito da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal, que (fls. 427-428):

As provas reunidas durante as investigações preliminares evidenciam que MELQUISEDEQUE CORREA direcionou o certame em favor dos proprietários da Empresa DATAPROM, mediante prévio ajuste, uma vez que, no decorrer das investigações preliminares, restou demonstrado que os requeridos tinham vínculos profissionais antes mesmo da publicação do edital da Tomada de Preços nº 005/2007. [...]

MELQUISEDEQUE CORREA, mediante prévio ajuste com os sócios proprietários da EMPRESA DATAPROM, elaborou projeto da obra com especificações técnicas que restringiam o caráter competitivo do certame licitatório, direcionando o objeto contratado em favor da mencionada empresa. [...]

Os demais demandados, SIMARA PREVIDI OLANDOSKI, MARIA DO SOCORRO PEREIRA ROCHA PERUFFO e ALEXEI BITTENCOURT RODRIGUES, **proprietários da empresa DATAPROM, por sua vez, davam prosseguimento à empreitada delitiva**, na medida que apresentavam proposta à Comissão Permanente de Licitações de acordo com as adequações técnicas inseridas no projeto por MELQUISEDEQUE para favorecê-los com a adjudicação do objeto licitado. [...]

Pois bem, não bastasse a inserção de estranhas cláusulas restritivas, **a análise no material apreendido na residência e no escritório de MELQUISEDEQUE CORREA não deixa dúvidas acerca da existência de prévio ajuste entre o projetista e os proprietários da Empresa DATAPROM** – SIMARA PREVIDI OLANDOSKI, MARIA DO SOCORRO PEREIRA ROCHA PERUFFO e ALEXEI BITTENCOURT RODRIGUES – direcionando, assim, a contratação do objeto licitado em favor da mencionada empresa.

Impende destacar, desde logo, que **a relação entre os réus é fato notório** uma vez que MELQUISEDEQUE CORREA prestava serviços à empresa DATAPROM antes mesmo da publicação do

Edital de Licitações referente à Tomada de Preços nº 005/2007, conforme se verifica no documento acostado às fls. 157 do Apenso IV (proposta da empresa CORENG ENGENHARIA dirigida à DATAPROM em 19/04/2007). [...]

*Portanto, diante dos depoimentos colhidos e das provas colimadas nos autos do inquérito, **restou evidenciado o esquema criminoso engendrado pelos réus MELQUISEDEQUE CORREA, SIMARA PREVIDI OLANDOSKI, MARIA DO SOCORRO PEREIRA ROCHA PERUFFO e ALEXEI BITTENCOURT RODRIGUES** que de forma consciente e voluntária, e em unidade de desígnios, na forma acima pormenorizada, **frustraram o caráter competitivo da Tomada de Preços nº 005/2007, em favor da EMPRESA DATAPROM**, obtendo, assim, vantagem decorrente desta adjudicação. (grifei)*

O que se observa, portanto, é que apesar de o repasse de verbas federais deslocar a competência para o Tribunal de Contas da União, o caso concreto tratava de licitação municipal, nos mesmos moldes do Pregão Presencial n. 530/SMA/DLC/2015.

Da mesma maneira se pode observar a proximidade de objetos dos procedimentos. Naquele o objeto era a implantação de semáforos veiculares e de pedestres no Município de Palmas/TO, enquanto que no Pregão Presencial n. 530/SMA/DLC/2015, o objeto foi o fornecimento e instalação de equipamentos para composição de sistema de controle viário no Município de Florianópolis/SC.

Por fim, há que se atentar para a gravidade dos fatos, na medida em que restou cabalmente comprovado naquele processo a conduta ativa dos sócios da Dataprom Equipamentos e Serviços de Informática Industrial Ltda. no intuito de fraudar a licitação.

Dessa maneira, conforme exhaustivamente exposto, não se vislumbram óbices a que a inidoneidade da referida empresa seja estendida às esferas estadual e municipal, eis que fazem parte da mesma Administração – una. Difícil supor que exista qualquer tipo de “seletividade” que leve indivíduos ou empresas a restringirem seus atos a uma esfera federativa. O que se busca, aqui, é a preservação da incolumidade dos recursos públicos e dos princípios que regem as licitações e a Administração Pública em geral, notadamente a moralidade, insculpida no art. 37, caput, da CRFB/88.

Assim sendo, assiste razão à representante, pois a adjudicação do objeto à empresa declarada inidônea

afronta o item 2.2.4 do Edital, que estabelece que não será admitida a participação de empresas que tenham sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública, bem como aos já mencionados art. 46 da Lei n. 8.443/92, ao art. 97 da Lei n. 8.666/93 e ao art. 37, caput, da CRFB/88.

Desse modo, este Órgão Ministerial discorda do posicionamento exarado pela Diretoria de Controle de Licitações e Contratações no sentido de conhecer a representação, considerá-la improcedente e determinar o arquivamento dos autos.

Portanto, em vista do que observado a partir dos documentos e informações colacionados aos autos, percebe-se que a adjudicação do objeto licitado no Pregão Presencial n. 530/SMA/DLC/2015 à empresa Dataprom Equipamentos e Serviços de Informática Industrial Ltda., no presente contexto fático, contrariou o disposto no item 2.2.4 do Edital, no art. 46 da Lei n. 8.443/92, no art. 97 da Lei n. 8.666/93 e no art. 37, caput da CRFB/88.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas, com amparo na competência conferida pelo art. 108, incisos I e II da Lei Complementar Estadual n. 202/2000, manifesta-se:

*1. pela **CONHECIMENTO** da presente Representação formulada pela empresa Novakoasin Equipamentos e Sistemas Ltda. em face do Pregão Presencial n. 530/SMA/DLC/2015, publicado pela Secretaria Municipal de Administração – Diretoria de Licitações e Contratos da Prefeitura Municipal de Florianópolis;*

*2. pela **DETERMINAÇÃO** no sentido de que a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações adote as providências necessárias ao esclarecimento dos fatos, dando-se sequência ao regular prosseguimento do presente processo com a **AUDIÊNCIA** dos responsáveis pela seguinte irregularidade:*

2.1. indevida adjudicação do objeto licitado no Pregão Presencial n. 530/SMA/DLC/2015 à empresa Dataprom Equipamentos e Serviços de Informática Industrial Ltda., em vista de ter sido esta declarada inidônea pelo Tribunal de Contas da União pelo prazo de 5 anos, conforme disposto no Acórdão n. 1975/2013, proferido no processo n. TC-029.026/2011-3, em afronta ao item 2.2.4 do Edital, ao art. 46 da Lei n. 8.443/92, ao art. 97 da Lei n. 8.666/93 e ao art. 37, caput da CRFB/88.

Florianópolis, 25 de maio de 2016.

Cibelly Farias Caleffi
Procuradora

II.iv – DA DIFICULDADE DA ADMINISTRAÇÃO EM FICAR REFÉM DE UMA ÚNICA EMPRESA – DATAPROM

Importante, também, salientar que a configuração da licitação da forma como está, prestigiando a DATAPROM na concorrência dos lotes 02 e 03, além de se configurar ilegal, não se mostra a mais vantajosa para a municipalidade. Conforme reportagem abaixo do periódico POPULAR, em um passado recente, retrata de forma incontestável que a manutenção do contrato nas mãos de uma única empresa – no caso a DATAPROM, trouxe enormes prejuízos à municipalidade.

“O fim do fornecimento do serviço de controle de parte dos semáforos de Goiânia tem afetado todo o sistema de sincronismo e inviabilizado o monitoramento por parte da Secretaria Municipal de Trânsito, Transportes e Mobilidade (SMT). De 684 cruzamentos semaforizados da cidade, o software fornecido pela empresa paranaense Dataprom, que cancelou o acesso dos engenheiros da SMT à tecnologia diante da falta de pagamentos da Prefeitura desde agosto do ano passado, regula a sincronia de 609, ou seja, 89% do total.

Os outros 75, localizados na Avenida 85, parte da Avenida T-9, T-4 e Cora Coralina são monitorados pela SMT, com tecnologia própria, podendo ser adaptados de acordo com a necessidade. Eles, no entanto, representam uma quantidade ínfima do total,

insuficiente para desviar dos efeitos da falta de sincronia do restante dos semáforos da cidade. O responsável pelo controle semaforico na SMT, o engenheiro eletricista Carlos Alberto de Miranda, disse ontem ao POPULAR que é impossível evitar as consequências nessas vias.

“Você pode estar com a 85 sincronizada, mas aí você tem carros chegando de tudo que é lado, sem que haja um controle que complementa o já realizado na avenida, ou seja, você perde tudo”, diz ele, referindo-se, inclusive, à agilidade do corredor preferencial de ônibus, que estaria, na visão dele, sendo o mais prejudicado. “Se você está acostumado a fazer a viagem de acordo com abertura dos semáforos e, de repente, você não tem mais o controle, perde todo o sincronismo, perde as ondas verdes e perde tempo. Hoje está sem onda verde na cidade”, afirma.

O tempo maior da viagem de ônibus é uma das consequências possíveis dessa situação. Miranda destaca que, dependendo da rota, a linha pode estar demorando até 20 minutos mais para concluir o trajeto. “Você perde 10 segundos num primeiro semáforo, 15 no outro e vai indo até gerar um atraso grande.”

A Redemob Consórcio, responsável pelo serviço de transporte na capital, chegou a destacar em nota, em resposta a reportagem publicada pelo POPULAR no dia 24 de fevereiro, que a falta de sincronia afeta a fluidez do trânsito.

Para efeito de comparação, os técnicos do consórcio fizeram análise do desempenho de uma linha de ônibus específica antes e depois do fim das ondas verdes. Os dados estão prontos, mas, procurada pelo POPULAR, a Redemob não conseguiu enviá-los até o fechamento da edição, pois precisava de autorização para divulgá-los.

Dependência

O problema começou a ser vivenciado na semana passada, quando a empresa cancelou o acesso ao software e escancarou a dependência da SMT de uma tecnologia de protocolo fechado. Para acessá-la, é preciso obter uma chave de liberação, que, segundo Miranda, vinha sendo renovada mensalmente, conforme os pagamentos eram feitos pela Prefeitura. “Eles até aceitavam dois, três meses de atraso, mas ficou muito tempo sem pagar”, conta o engenheiro, que frisa a urgência de a SMT contratar um serviço de protocolo aberto, adquirindo um software próprio ou não depender de algo externo.

O projeto de implantação dos corredores de ônibus é algo que vinha fortalecendo a esperança dos engenheiros da SMT em finalmente implantar um sistema de protocolo aberto. Até porque, isso seria elemento básico para, assim como é feito na Avenida 85, garantir a eficácia elementar da proposta que é diminuir o tempo de viagem do transporte coletivo e dar maior fluidez ao tráfego. “A intenção seria implantar o controle por fibra óptica. Isso faz parte do projeto, mas tudo está em função da continuidade dos corredores ou, caso contrário, ficaremos nessa”.

A possibilidade de adaptação do sistema garantiria a unificação de todo o controle semafórico, sem que este seja dividido em parte totalmente monitorada pela SMT e a outra com um participante externo, que é o caso da Dataprom. Isso inviabiliza o retorno de informações em tempo real, minimizando as possibilidades de adequações e complicando ainda mais o cenário da engenharia de campo feita hoje pela SMT, que conta com apenas três profissionais nesta área. O contrato que está em vigência entre a

Prefeitura e a Dataprom é de cinco anos, válido até o final de 2017.” <https://opopular.com.br/noticias/cidades/smt-perde-controle-dos-sem%C3%A1foros-de-goi%C3%A2nia-1.1233852>

*Veja que essas questões permanecem no presente edital, apesar do mesmo falar em protocolo aberto (protocolo Goiânia) o que se tem de fato é que o único sistema de comunicação que irá ser atendido é o **protocolo DATAPROM.***

II.v– DAS GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 4.3. do Edital determina que:

“4.3 ATRASO DE PAGAMENTO: Quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pelo Município de Goiânia, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de impugnação por parte do contratado, momento após o qual serão devidos, além da atualização financeira, juros de mora que serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação da seguinte fórmula:

$$I = (TX / 100) / 365$$

$$EM = I \times N \times VP$$

Onde:

I = Índice de atualização financeira;

TX = Percentual de taxa de juros de mora anual;

EM = Encargos moratórios;

N = Número de dias entre a data de impugnação por parte do contratado e a do efetivo pagamento;

VP = Valor da parcela em atraso”

Não obstante, cumpre destacarmos o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Por todo o exposto, faz-se necessária a adequação do item em comento, referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

II.vi – DAS DIVERGÊNCIAS EXPLÍCITAS DO EDITAL POSSIBILITANDO A APLICAÇÃO DE REGRAS DIVERGENTES – CONTRARIANDO O PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Temos claramente especificado no item 13 do Edital o percentual de multas a serem aplicadas em caso de inadimplência total e/ou parcial do contato:

ITEM 13 DAS PENALIDADES E DAS SANÇÕES:

(...)

Multa compensatória, a ser aplicada:

a) Até 20% sobre o valor da prestação não cumprida, no caso de inexecução parcial, em que o atraso é superior a 15 até 30 dias ou descumprimento de outras cláusulas contratuais;

b) Até 30% no caso de inexecução total, calculado sobre o valor total da licitação, quando o atraso no cumprimento do contrato for superior a 30 dias ou houver total descumprimento da obrigação;

c) No valor de até 10% no caso de infrações ocorridas durante o procedimento licitatório, sobre o valor de referência para licitação do objeto;

Ocorre que, o Ato Convocatório em seu **Termo de Referência**, ao tratar da matéria de inadimplemento contratual estipulou outro percentual de multa, a saber:

“A não apresentação de relatório, bem como, a não prestação do efetivo serviço ou de forma irregular, ora contratado, mesmos nos casos em que em um

*determinado mês não ocorrer nenhuma manutenção corretiva, nos prazos e formas definidas acima, **implicará em multa à Contratada no valor de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) por mês do valor relativo à prestação de serviços de manutenção corretiva, em campo e em laboratório, ITEM 3.1 da Planilha de Fornecimento constante neste Termo de Referência.** Essa multa poderá ser abatida/glosada do pagamento mensal devida à Contratada, respeitado o prazo para defesa e contraditório em **um prazo de 10 (dez) dias.**”*

Da mesma forma contraditória, o prazo de defesa da contratante está definido de forma distinta, pois como se vê acima, o **prazo do Termo de Referência é de 10(dez) dias**, porquanto no **edital o prazo está determinado em 05(cinco) dias úteis.**

*6.3.4. As sanções previstas nos itens 6.3.1, 6.3.2, bem como a constante no item 6.4, poderão ser aplicadas juntamente com a do item 6.3.2, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, **no prazo de 05 (cinco) dias úteis.***

Desta forma fica prejudicado o entendimento das empresas, visto que, do jeito como se encontra, fica caracterizado que a municipalidade irá aplicar multa, em caso de descumprimento contratual, a seu critério, ou seja, pode aplicar as multas estabelecidas no seu edital, ou as multas estabelecidas no seu termo de referência. Por certo, o poder discricionário na administração não pode ser absoluto a esse ponto! O consagrado poder discricionário

da administração não encontra guarida na doutrina e na jurisprudência, ao ponto de criar critérios distintos de aplicações de penalizações em um mesmo ato convocatório.

II.vii –DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EM DESACORDO COM A NORMA LEGAL

Sabidamente, o processo licitatório tem entre suas finalidades procurar a proposta mais vantajosa para a Administração e proporcionar um elevado nível de competitividade e igualdade de tratamento entre os participantes do certame, de forma a garantir o cumprimento dos princípios constitucionais da eficiência e isonomia, consoante art. 37 da Constituição Federal de 1988. Mas não é o que se verifica no caso em análise.

Compulsando o instrumento convocatório, principalmente nos itens relativos à Qualificação Técnica, consta ali que o licitante deverá comprovar:

8.7.1.1. Atestado(s) de capacidade técnica, emitido por pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, a fim de comprovar capacidade técnica da licitante para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da presente licitação; 8.7.1.1.1. O atestado a que se refere o item acima deverá ser apresentado em papel timbrado ou com carimbo CNPJ, devidamente assinado pelo atestador.

8.7.1.1.2. Não será aceita comprovação de aptidão de que trata estes itens através de documento emitido pela própria licitante ou por empresa do mesmo grupo.

8.7.1.1.3. O documento indicado no subitem 8.7.1.1 poderá ser efetuado no todo ou parte, por qualquer uma das consorciadas, ou por todas, por meio de somatório dos seus respectivos atestado.

Assim, para estabelecer quais os requisitos essenciais à participação das licitantes, a Administração dispõe de certa discricionariedade e deve avaliar a complexidade da futura contratação, estabelecendo os requisitos indispensáveis à garantia de uma perfeita execução do contrato por aquele que sagrar-se vencedor. Nessa senda é o alerta de **Julieta Mendes Lopes Vareschini**:

“O edital deverá disciplinar os documentos que serão exigidos para fins de habilitação, dentre os elencados nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93. Esses dispositivos devem ser interpretados em consonância com o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, cujo teor estipula que somente poderão ser solicitadas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Assim, à luz das características do objeto deve-se verificar que as

exigências prescritas nos aludidos dispositivos são imprescindíveis para que a entidade avalie a capacidade e idoneidade dos licitantes em atender, de modo satisfatório, o interesse público almejado com a instauração do certame”

Neste mesmo sentido é o entendimento de **Marçal Justen Filho**:

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários..., p. 460.) “A determinação do grau de severidade a ser adotado relativamente às condições de participação depende do caso concreto. A lei pode estabelecer exigências mínimas e máximas, mas a determinação específica será variável caso a caso e dependerá das características do objeto a ser executado. O nível de seriedade das exigências de participação será sempre um reflexo das características do objeto licitado.”

Pois bem. Quando o objeto da licitação está relacionado à **Contratação de empresa para prestação dos serviços técnicos especializados de manutenção preventiva e corretiva, em campo e laboratorial, do sistema semafórico instalado no município de Goiânia**, a obrigatoriedade relativa a apresentação do atestado de capacidade, por se tratar de prestação de

serviços que envolvem uso de eletricidade e montagem de estruturas metálicas, a qual deve, **obrigatoriamente, ser fiscalizada pelo CREA**, difere com relação ao atestado emitido para outros serviços que não tenham a mesma qualificação.

Veja que não há menor dúvida de que o objeto licitado trata-se de Serviço de Engenharia, ao passo que o edital ao estabelecer a equipe técnica necessária, assim estabelece:

(...) “Esta equipe deverá ser formada por: o Engenheiro com formação em eletrônica e conhecimento em manutenção de módulos de sistema de controle de trânsito, para permitir desempenhar a contento todas as atribuições citadas acima;”

A **Resolução 1.025/2009 do Confea**, que regulamenta os procedimentos relacionados à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e Certidão de Acervo Técnico (CAT), ***“indica ser o atestado do Crea o documento apto a fazer prova da capacidade técnica do profissional...”*** entendimento este ***extraído do Acórdão 655/2016 do TCU – Plenário.***

Já o Manual de Procedimentos Operacionais do Crea, esclarece de forma expressa, que ***“o atestado registrado no Crea constituirá prova da capacidade técnico-profissional para qualquer pessoa jurídica desde que o profissional citado na CAT esteja vinculado à empresa.”***

Então, conforme o acima exposto, temos que o atestado de capacidade apto a comprovar a qualificação da empresa, bem como de seu responsável técnico, nos casos em que o objeto da licitação inclui serviços, como acontece na presente situação, deve ser aquele emitido por pessoa jurídica, porém, registrado junto ao Crea, que é quem efetivamente atestará se o serviço foi realizado como prescreve o atestado e se as exigências de conformidade técnica foram cumpridas regularmente.

Conforme prescreve o artigo 30, inciso I, II e IV, e §§ 1o e 3o, da Lei 8.666/93, temos ali a exigência de que os atestados fornecidos sejam devidamente registrados nas entidades profissionais competentes. Vejamos:

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;

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

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a:

§ 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

*Contudo, repetimos, quando o objeto licitado envolve prestação **Contratação de empresa para prestação dos serviços técnicos especializados de manutenção preventiva e corretiva, em campo e laboratorial, do sistema semafórico instalado no município de Goiânia** (uso de energia elétrica e montagem de estruturas), não basta a apresentação do atestado técnico acima mencionado, sendo necessário, ainda, a comprovação técnico profissional, mediante apresentação de Certidão de Acervo Técnico – CAT, expedida pelo Crea ou entidade equivalente (CAU, CFT), nos termos da*

legislação aplicável, em nome do responsável técnico e/ou membros da equipe técnica que participarão do trabalho a ser realizado, que demonstre a Anotação de Responsabilidade técnica – ART, relativa à execução dos serviços que compõem o objeto desta licitação, elencados no Termo de Referência, relativa à prestação de serviço, para entidades jurídicas públicas ou privadas, compatível em características com o objeto ora licitado.

Quanto à **Certidão de Acervo Técnico – CAT** de que tratou-se acima, vem regulamentada pela **Resolução nº. 1.025**, de 30 de outubro de 2009, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, e diz o seguinte:

DA ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA

Art. 2º A ART é o instrumento que define, para os efeitos legais, os responsáveis técnicos pela execução de obras ou prestação de serviços relativos às profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea. Art. 3º Todo contrato escrito ou verbal para execução de obras ou prestação de serviços relativos às profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea fica sujeito ao registro da ART no Crea em cuja circunscrição for exercida a respectiva atividade. Parágrafo único. O disposto no

caput deste artigo também se aplica ao vínculo de profissional, tanto a pessoa jurídica de direito público quanto de direito privado, para o desempenho de cargo ou função técnica que envolva atividades para as quais sejam necessários habilitação legal e conhecimentos técnicos nas profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea.

Art. 55. ...

Parágrafo único. A CAT constituirá prova da capacidade técnico profissional da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado estiver a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico.

Cumpre ainda destacar que as condições de habilitação técnica expressamente previstas no art. 30, da Lei Federal nº 8.666/93, buscam certificar que a empresa licitante dispõe de aptidão necessária para cumprir com as obrigações oriundas de possível contrato a ser firmado junto à Administração. Como se pode ver, é em face do objeto licitado, das circunstâncias de execução e de sua complexidade que a Administração deverá analisar quais documentos deverão ser exigidos para atestar a

capacidade de todos os participantes, incluindo aí, a do futuro contratado. Assim, considerando que o parâmetro para fins de fixação de requisitos habilitação deve ser o objeto da licitação, ***percebe-se que o item editalício está equivocado ao exigir a apresentação de atestado sem os devidos requisitos exigidos na lei.***

Veja que um contrato desta natureza e deste porte sem a supervisão de um órgão de classe como o CREA pode colocar em risco a vida da população, **Até a própria DATAPROM, tem essa preocupação:**



Soluções Inteligentes para Mobilidade  **DATAPROM**

Jovem morre eletrocutado após tocar semáforo em SP

14

Criança que levou choque elétrico está internada, mas fora de perigo

O menino estava retornando da aula de reforço, que fica em frente ao Colégio Nossa Senhora de Lourdes, onde estuda, por volta das 14h30, quando o acidente aconteceu

Ora, a exigência de qualificação técnica das licitantes tem como objetivo demonstrar que a empresa já realizou serviços similares, de forma ***a evitar eventuais riscos da Administração em contratar empresa que não tenha qualquer experiência na execução de objeto compatível e, além do mais,***

a exigência editalícia tem sua legalidade pacificada no Acórdão 2326/2019 do TCU conforme transcrito:

"Acórdão 2326/2019 Plenário ((Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler) Licitação. Qualificação técnica. Conselho de fiscalização profissional. Atestado de capacidade técnica. Capacidade técnico-operacional. Obras e serviços de engenharia. CREA. ART. ***Para fins de habilitação técnico-operacional em certames visando à contratação de obras e serviços de engenharia, devem ser exigidos atestados emitidos em nome da licitante, podendo ser solicitadas as certidões de acervo técnico (CAT) ou anotações/registros de responsabilidade técnica (ART/RRT) emitidas pelo conselho de fiscalização profissional competente em nome dos profissionais vinculados aos referidos atestados, como forma de conferir autenticidade e veracidade às informações constantes nos documentos emitidos em nome das licitantes.***"

Veja que em caso análogo e, de potencial de risco menor a que desta contratação (manutenção de ar-condicionado), O TCU já pacificou a necessidade do Atestado passar pelo crivo de fiscalização do CREA.

O **Acórdão TCU 817/2005 - Primeira Câmara** cita legislação sobre o serviço de "manutenção de ar condicionado" como sendo "serviço de engenharia":

Resolução nº 218/1979, bem como à Decisão Normativa nº 42/1992, ambas do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, que caracterizam os serviços de manutenção de ar condicionado como s erviços de engenharia, sujeitos à fiscalização do respectivo CREA e impondo a necessidade de registro das empresas no Conselho Regional, bem como a Anotação de Responsabilidade Técnica."

II.viii - DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - FALTA DE DEFINIÇÃO DE PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA - INSUFICIÊNCIA NO PERCENTUAL MÍNIMO PARA COMPATIBILIDADE EM QUANTIDADES

Observe o que se consta no edital, a exigência de Qualificação Técnica:

8.7.1.1. Atestado(s) de capacidade técnica, emitido por pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, a fim de comprovar capacidade técnica da

licitante para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da presente licitação;

Como se verifica o edital não cuidou de estipular quais as são os itens de maiores relevâncias, contemplando de modo genérico, itens de natureza distintas e com compatibilidades técnicas e financeiras muito dispares uma da outra.

O artigo 30, §2º da LLC, dispõe que as parcelas de maior relevância devem ser estipuladas no instrumento convocatório:

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. (grifo nosso)

Ora, não há como aferir a capacidade técnica em características com o objeto, sem indicar os itens de maior relevância. A ausência de definição fatalmente causará problemas na fase de análise dos documentos de habilitação, atentando-se ao **princípio do julgamento objetivo**, no qual se impõe que a análise das propostas e dos documentos, se faça com base no **critério indicado no ato convocatório e nos termos específicos do mesmo.**

Por esse princípio, obriga-se a Administração, através da comissão licitante, a se ater tão somente aos critérios fixados no ato de convocação, evitando o subjetivismo no julgamento. Nesse sentido, os artigos 44 e 45 da lei nº 8.666/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos

definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

(...)

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Verifica-se que quando o edital deixa de conter em seu bojo os critérios para a aferição da qualificação técnica, abre-se com isso uma margem discricionária à comissão, o que se mostra juridicamente incompatível. A cerca desse tema o eminente Celso Antônio Bandeira de Mello pontuou:

“(...) o que se almeja é impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004

Deve-se ressaltar as palavras de Marçal Justen, que com muita clareza discorre de fato similar ao ora combatido:

“12.1) Os requisitos de participação. O ato convocatório deve dispor de modo completo e exaustivo sobre as condições de participação em sentido amplo, o que envolve os requisitos de habilitação e as condições de participação em sentido estrito. (...)

Devem ser estabelecidas todas as exigências para participação na licitação, cuja definição se fará em função das circunstâncias de cada licitação e do interesse da Administração (...)

Em todas as hipóteses, o edital deverá contemplar, de modo indubitável, as exigências de participação. Não é admissível a adoção de cláusulas genéricas, ainda que reproduzindo o texto expresso legislativo. A Administração tem o dever de especificar, de modo exato, os documentos que pretende ver exibidos. Por isso, não é admissível a mera reiteração, por exemplo, do disposto no art. 29, omitindo-se a relação concreta e exaustiva dos documentos exigidos pela Administração.” (grifo nosso) JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e

Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

Veja que a doutrina do professor Marçal Justen Filho repreende a simples descrição do texto legislativo no edital (compatibilidade em características e quantidades), sem a definição do que deve ser aferido, conforme conduta administrativa que se materializou na exigência da capacidade técnica sem indicação dos itens de maior relevância.

A Corte Fiscalizatória de Contas do Estado de Rondônia, proferiu o Acórdão AC2-TC 00906/17, que teve como relator o Conselheiro Paulo Curi Neto, aplicando sanções e multando o responsável por deixar de estipular os itens de maior relevância quanto à capacidade técnica operacional e profissional, condenando tal lacuna indispensável:

EMENTA: INSPEÇÃO ESPECIAL. PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. TOMADAS DE PREÇOS No 07/CPL/2010, 06/CPL/2012, 07/CPL/2013 e 03/CPL/2014. CONCORRÊNCIA

PÚBLICA No 02/2012. CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PARA OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. RESTRIÇÃO A COMPETITIVIDADE DOS CERTAMES. AUSÊNCIA DE DANO.

*COMINAÇÃO DE MULTA. DETERMINAÇÕES. 1 – Exigências, como condições de habilitação, de certidão de quitação da pessoa jurídica e física junto ao CREA; vistoria prévia sem a demonstração de sua imprescindibilidade; **atestado de capacidade técnica profissional e operacional sem a definição das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado;** Certificado de Regularidade de Serviço de Engenharia ou de Certificado de Regularidade de Obras emitido pela Secretaria Municipal de Obras e Serviços Públicos e contrato de prestação de serviços do profissional técnico registrado em Cartório.*

Tais exigências previstas no instrumento convocatório restringem a competitividade dos certames. (grifo)

2 – Na Tomada de Preços no 06/CPL/2012 e na Concorrência Pública no 02/2012 os recursos, na quase totalidade, eram provenientes de convênios celebrados entre a União e o Município de

Cacoal. Dessa feita, a competência para fiscalizar e sindicar a aplicação desses recursos é do Tribunal de Contas da União, na forma do que estabelece o

art. 71, inciso VI, da Constituição Federal e em consonância com o entendimento sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte de Contas.

3 – Irregularidades consumadas.

4 – Aplicações de multas.

5 – Determinações

(TCE/RO, Processo no 4153/2015, Relator: Conselheiro Paulo Curi

Neto, 2ª Câmara de Julgamento, Julgado em 13/09/2017)

O artigo 40, inciso VII da lei nº 8.666/93, dispõe que no edital deverá conter, dentre outras exigências o “critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos”, o que não se depreende do edital quanto à qualificação técnica.

Assim, especialmente quanto a esse dispositivo legal, o professor Marçal Justen Filho na mesma obra anteriormente citada se manifestou:

“13) Critério objetivo de julgamento (inc. VII) As regras sobre os critérios de julgamento são de

extrema relevância. O conceito de “critérios de julgamento” deve ser construído de modo

*sistemático, pela interpretação conjugada de dispositivos constitucionais e legais. **Impera o princípio do julgamento objetivo, excluindo-se discricionariedade na seleção da proposta mais vantajosa. Para viabilizar um julgamento objetivo, faz-se necessária a existência de critérios definidos. (...)***

Se a comissão dispusesse de discricionariedade, poderia escolher, no momento do julgamento, o critério em que basearia sua decisão.

Essa hipótese é rigorosamente incompatível com o sistema normativo. A comissão de licitação não dispõe de liberdade, na fase de julgamento, para escolher os critérios que nortearão sua decisão. Esses critérios terão de constar do ato convocatório.

(...)

O art. 40, VII, relaciona-se diretamente com os artigos 44 e 45. Esse último dispositivo fornece um elenco de possíveis critérios a serem adotados quando da elaboração do ato convocatório. Muito embora possa escolher os critérios, será necessário que

se enquadrem em uma das hipóteses previstas no artigo 45.”

Quanto à utilização de critérios subjetivos, o TCU, diversas vezes já se manifestou:

**Contratação pública – Edital – Planejamento –
Edital – Critério subjetivo de julgamento –
Ilegalidade – TCU**

“A decisão subjetiva é rechaçada pelo ordenamento jurídico, que impõe o julgamento objetivo e a vinculação ao edital, em homenagem aos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralidade. (...) O edital é a lei interna do processo de licitação, vinculando aos seus termos tanto a Administração Pública como os licitantes, não sendo aceitável que a Administração, no decorrer do processo ou na realização do julgamento, descumpra as regras

previamente estabelecidas no ato convocatório”. (TCU, Acórdão no 3.474/2006, 1a Câmara, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 06.12.2006.)

“A ausência de critérios pré-definidos para seleção da proposta mais vantajosa viola mandamentos básicos da impessoalidade, da isonomia e do julgamento objetivo, estampados no art. 37, caput e XXI da CF/1988, art. 3º da Lei 8.666/93, e no próprio artigo 1º do Dec. 2.745/1998, podendo, inclusive, dar margem a direcionamentos indevidos nos procedimentos licitatórios” (Acórdão 549/2006, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

Essa também, nos parece ser, a interpretação da Procuradoria Jurídica da Prefeitura de Goiás, porquanto da manifestação abaixo:

PROCESSO Nº : 58244554/2014 INTERESSADO : Elmo Engenharia Ltda ASSUNTO : Impugnação – RDC Presencial nº 003/2014 PARECER JURÍDICO Nº 187/2014 - ASJUR

(...) Oportuno reiterar, conforme amplamente já exposto, que em função da complexidade e dificuldade de execução da obra licitada que possui peculiaridades que necessitam de conhecimento técnico especializado e prévio, é que se justifica a exigência editalícia constante no item 9.1.4.3.2, no sentido de que a comprovação das parcelas de maior relevância seja feito através de um único atestado para cada Item, ou seja, demonstração de execução anterior de complexidade equivalente. Até porque cabe ao órgão Licitante assegurar o fiel cumprimento do futuro contrato, sob pena de frustrar o objeto do Certame.

*ASSESSORIA JURÍDICA DA SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO DA PREFEITURA DE GOIÂNIA, aos 21 dias do mês de julho de 2014. (assinatura no original)
Marcelo de Castro Dias Chefe da Assessoria Jurídica*

III – DA CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, resta evidente que, se mantida a atual redação do edital, a licitação não tem mínimas condições de prosseguimento, eis que eivada de vícios que comprometem a legalidade de todo o certame. Assim, nos termos previstos na Lei Licitatória e visando respeitar os princípios basilares norteadores de um procedimento licitatório, serve o presente para requerer:

- 1. Que a presente Impugnação ao Edital seja julgada procedente em todos os seus termos, de modo que a Administração Municipal promova a consequente adequação de todos os itens abordados, reformulando e republicando o edital, bem como determinando uma nova data para o recebimento das propostas por parte das licitantes.**
- 2. Que seja concedido efeito suspensivo no processo licitatório até que haja o julgamento final da presente Impugnação.**

Desde já resta deixar claro que, caso não seja esse o entendimento a ser proferido pela Administração Municipal, outras medidas mais rigorosas poderão ser tomadas, em especial junto ao Tribunal de Contas do Estado de Goiás e até mesmo junto ao Poder Judiciário.

Nestes termos, pede deferimento.

Att,

Maxtunay França

Representante legal