

ILMA. SRA. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAITINGA-CE



RECURSO ADMINISTRATIVO

Ref. Tomada de Preços nº 1404.03/2016/TP

**PREFEITURA MUNICIPAL
DE ITAITINGA**

41.563.628/0001-82

recebi em: 12/05/16
[Handwritten signature]

CONSTRUTORA FERREIRA SANTOS LTDA., vem mui respeitosamente à presente de Vossa Senhoria interpor o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO** em face de decisão administrativa proferida pela R. Comissão Permanente de Licitação que **INABILITOU** a Documentação apresentada pela ora RECORRENTE para o Certame, o que o faz pelas Razões anexas.

Assim sendo, a Recorrente pugna pelo **recebimento do presente Recurso Administrativo**, inclusive lhe atribuindo o necessário **efeito suspensivo** nos termos do **art. 109, §2º**, da Lei nº 8.666/93, requerendo-se desde já que esta D. Comissão Especial de Licitação se digne em **exercer seu Juízo de Retratação**, conforme lhe faculta o **art. 109, §4º**, da Lei nº 8.666/93, ou que alternativamente proceda com remessa das Razões anexas à elevada apreciação da Autoridade Hierárquica, a qual certamente lhe dará **PROVIMENTO**.

Termos em que pede deferimento.

Fortaleza, 12 de maio de 2016.

CONSTRUTORA FERREIRA SANTOS LTDA.

CNPJ/MF nº 07.011.737/0001-59

José Ferreira dos Santos

CPF/MF nº 057.163.493-15

RAZÕES DO RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁQUICO



Emérito Administrador Público,

Elevada Autoridade Hierárquica.

Iniciamos agora a descrição dos fatos e as razões de direito que nos move a impetrar o presente RECURSO, por discordarmos dos juízos feitos pela Comissão Permanente de Licitação, ao DECIDIR pela nossa INABILITAÇÃO para continuar participando na condição de licitante da Tomada de Preços de número 1404.03/2016/TP, que tem como objeto a contratação de empresa **EXECUÇÃO DE OBRA DE PAVIMENTAÇÃO EM PEDRA TOSCA E DRENAGEM DE ÁGUAS PLUVIAIS EM DIVERSAS RUAS NO BAIRRO RIACHÃO NO MUNICÍPIO DE ITAITINGA/CE** cujo objeto está descrito pormenorizadamente no Edital da mencionada concorrência.

Com estas breves considerações, passamos agora a demonstrar apoiado nos documentos que apresentamos para **HABILITAR** a nossa empresa, que, efetivamente, cumprimos todas as exigências de ordem legal, em conformidade com as determinações da Lei nº 8.666/93; daí porque não podemos concordar com a decisão da Comissão Permanente de Licitação, ao concluir e divulgar que fomos INABILITADO, na sua visão, a nosso ver completamente divorciada dos ditames legais, por desatender o item 4.2.5.1, sob alegação de que não teríamos apresentado o Balanço Patrimonial do último exercício social (2015) e desatender, também, o item 4.2.6.1, sob alegação de não reconhecer firma na declaração prevista para esse item conforme consta na Ata Complementar – Julgamento dos Documentos de “HABILITAÇÃO” datada do dia 06 de maio de 2016.

Inicialmente, antes de adentrarmos no prazo para apresentação do balanço patrimonial, cabe mencionar que a exigibilidade do balanço patrimonial perante as licitações está preconizada no inciso I do artigo 31 do Estatuto das Licitações, vejamos:

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

I – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser

atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

A qualificação econômico-financeira, anteriormente denominada "idoneidade financeira", tem por objetivo a verificação da disponibilidade de recursos financeiros dos licitantes para a plena e satisfatória execução do objeto a ser contratado. Em outras palavras como foi sintetizado pelo mestre Hely Lopes Meirelles é a "capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrente do contrato". O balanço patrimonial, especificadamente, tem por objetivo examinar a situação econômico-financeira do licitante.

O balanço patrimonial é fechado ao término de cada exercício social em consonância ao artigo 1065 do Código Civil. Diante disso, passamos a questionar qual o prazo para a elaboração deste balanço.

O Código Civil (Lei Federal nº 10406/2002) estabelece que o balanço deverá ser apresentado até o quarto mês seguinte ao término do exercício social, a saber:

Dispõe o artigo 1078 do Código Civil:

Art. 1.078. A assembleia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, **nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social**, com o objetivo de:

I – tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico. (Grifei e negritei)

Logo, em regra, entendemos então que o prazo limite para elaboração do balanço patrimonial é até o final do **mês de abril** do exercício subsequente.

Acerca do assunto o jurista Carlos Pinto Coelho Motta leciona:

"O problema consistiria, concretamente, nos prazos referentes à exigibilidade de tais documentos, para fins de habilitação. Por vezes coloca-se nítido impasse entre a exigência do balanço e o fator temporal. O Professor Pereira Júnior conclui, judiciosamente:

O que parece razoável é fixar-se 30 de abril como a data do termo final do prazo para levantamento dos balanços e 1º de maio como a data do termo inicial de sua exigibilidade. Antes dessas datas, somente seriam exigíveis os balanços do exercício anterior ao encerrado. Assim, por exemplo, de janeiro a abril de 2004, se se quiser o balanço como prova de qualificação econômico-financeira, somente será exigível o referente a 2002." (in Eficácia nas Licitações e Contratos. 11ª ed. rev. E atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 389).

Entretanto em 2007 foi criado o SPED – Sistema Público de Escrituração Digital e a ECD – a Escrituração Contábil Digital em que todas as empresas sujeitas à tributação do imposto de renda com base no **lucro real** são obrigadas a adotá-las.

Recentemente a Instrução Normativa RFB nº 1.420/2013 estendeu a obrigatoriedade do ECD para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido, vejamos:

Dispõe o artigo 3º da Instrução Normativa RFB nº 1.420/2013:

Art. 3º Ficam **obrigadas a adotar a ECD**, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.022, de 2007, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014:

I – as pessoas jurídicas sujeitas à tributação do Imposto sobre a Renda com base no **lucro real**;

II – as pessoas jurídicas tributadas com base no **lucro presumido**, que distribuírem, a título de lucros, sem incidência do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), parcela dos lucros ou dividendos superior ao valor da base de cálculo do Imposto, diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita; e (Grifei e negritei)

Passando adiante, o artigo 5º da mesma Instrução Normativa disciplinou sobre o prazo limite para apresentação do ECD junto a Sped:

Art. 5º A ECD será transmitida anualmente ao Sped **até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte** ao ano-calendário a que se refira a escrituração. (Grifei e negritei)

Isto é, a Instrução Normativa estabeleceu que as empresas enquadradas no regime de lucro real e lucro presumido terão até o final de junho do ano subsequente para apresentação do balanço.

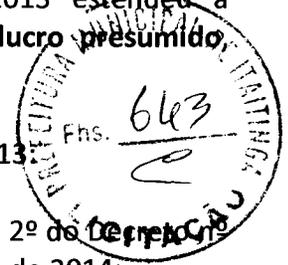
As empresas sujeitas à tributação do imposto de renda com base no lucro real e lucro presumido possuem prazo até junho do ano subsequente seguindo a Instrução Normativa 1.420/2013 no qual obrigatoriamente submetem-se.

Isto porque não há como ter duas escriturações contábeis referentes ao mesmo período e seria desarrazoado apresentar os Livros na Junta Comercial e depois no SPED – Sistema Público de Escrituração Digital. Aliás, na prática não há como registrar em ambos.

Diante disso alguns órgãos licitantes vêm reconhecendo que o balanço das empresas de lucro real e lucro presumido serão aceitos até junho do ano corrente, ou seja, a partir desta data deverão apresentar o balanço do último exercício.

A Presidente de Comissão de Licitação Carmen Regina Linhares Pereira Resende em análise ao recurso apresentado julgou que:

“08. Adentrando ao mérito, de fato, esta Comissão de Licitação reconhece que anunciou a inabilitação dessa licitante de forma equivocada. Ao revisar a documentação apresentada às fls. 159 a 163, verificamos que se reporta ao exercício contábil financeiro encerrado em dezembro/2010, e contrabalanceando com as orientações da instrução normativa da Receita Federal Brasileira nº 787/07, vemos a necessidade de reformar nosso entendimento.



Instrução Normativa RFB nº 787, de 19 de novembro de 2007, Art. 5º A ECD será transmitida anualmente ao Sped até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira a escrituração". (g.n)



09. Assim, tendo em vista que as orientações do art. 5º da IN RFB nº 787/07, e o fato de que a Sessão de entrega dos envelopes de habilitação se realizou em data anterior à 30/jun/12, todas as documentações referentes aos BP de 2010 apresentados pelas licitantes interessadas deveriam ter sido aceitos, uma vez que o balanço de 2011 somente será exigido após o último dia útil do mês de junho de 2012." (Decisão nº 55/1012 – Processo 50600.023827/2010-81, ref. Concorrência Pública nº 10/2012-00 – Ministério dos Transporte).

Por fim, existe no TCU - Tribunal de Contas da União Jurisprudência sobre o assunto, no Acórdão nº TC 020.558/2015-5 (em anexo), senão vejamos:

II) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis apresentadas pela licitante Paviservice em desconformidade com a lei

II.1) Argumentos apresentados pela representante (peça 1, p. 19-31)

13. Em síntese, a representante argumenta que a licitante Paviservice apresentou balanço patrimonial em desconformidade com a Lei Civil pátria e em direção oposta ao Edital do pregão, fornecendo um retrato não atualizado da sua saúde financeira. A empresa Paviservice apresentou documentação contábil relativa ao exercício de 2013, quando deveria ter apresentado em relação exercício de 2014, pois já era exigível.

14. A representante aduz que, conforme o art. 1078, inciso I, do Código Civil de 2002, o balanço patrimonial e o de resultado econômico levantados no final de determinado exercício devem ser aprovados até o dia 30 de abril do exercício posterior, data a partir da qual deverá ser exigido a demonstração atualizada da situação econômica da empresa. Assim, por esta sistemática legal, nos certames licitatórios realizados antes de 30/4, será exigível a documentação do exercício anterior ao passado. Contudo, nos certames licitatórios encetados em data posterior a 30/4, será exigível a documentação contábil do exercício anterior.

15. Como o certame licitatório foi realizado em 22/5/2015, a documentação contábil que a empresa Paviservice deveria ter apresentado era a relativa a 2014 e não a 2013.

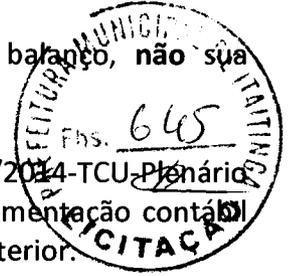
II.2) Análise

16. De fato o prazo estipulado pela Lei 10.406/2002 (Código Civil) em seu art. 1078, inciso I seria até 30 de abril para haver a **deliberação** sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

17. Entretanto, conforme a peça 2, p. 203-205, a licitante Paviservice adota o Sistema Público de Escrituração Digital (Sped). A Instrução Normativa 1.420/2013 da Receita Federal (IN 1.420/2013) estipula a data de 30 de junho como a validade dos documentos

contábeis (o Código Civil estipula 30 de abril para **deliberação** sobre o balanço, não sua publicação).

18. No TCU a matéria não é pacífica. O Acórdão 1.999/2014-TCU-Plenário traz no voto do relator o entendimento de que o prazo de validade da documentação contábil seria 30 de abril do exercício vigente em relação ao exercício imediatamente anterior.



19. Contudo, o Acórdão 2.669/2013-TCU-Plenário, em seu relatório, traz:

1. Nos termos do art. 1.078 da Lei Federal 10.406/02 (Lei do Código Civil), o prazo para apresentação, formalização e registro do balanço é até o quarto mês seguinte ao término do exercício, ou seja, o prazo limite seria até o final de abril, nos termos transcritos a seguir:

(...)

2. No caso de empresas com regime tributário de lucro real, o prazo é até o final de junho, conforme Instrução Normativa da Receita Federal 787/2007.

20. A Instrução Normativa da Receita Federal nº 787/2007 foi revogada pela IN 1.420/2013, porém os prazos permaneceram os mesmos.

21. Diante da divergência, cumpre analisar in verbis o exigido no edital do Pregão Eletrônico 183/15-05 do certame licitatório em tela. Na peça 2, p.21, observa-se nos itens 11.6 11.6.1 e 11.6.2 o seguinte:

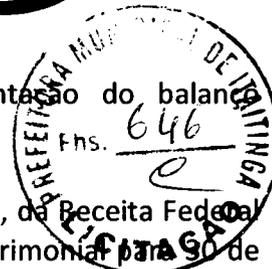
11.6 Será exigida ainda, no caso de serviços, continuados ou não, a apresentação por parte do licitante, da seguinte documentação complementar:

11.6.1 Balanço Patrimonial do último exercício social exigível, apresentado na forma da lei;

11.6.2 Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social exigível, apresentado na forma da lei; (...)

22. Não há menção à data de validade da documentação requerida para atendimento aos itens 11.6.1 e 11.6.2. Os itens falam em último exercício social exigível. Ora, no Código Civil a data é de 30/4 para **deliberação** sobre o balanço e na IN 1.420/2013 a data para **publicação** é 30/6.

23. Diante do impasse, consultou-se a seção de 'perguntas e respostas' sítio de compras governamentais do Governo Federal: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/servicos-faq/sicaf-2013-perguntas-e-respostas#NiVI34> (peça 4, p.12).



24. A pergunta '34' aborda o prazo para apresentação do balanço patrimonial. A resposta:

A Instrução Normativa 787, de 19 de novembro de 2007, da Receita Federal Brasileira, em seu art. 5º, estende o prazo para apresentação do balanço patrimonial para 30 de junho e o Sicaf seguiu as orientações definidas nesta norma, independentemente do tipo de constituição da pessoa jurídica.

25. Como a Instrução Normativa 787/2007 foi revogada pela Instrução Normativa 1.420/2013 e os prazos não foram alterados, considera-se o prazo de 30 de junho como a resposta para a pergunta sobre o prazo de apresentação balanço patrimonial, em consequência da demonstração do resultado do exercício.

26. Essa regra de 30 de junho é válida para todas as licitantes que se encaixam nas definições da IN 1.420/2013. Em outras palavras, todas as licitantes que fazem uso da escrituração digital têm a validade da sua documentação até 30/6.

27. Observa-se que a reclamante questiona apenas a data de validade da documentação exigida pelos itens 11.6.1 e 11.6.2 do edital do pregão na forma eletrônica 183/15-05 (peça 2, p.20). A reclamante não faz qualquer menção a possíveis incorreções sobre os dados ali apresentados.

II.3) Conclusão

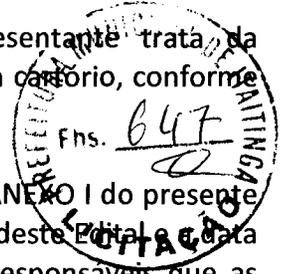
28. O pedido de inabilitação de empresa que utiliza a escrituração eletrônica com o fundamento de que em 22/5/2015 ela deveria apresentar documentos que tinham prazo de apresentação até 30/6/2015 é improcedente. Frise-se que o prazo previsto no Código Civil: 30/4/2015, refere-se à deliberação da assembleia de sócios sobre o balanço patrimonial e não a sua publicação. O fato da empresa apresentar documentação referente ao exercício de 2013 em 22/5/2015 encontra respaldo na IN 1.420/2013 da Receita Federal, pois as empresas que adotam o regime de tributação vinculado ao Sped, a exigência para apresentação dos documentos relativos ao exercício imediatamente anterior só se inicia a partir de 30 de junho do exercício atual. Dessa forma, avalia-se que há de existir um interregno entre as deliberações (30 de abril) e sua respectiva publicação (30 de junho), o que afastaria qualquer ilegalidade na conduta do Dnit em habilitar a vencedora do certame licitatório em tela.

29. Por fim, propõe-se considerar improcedente o pedido de inabilitação da licitante Paviservice realizado pela representante. (Grifei e negritei)

No que cabe ao desatendimento ao item 4.2.6.1, sob alegação de não reconhecer firma na declaração prevista para esse item, o TCU - Tribunal de Contas da União, também deliberou sobre o assunto, no Acórdão nº TC 002.294/2015-0 (em anexo), senão vejamos:

30. Já o segundo ponto questionado pelo representante trata da necessidade de as declarações exigidas no edital terem firma reconhecida em cartório, conforme item 10.7 do instrumento convocatório (peça 1, p. 74), **verbis**:

'10.7 As Declarações 'modelos' que seguem anexas ao ANEXO I do presente Edital, deverão estar devidamente datadas entre a data da efetiva publicação deste Edital e a data prevista para abertura do certame licitatório, devendo as assinaturas dos responsáveis que as assinam, apresentarem-se com reconhecimento de firma por cartório de ofício.'



31. A questão que se coloca é se esse procedimento não estaria gerando ônus desnecessários à licitante. O ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame.

32. Conforme disposto na instrução vestibular, a exigência de reconhecimento de firma nas declarações constantes do Anexo I do edital aparenta ser mais um empecilho para a efetiva participação de interessados.

33. É dizer, não há qualquer ganho para a Administração com essa segurança adicional. Seria inimaginável que uma empresa contratada para realizar os serviços, mais tarde, pudesse alegar que não assinou as declarações, mesmo tendo assinado o contrato.

34. O Tribunal possui jurisprudência pacífica quanto à vedação de exigências desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame (Acórdãos 885/2011 – Plenário, 1.028/2011 – Plenário, 2.796/2011 – 2ª Câmara, 168/2009 – Plenário, 1.745/2009 – Plenário, 3.966/2009 – 2ª Câmara, 4.300/2009 – 2ª Câmara, 6.233/2009 – 1ª Câmara e 354/2008-Plenário, dentre outros).

35. No entendimento desta Corte de Contas, a exigência de requisitos excessivos ou desarrazoados configura ato irregular, por restringir a participação dos licitantes, ofendendo os princípios constitucionais que regulam a licitação.

36. Quanto à exigência específica, o relatório do Acórdão 1.356/2009 - Plenário restou assim consignado:

'16.6 O fato de a proposta de preços da empresa Biomed ter sido assinada por pessoa distinta do quadro societário da firma não a invalidaria, pois a lei não exige que a proposta seja assinada por um de seus sócios nem tampouco que tenha firma reconhecida em cartório.'

37. No mesmo sentido o item 1.6.14. da parte dispositiva do Acórdão 2.125/2011 – Plenário.

38. O fato de os documentos não terem sido autenticados deveria ter sido sanado pela Comissão de Licitação. A Lei 8.666/1993 lhe atribui poderes para isso, conforme dispõe o art. 43, § 3º, **verbis**:

‘Art 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveriam constar originariamente da proposta.’

39. A comissão poderia ter solicitado à sociedade empresária representante, se existisse fundado receio quanto à veracidade da assinatura, a apresentação das cópias autenticadas e estaria esclarecida a situação. E não se alegue que se está cogitando a inclusão de documento. Tratava-se de substituir uma cópia não autenticada por uma autenticada, nada mais.

Complementando o exposto, lembramos que para comprovação da veracidade da assinatura de quem de direito assinou a declaração exigida no item 4.2.6.1, pode-se comprovar no Contrato Social, exigido no item 4.2.2.2, onde o mesmo encontra-se assinado e com firma reconhecida do seu representante legal.

Outrossim, o documento de maior relevância em uma Licitação de na modalidade de Menor Preço é a CARTA PROPOSTA, onde constam as condições mais importantes para contratação que são: o preço proposto, a validade da proposta e o prazo para execução dos serviços objeto do certame, e tal documento não se é exigido o reconhecimento de firma do responsável por sua assinatura.

Feitas estas ponderações, no sentido de que a Comissão reveja seu ponto de vista, e, no uso legítimo do seu direito de retratação, decida pela HABILITAÇÃO DA NOSSA EMPRESA, para podermos continuar no certame e termos a oportunidade de apresentar nossa proposta de preço para execução dos serviços licitados, por ser justo e de pleno direito que assim seja, daí porque a esta altura dos nossos esclarecimentos, mais uma vez reenfatizamos, ser este o principal objetivo do RECURSO ORA IMPETRADO.

Portanto, em assim sendo, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação dos licitantes interessados, que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar obra, como muito bem sentenciou o Mestre Marçal Justem filho na sua obra renomada obra: Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos, 16ª Ed. Pag. 545, e de cujo entendimento também não foge o tribunal de Contas da União, quando no Acórdão 1.025/2003, 1ª Câmara, com a relatoria do Min. Marcos Benquerer Costa, sustentando-se no seu voto condutor, o plenário, à unanimidade assim decidiu:





(...) 8. Por outro lado, a igualdade de condições das licitações, é princípio de estatura constitucional, (art.37, XXI da CEF de 19880). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional, e no § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93. **Por isso a competitividade não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório. Entendimento pacífico desta Corte de Contas, que as exigências da fase de habilitação,** (Grifei e negritei)

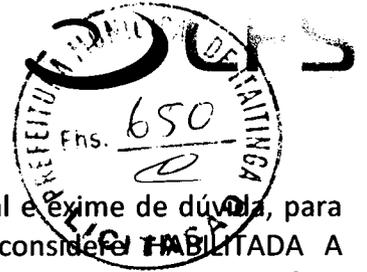
Nessa mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de justiça, (MS7.814/DF, Rel. Min. Francisco Falcão ,1ª Seção, julgamento 28.08.2002, publicado no DJ. de 21.10.2002, p.267) assim decidiu:

O interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilada na Lei básica de regência e com interpretação de cláusula restritiva impondo condição excessiva para a habilitação. Mandado de segurança denegado (acórdão 877/2006, Plenário, Relator Min. Marcos Benquerer Costa). (Grifei e negritei)

Ora senhor Presidente e demais membros da Comissão de Licitação, o que ficou assentado e confirmado pelo Tribunal de Contas da União e pelo Superior Tribunal de Justiça, além da jurisprudência firme capitaneada pelo renomado Mestre Marçal Justem Filho, é que na fase de habilitação deve ser observado o mínimo e indispensável de exigências, por óbvio relevando aquelas que, no que pese constarem no edital não são consideradas obrigatórias segundo dispõe os arts. 27 e 28 e 29 para fins de habilitação das licitantes, o que implica em afirmar que, **se algum licitante deixou de cumprir procedimentos meramente formais, não exigíveis na lei das licitações, não pode em absoluto estes licitantes serem INABILITADOS, por força mesmo do imperativo legal prescrito no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que proíbe expressamente tais exigências.**

Assim impõe a Constituição Federal, exatamente para privilegiar o princípio da competitividade, a bem do interesse público, limitando as exigências ao mínimo, exatamente para impedir situações restritivas de direitos e permitir a participação do maior número possível de participante nos certames para contratação de obras e serviços, porque assim acontecendo, se estar a defender os reais interesses do erário público, na busca de alcançar propostas que ofereçam as melhores condições para consecução do objeto licitado, em todos os casos para atendimento das demandas de responsabilidade do poder público.

Por todo o exposto, em nome do fundamento constitucional, invocado, do que prescreve a Lei 8.666/93 e das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, **para que seja reprimido pela Comissão Permanente de Licitação o desacerto cometido,** FICA AQUI REQUERIDO, COM RESPADO NO MAIS LEGÍTIMO DIREITO QUE AO CASO SE APLICA, que seja **chamado o feito a ordem, para, no uso do juízo de retratação, HABILITAR A RECORRENTE, sob o entendimento de que, apesar de tudo, a aceitabilidade do Balanço Patrimonial de 2014 (nossa empresa é optante pelo Lucro Real, por conseguinte a necessidade de publicação se dá apenas no último dia do mês de junho) e da desnecessidade de apresentação de declaração com reconhecimento de firma.**



Finalmente, se, no que pese a demonstração cabal e ~~exime de dúvida~~, para que a Comissão Permanente de Licitação reveja sua decisão e considere ~~RECORRENTE~~ A RECORRENTE, resolver manter o seu entendimento, o que não acreditamos que aconteça, em face da responsabilidade que tem os agentes públicos de observar o cumprimento ordenado e regular a bem dos interesses da Administração e mesmos dos interesses coletivos, que dê integral cumprimento ao disposto no Art. 109 da Lei 8.666/93, e em seguida, remeta o processo ao Secretário Municipal competente, para que este, no uso das suas superiores atribuições, após ouvir seu departamento jurídico, profira decisão final no âmbito administrativo, que à evidência do direito que ao caso imperativamente deve ser aplicado, ficamos no aguardo que o nosso recurso seja plenamente PROVIDO, e que a decisão final seja pela HABILITAÇÃO da CONSTRUTORA FERREIRA SANTOS LTDA., para continuar no certame da Tomada de Preços nº 1404.03/2016/TP, por ser justo e de direito.

Fortaleza, 12 de mai de 2016

ATENCIOSAMENTE,

CONSTRUTORA FERREIRA SANTOS LTDA.

CNPJ/MF nº 07.011.737/0001-59

José Ferreira dos Santos

CPF/MF nº 057.163.493-15



GRUPO I - CLASSE VII - Plenário

TC-020.558/2015-5

Natureza: Representação

Unidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

Representante: Etec – Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda. (00.505.321/0001-48)

Representação legal: Dalmo Rogério S. de Albuquerque (OAB/DF 10.010).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Adoto, como relatório, a instrução elaborada no âmbito da SeinfraRod, a qual contou com a anuência dos titulares da unidade (peças 7-9):

“1. Cuidam os autos de representação (com pedido de medida cautelar) a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), relacionadas ao Pregão Eletrônico 183/2015-05 (peça 2, p. 10-76), conduzido pela Superintendência Regional do Dnit no Estado da Bahia, cujo objeto é a contratação de empresa para execução de serviços de revitalização - Crema (recuperação, restauração e manutenção rodoviária), na rodovia BR-020/BA, trecho: div GO/BA - div BA/PI, subtrecho: div. GO/BA - Roda Velha, segmento: km 0,0 - km 135,12, no valor de estimado de R\$ 48.827.650,09 (peça 2, p.56-58).

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

2. Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

3. Além disso, a Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda. possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VII do art. 237 do RI/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e art. 9º da Lei 10.520/2002.

4. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

5. A representação em análise (peça 1) aponta as seguintes irregularidades no âmbito do Pregão Eletrônico 183/2015-05 do Dnit, conduzido pela sua Superintendência Regional no estado da Bahia: ‘Razões contra a habilitação da licitante Paviservice - lances padronizados e sequenciais - indício de utilização de robôs (*software* de lançamentos automáticos)’ (peça 1, p. 10-19); ‘balanço patrimonial e demonstrações contábeis em descompasso com a lei e com edital - exercício de 2014 já exigível’ (peça 1, p. 19-31); não apresentação de certidão comprobatória de inscrição dos responsáveis técnicos no Crea’ (peça 1, p. 31-33); ‘do envio tempestivo da proposta por meio eletrônico alternativo - formalismo - economicidade (peça 1, p.33-49) e ‘da necessidade de adoção de medida cautelar - pedido cautelar com fundamento nos artigos 45, da Lei Orgânica do TCU e 276, do RI/TCU - demonstração dos requisitos essenciais - necessidade imperiosa da concessão’ (peça 1, p.49-52).

6. A representação será dividida para análise da seguinte forma: I) ~~indício~~ de utilização de 'robôs' (*software* de lançamentos automáticos); II) balanço patrimonial e demonstrações contábeis apresentadas pela licitante Paviservice em desconformidade com a lei; III) não apresentação por parte da licitante Paviservice de certidão comprobatória de inscrição dos responsáveis técnicos no Crea; IV) desclassificação da licitante Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda., apesar do envio tempestivo da proposta por meio eletrônico alternativo e V) adoção de medida cautelar.

I) Indício de utilização de 'robôs' (*software* de lançamentos automáticos de lances)

I.1) Argumentos apresentados pela representante (peça 1, p. 10-19)

7. Em síntese, a representante argumenta que a licitante Paviservice, vencedora do certame, apresentou um comportamento anticompetitivo, pois provavelmente utilizou um *software* para lançamentos automáticos de lances. A atitude anticompetitiva é explicada no momento da fase de lances, porque após cada lance desferido pela empresa que se encontrava na dianteira da disputa (melhor lance momentâneo), a licitante Paviservice, em ínfimo espaço de tempo, apresentava um lance sucessivo de cobertura, sempre abaixando este último preço em R\$ 3,00.

8. Prosseguindo em sua argumentação, a representante informa que não há uma proibição normativa para a utilização de *software* para lançamentos automáticos de lances, porém há uma violação ao princípio da isonomia. Para afirmar a sua tese, a representante se vale de doutrina e de decisões do Tribunal de Contas da União (TCU).

I.2) Análise

9. Analisando os elementos comprobatórios trazidos pela representante aos autos (peça 2, p. 5-9) não se verifica a evidência de utilização de *software* de lançamentos automáticos de lances.

10. Nos elementos comprobatórios há apenas um lance da licitante Paviservice, ofertado no valor de R\$ 39.635.997,00 (peça 2, p.5) que foi registrado três segundos após o lance da representante com um desconto de R\$ 3,00. Porém, apenas essas informações não fazem prova sobre a utilização de robôs (*software* de lançamentos automáticos de lances).

I.3) Conclusão

11. A reclamante não conseguiu evidenciar, com os documentos trazidos aos autos (peça 2, p. 5-9), a utilização de *software* de lançamentos automáticos de lances por parte da licitante Paviservice.

12. Isso posto, propõe-se considerar improcedente a representação da empresa sobre o indício de utilização de 'robôs' (*software* de lançamentos automáticos de lances) por não haver evidência de tal conduta.

II) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis apresentadas pela licitante Paviservice em desconformidade com a lei

II.1) Argumentos apresentados pela representante (peça 1, p. 19-31)

13. Em síntese, a representante argumenta que a licitante Paviservice apresentou balanço patrimonial em desconformidade com a Lei Civil pátria e em direção oposta ao Edital do pregão, fornecendo um retrato não atualizado da sua saúde financeira. A empresa Paviservice apresentou documentação contábil relativa ao exercício de 2013, quando deveria ter apresentado em relação exercício de 2014, pois já era exigível.

14. A representante aduz que, conforme o art. 1078, inciso I, do Código Civil de 2002, o balanço patrimonial e o de resultado econômico levantados no final de determinado exercício devem ser aprovados até o dia 30 de abril do exercício posterior, data a partir da qual deverá ser exigido a demonstração atualizada da situação econômica da empresa. Assim, por esta sistemática legal, nos certamos licitatórios realizados antes de 30/4, será exigível a documentação do exercício

anterior ao passado. Contudo, nos certames licitatórios encetados em data posterior a 30/4, será exigível a documentação contábil do exercício anterior.

15. Como o certame licitatório foi realizado em 22/5/2015, a documentação contábil que a empresa Paviservice deveria ter apresentado era a relativa a 2014 e não a 2013.

II.2) Análise

16. De fato o prazo estipulado pela Lei 10.406/2002 (Código Civil) em seu art. 1078, inciso I seria até 30 de abril para haver a **deliberação** sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

17. Entretanto, conforme a peça 2, p. 203-205, a licitante Paviservice adota o Sistema Público de Escrituração Digital (Sped). A Instrução Normativa 1.420/2013 da Receita Federal (IN 1.420/2013) estipula a data de 30 de junho como a validade dos documentos contábeis (o Código Civil estipula 30 de abril para **deliberação** sobre o balanço, **não** sua publicação).

18. No TCU a matéria não é pacífica. O Acórdão 1.999/2014-TCU-Plenário traz no voto do relator o entendimento de que o prazo de validade da documentação contábil seria 30 de abril do exercício vigente em relação ao exercício imediatamente anterior.

19. Contudo, o Acórdão 2.669/2013-TCU-Plenário, em seu relatório, traz:

1. Nos termos do art. 1.078 da Lei Federal 10.406/02 (Lei do Código Civil), o prazo para apresentação, formalização e registro do balanço é até o quarto mês seguinte ao término do exercício, ou seja, o prazo limite seria até o final de abril, nos termos transcritos a seguir:

(...)

2. No caso de empresas com regime tributário de lucro real, o prazo é até o final de junho, conforme Instrução Normativa da Receita Federal 787/2007.

20. A Instrução Normativa da Receita Federal nº 787/2007 foi revogada pela IN 1.420/2013, porém os prazos permaneceram os mesmos.

21. Diante da divergência, cumpre analisar *in verbis* o exigido no edital do Pregão Eletrônico 183/15-05 do certame licitatório em tela. Na peça 2, p.21, observa-se nos itens 11.6.1 e 11.6.2 o seguinte:

11.6 Será exigida ainda, no caso de serviços, continuados ou não, a apresentação por parte do licitante, da seguinte documentação complementar:

11.6.1 Balanço Patrimonial do último exercício social exigível, apresentado na forma da lei;

11.6.2 Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social exigível, apresentado na forma da lei; (...)

22. Não há menção à data de validade da documentação requerida para atendimento aos itens 11.6.1 e 11.6.2. Os itens falam em último exercício social exigível. Ora, no Código Civil a data é de 30/4 para **deliberação** sobre o balanço e na IN 1.420/2013 a data para **publicação** é 30/6.

23. Diante do impasse, consultou-se a seção de ‘perguntas e respostas’ sítio de compras governamentais do Governo Federal: <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/servicos-faq/sicaf-2013-perguntas-e-respostas#NiVI34> (peça 4, p.12).

24. A pergunta ‘34’ aborda o prazo para apresentação do balanço patrimonial. A resposta:

A Instrução Normativa 787, de 19 de novembro de 2007, da Receita Federal Brasileira, em seu art. 5º, estende o prazo para apresentação do balanço patrimonial para 30 de junho e o Sicaf seguiu as orientações definidas nesta norma, independentemente do tipo de constituição da pessoa jurídica.

25. Como a Instrução Normativa 787/2007 foi revogada pela Instrução Normativa 1.420/2013 e os prazos não foram alterados, considera-se o prazo de 30 de junho como a resposta



para a pergunta sobre o prazo de apresentação balanço patrimonial, em consequência da demonstração do resultado do exercício.

26. Essa regra de 30 de junho é válida para todas as licitantes que se encaixam nas definições da IN 1.420/2013. Em outras palavras, todas as licitantes que fazem uso da escrituração digital têm a validade da sua documentação até 30/6.

27. Observa-se que a reclamante questiona apenas a data de validade da documentação exigida pelos itens 11.6.1 e 11.6.2 do edital do pregão na forma eletrônica 183/15-05 (peça 2, p.20). A reclamante não faz qualquer menção a possíveis incorreções sobre os dados ali apresentados.

II.3) Conclusão

28. O pedido de inabilitação de empresa que utiliza a escrituração eletrônica com o fundamento de que em 22/5/2015 ela deveria apresentar documentos que tinham prazo de apresentação até 30/6/2015 é improcedente. Frise-se que o prazo previsto no Código Civil: 30/4/2015, refere-se à deliberação da assembleia de sócios sobre o balanço patrimonial e **não** a sua publicação. O fato da empresa apresentar documentação referente ao exercício de 2013 em 22/5/2015 encontra respaldo na IN 1.420/2013 da Receita Federal, pois as empresas que adotam o regime de tributação vinculado ao Sped, a exigência para apresentação dos documentos relativos ao exercício imediatamente anterior só se inicia a partir de 30 de junho do exercício atual. Dessa forma, avalia-se que há de existir um interregno entre as deliberações (30 de abril) e sua respectiva publicação (30 de junho), o que afastaria qualquer ilegalidade na conduta do Dnit em habilitar a vencedora do certame licitatório em tela.

29. Por fim, propõe-se considerar improcedente o pedido de inabilitação da licitante Paviservice realizado pela representante.

III) Não apresentação por parte da licitante Paviservice de certidão comprobatória de inscrição dos responsáveis técnicos no Crea

III.1) Argumentos apresentados pela representante (peça 1, p. 31-33)

30. Em síntese, a representante alega que a licitante Paviservice não cumpriu o item 5.1.1, letra 'c' do termo de referência do Edital normativo em apreço (peça 2, p. 38-39), pois deixou de apresentar a certidão comprobatória de inscrição ou registro e regularidade da licitante e dos seus responsáveis técnicos no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Crea).

31. Assim, na argumentação da reclamante, houve violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Portanto, requer o alijamento da licitante Paviservice do certame, haja vista não ter cumprido a alínea 'c' do item 5.1.1 do termo de referência.

III.2) Análise

32. Na peça 2, p. 215-217, há a certidão de registro e quitação de pessoa jurídica da licitante Paviservice. Na certidão anteriormente citada há a relação de vários profissionais, inclusive do Sr. Ronald Velame de Azevedo, que declara (peça 2, p.246) que fará parte da equipe técnica da licitante e será indicado ao cargo de 'engenheiro civil responsável técnico/gerente de contrato' em documento dirigido ao Pregoeiro. Na certidão emitida pelo Crea no estado da Bahia (Crea/BA) (peça 2, p.216-217) há menção que o Sr. Ronald Velame de Azevedo é engenheiro civil com as atribuições do art. 7º da resolução 218/73 do Confea, a saber:

art. 7º - Compete ao ENGENHEIRO CIVIL ou ao ENGENHEIRO DE FORTIFICAÇÃO e CONSTRUÇÃO:

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a edificações, estradas, **pistas de rolamentos** e aeroportos; sistema de transportes, de abastecimento de água e de saneamento; portos, rios, canais, barragens e diques; drenagem e irrigação; pontes e grandes estruturas; seus serviços afins e correlatos. (grifo nosso).

33. Complementando o disposto no art. 7º da resolução 218/73 do Confea, reproduz-se o art. 1º da mesma resolução:

art. 1º - Para efeito de fiscalização do exercício profissional correspondente às diferentes modalidades da Engenharia, Arquitetura e Agronomia em nível superior e em nível médio, ficam designadas as seguintes atividades:

- Atividade 01 - Supervisão, coordenação e orientação técnica;
- Atividade 02 - Estudo, planejamento, projeto e especificação;
- Atividade 03 - Estudo de viabilidade técnico-econômica;
- Atividade 04 - Assistência, assessoria e consultoria;
- Atividade 05 - Direção de obra e serviço técnico;
- Atividade 06 - Vistoria, perícia, avaliação, arbitramento, laudo e parecer técnico;
- Atividade 07 - Desempenho de cargo e função técnica;
- Atividade 08 - Ensino, pesquisa, análise, experimentação, ensaio e divulgação técnica; extensão;
- Atividade 09 - Elaboração de orçamento;
- Atividade 10 - Padronização, mensuração e controle de qualidade;
- Atividade 11 - Execução de obra e serviço técnico;
- Atividade 12 - Fiscalização de obra e serviço técnico;
- Atividade 13 - Produção técnica e especializada;
- Atividade 14 - Condução de trabalho técnico;
- Atividade 15 - Condução de equipe de instalação, montagem, operação, reparo



34. De forma a elidir qualquer dúvida sobre a regularidade do profissional indicado como responsável técnico do objeto do pregão eletrônico, consultou-se o sítio do Crea/BA (peça 5). A informação retornada foi a confirmação da regularidade da licitante e dos seus responsáveis técnicos junto ao Crea.

III.3) Conclusão

35. Nesse caso, a alínea 'c' do item 5.1.1 do termo de referência está atendida, razão pela qual propõe-se considerar improcedente a representação da empresa representante sobre a desclassificação da empresa Paviservice, pois foi confirmada a regularidade da licitante e dos seus responsáveis técnicos perante o Crea.

IV) Desclassificação da licitante Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda., apesar do envio tempestivo da proposta por meio eletrônico alternativo

IV.1) Argumentos apresentados pela representante (peça 1, p.33-49)

36. Em síntese, a representante argumenta que o edital do Pregão Eletrônico 183/2015-5 é omissivo em alertar que somente poderia ser encaminhado um único arquivo, independente do seu tamanho, contendo toda a documentação solicitada. Foi silente também acerca da chance única de envio dos documentos, isto é, sobre o encerramento do canal de comunicação com o envio de um primeiro anexo.

37. A representante dividiu a proposta em dois arquivos separados, em virtude ao grande tamanho. E tentou enviar a segunda parte ainda no período do prazo legal estipulado pelo pregoeiro e não conseguiu, fato que a reclamante chama de 'preclusão eletrônica'.

38. A reclamante informa que enviou a documentação por meio de correio eletrônico a documentação, dentro do prazo.

39. Informa, também, que encaminhou, em 16/6/2015, a documentação em formato físico na sede do órgão licitante.

40. Em 17/6/2015, o pregoeiro consignou no *chat* da sessão pública que a reclamante estava desclassificada do certame, pois deixou de apresentar via sistema a proposta de preço atualizada, não atendendo ao solicitado no item 10.1 do Edital normativo do certame.

IV.2) Análise

41. Em sua argumentação, a representante faz sua fundamentação do porquê não deveria ter sido desclassificada do certame. Para tanto, ela traz a sua interpretação dos normativos relativos ao pregão eletrônico e uma série de decisões do TCU e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

42. Porém, ela não traz aos autos nenhuma comprovação do envio de comprovação da primeira parte da documentação, do envio por meio de correio eletrônico e 'recebido' da documentação protocolada em 16/6/2015 na sede do órgão licitante.

IV.3) Conclusão

43. Nesse caso não há como concluir pela desclassificação irregular da reclamante, pois não há evidências, conforme analisado no parágrafo anterior, de excesso de formalismo na desclassificação.

V) Necessidade de medida cautelar

V.1) Argumentos apresentados pela representante (peça 1, 49-52)

44. Será reproduzida (peça 1, p.49-52) a demonstração trazida pela representante dos requisitos essenciais para a adoção da medida cautelar:

Como visto, as irregularidades trazidas à tona, pela Representante, são de natureza grave, na medida em que a manutenção da decisão ora impugnada, com a habilitação indevida da empresa PAVISERVICE, declarada vencedora após julgamento do seu recurso administrativo, como também o alijamento indevido da Representante ocasionará a marcha normal do Pregão, com uma possível assinatura do contrato administrativo, com uma empresa que não se esmerou em cumprir com as regras estabelecidos pelo Edital de Convocação.

Em sendo assim, CASO ESTE PRETÓRIO NÃO INTERVENHA, O Dnit-BA irá promover a ADJUDICAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO do Pregão Eletrônico e, de consequência irá celebrar o respectivo contrato administrativo com citada empresa, o que está em vias de ocorrer a qualquer momento, consistindo aqui, o *periculum in mora*, correspondente à concessão da cautela, bem assim, a demonstração, também inequívoca, do pericimento do direito, que culmina, por fim, no risco de ineficácia da decisão de mérito dessa representação!

Por outro prisma, não menos transparente o *fumus boni jûris*, eis que tratando-se a licitação de envolvimento de vultosas quantias contratuais, essencialmente, o erário, mais uma vez poderá incorrer em flagrante prejuízo, pois se estará placitando a habilitação de uma empresa que não atendeu aos requisitos do Edital e que, como se mencionou acima, participou do Pregão utilizando-se de 'robôs', condição esta que lhe permitiu sagrar-se vencedora do certame.

É exatamente nesses aspectos que encontra-se coincidência da necessidade da concessão do provimento cautelar - previstos tanto da lei orgânica do TCU, como no seu regimento interno, por que uma vez sabedora da iminência da assinatura do contrato administrativo, por óbvio que, em primeiro lugar, a lesão ao erário público e ao direito alheio, inevitavelmente, ocorrerá - o que é uma lástima e NÃO é a finalidade da norma, sobretudo, as especificadas para e pelo TCU!

Em segundo plano, não menos importante e também essencial requisito para a concessão da tutela, e igualmente relacionada com a primeira hipótese, e, mais ainda, com o pericimento do direito, com a habilitação indevida da empresa declarada vencedora do Pregão e o alijamento definitivo da Representante do certame, exsurge o risco de ineficácia da decisão de mérito dessa representação, levada a julgamento para o TCU.

O art. 45, da Lei 8.443/1992 - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, versa o seguinte, sobre a possibilidade: 'art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no regimento interno assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados. § 1º. No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido: I - sustará a execução do ato impugnado; II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta lei. (sem destaques, no original)

Dessa forma, presentes os requisitos para a concessão da cautela, devidamente justificados, é de se requerer ao d. relator do processo seja determinado, com a URGÊNCIA que o caso requer, demonstrada, inclusive, o pericimento do direito, para que se determine ao Pregoeiro do Dnit-BA o SOBRESTAMENTO do PREGÃO ELETRÔNICO 0183/2015.05-Dnit-BA, diante da manifesta

ilegalidade na habilitação da empresa PAVISERVICE, declarada vencedora do certame e a falta de razoabilidade do ato que desclassificou a Representante, até julgamento final da presente Representação.

Que a decisão cautelar aqui requerida, uma vez determinada, perdure até a decisão final da presente representação, por ser de direito e como determina o mandamento legal!

V.2) Análise

45. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

46. No caso em tela, não foi evidenciado os pressupostos do *fumus boni juris*, pois a partir do exame empreendido concluiu-se pela improcedência do pedido da representante.

V.3) Conclusão

47. Analisando os elementos apresentados pelo representante, verifica-se que não há nos autos, os pressupostos acima mencionados, senão vejamos as análises e conclusões empreendidas nos itens 'I', 'II', 'III' e 'IV' do 'Exame Técnico'.

CONCLUSÃO

48. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e art. 9º da Lei 10.520/2002.

49. No que tange ao requerimento de medida cautelar, *inaudita altera pars*, propõe-se considera-lo improcedente, por não estar presente nos autos os pressupostos do *fumus boni juris*. (Item V do 'Exame Técnico')

50. No item I do 'Exame Técnico', foi analisado o indício de utilização de *software* de lançamento automático de lances. Com os elementos trazidos aos autos pela representante, não se verificou a evidência de utilização de *software* de lançamento automático de lances.

51. Realizou-se a análise do item da representação 'balanço patrimonial e demonstrações contábeis em descompasso com a lei e com edital - exercício de 2014 já exigível'. O pedido de inabilitação de empresa que utiliza a escrituração eletrônica, que é o caso da licitante Paviservice, com o fundamento de que em 22/5/2015 ela deveria apresentar documentos do exercício de 2014 é improcedente, pois os documentos de 2013 possuíam validade até 30/6/2015. (Item II do 'Exame Técnico')

52. Sobre a não apresentação por parte da licitante Paviservice de certidão comprobatória de inscrição dos responsáveis técnicos no Crea, a análise foi realizada no item III do 'Exame Técnico'. Nesse caso, a alínea 'c' do item 5.1.1 do termo de referência está atendida, pois foi confirmada a regularidade da licitante e dos seus responsáveis técnicos.

53. Não se considerou irregular a desclassificação representante, pois não há evidências de excesso de formalismo no ato praticado pelo Pregoeiro. (Item IV do 'Exame Técnico')

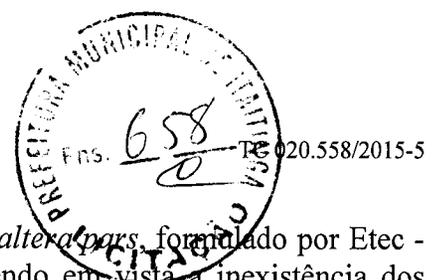
54. Não foram evidenciados os pressupostos do *fumus boni juris*, pois a partir do exame empreendido concluiu-se pela improcedência do pedido da representante. (Item V do 'Exame Técnico')

55. Diante dos fatos apurados (Itens I, II, III e IV do 'Exame Técnico'), concluiu-se pela improcedência da presente representação, razão pela qual se proporá o seu arquivamento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

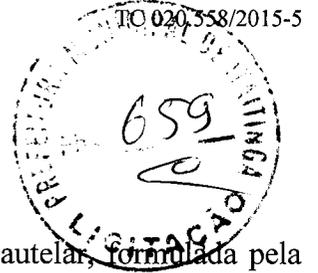
56. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e art. 9º da Lei 10.520/2002;



- b) indeferir o requerimento de medida cautelar, *inaudita altera pars*, formulado por Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda., tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida;
- c) considerar improcedente a representação formulada pelo Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda.;
- d) comunicar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit e ao representante a decisão que vier a ser adotada nestes autos;
- e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU.”

É o relatório.



PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Os autos tratam de representação, com requerimento de medida cautelar, formulada pela empresa Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda., noticiando possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico 183/2015-05 (peça 2, p. 10-76), conduzido pela Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit no Estado da Bahia, cujo objeto é a contratação de empresa para execução de serviços de revitalização - Crema (recuperação, restauração e manutenção rodoviária), na rodovia BR-020/BA, trecho: div GO/BA - div BA/PI, subtrecho: div. GO/BA - Roda Velha, segmento: km 0,0 - km 135,12, no valor estimado de R\$ 48.827.650,09 (peça 2, p.56-58). O referido certame foi vencido pela empresa Paviservice Serviços de Pavimentação Ltda.

2. Basicamente, a representante aponta as ocorrências listadas a seguir e requer a concessão de medida cautelar, a declaração de nulidade da habilitação da empresa Paviservice e a determinação de providências corretivas (peça 1, p. 53-55):

- a) indício de utilização de “robôs” (*software* de lançamentos automáticos de lances);
- b) balanço patrimonial e demonstrações contábeis apresentadas pela licitante Paviservice, referentes ao exercício de 2013, estão em descompasso com a lei, pois, deveriam ter sido apresentados documentos referentes ao exercício de 2014;
- c) não apresentação por parte da licitante Paviservice de certidão comprobatória de inscrição dos responsáveis técnicos no Crea; e
- d) desclassificação irregular da representante, apesar do envio tempestivo da proposta por meio eletrônico alternativo.

3. Em breve síntese, a unidade instrutiva assim se manifestou:

3.1. Quanto à alínea “a” acima, nos elementos comprobatórios há apenas um lance da licitante Paviservice, ofertado no valor de R\$ 39.635.997,00 (peça 2, p. 5) que foi registrado três segundos após o lance da representante com um desconto de R\$ 3,00. A representante não conseguiu evidenciar, com os documentos trazidos aos autos (peça 2, p. 5-9), a utilização de *software* de lançamentos automáticos de lances por parte da licitante Paviservice;

3.2. Em relação à alínea “b”, foi verificado que o prazo previsto no Código Civil (30/4/2015) refere-se à deliberação da assembleia de sócios sobre o balanço patrimonial e **não** a sua publicação. O fato de a empresa apresentar documentação referente ao exercício de 2013 em 22/5/2015 encontra respaldo na Instrução Normativa 1.420/2013 da Receita Federal do Brasil, pois, para as empresas que adotam o regime de tributação vinculado ao Sistema Público de Escrituração Digital - Sped, a exigência para apresentação dos documentos relativos ao exercício imediatamente anterior só se inicia a partir de 30 de junho do exercício atual;

3.3. No tocante à alínea “c”, além da certidão emitida pelo Crea/BA constante dos autos, foi realizada pesquisa junto ao *site* do referido Conselho, tendo sido constatada a regularidade da licitante e de seu responsável técnico;

3.4. Não foi possível concluir pela desclassificação irregular da reclamante, pois essa não trouxe aos autos nenhuma comprovação do envio de comprovação da primeira parte da documentação (por meio do Comprasnet), do envio da documentação por correio eletrônico, do “recebido” dessa documentação protocolada em 16/6/2015 na sede do órgão licitante e nem de excesso de formalismo na sua desclassificação.

4. Diante de todos esses fatos, a SeinfraRod considera que não existem nos autos elementos suficientes para induzir este Tribunal a concluir pela efetividade das falhas apontadas, de forma que, de plano, propõe seja a indeferida medida cautelar requerida e o processo julgado no mérito, desde já, pela improcedência da representação.

5. Realmente, a análise dos autos e os elementos trazidos não justificam posicionamento divergente daquele consignado pela secretaria especializada, razão por que adoto suas ponderações como minhas razões de decidir, sem prejuízo de tecer algumas considerações adicionais.

6. Em relação à ocorrência tratada na alínea “a”, consultando a ata do Pregão (peça 13), constatei que não há apenas um lance da licitante Paviservice, como havia sido afirmado pela unidade instrutiva (item 3.1 acima). Ao contrário, a referida empresa realizou muitos lances, numa disputa que envolveu, principalmente, a representante Etec. Também constatei que, após a oferta de cada lance pela Etec, a Planiservice ofertou, seguidamente, lances com diferenças, por muitas vezes, entre R\$ 2,00 e R\$ 3,00.

7. Ocorre que, de acordo com a ata, o intervalo de tempo entre os lances concorrentes não foi inferior a 3 (três) segundos. Este é o intervalo mínimo estabelecido pela Instrução Normativa SLTI/MP 3/2011, com a redação dada pela IN SLTI/MP 3/2013. Assim, não restou comprovado nestes autos, de forma cabal, a utilização de *software* “robô” nem o eventual prejuízo à representante, posto que foi observado o tempo mínimo de 3 (três) segundos, estabelecido pela norma da SLTI/MP, cuja função é justamente permitir que o licitante concorrente tenha tempo suficiente para ofertar o respectivo lance.

8. Quanto às supostas irregularidades consignadas nas alíneas “b” e “c”, não constam dos autos elementos que permitam concluir sua ocorrência.

9. Especificamente quanto à falha tratada na alínea “d”, conforme já registrado no relatório precedente, após a desclassificação da proposta da Planiservice (no valor de R\$ 39.635.997,00 negociado para R\$ 39.574.919,56), foi chamada a empresa ora representante (proposta de R\$ 39.636.000,00). A Etec afirmou que dividiu a sua proposta em dois arquivos devido ao seu tamanho. Após o envio do primeiro arquivo, via Comprasnet, o sistema não teria permitido o envio da segunda parte da proposta, tendo a empresa enviado a proposta completa apenas por correio eletrônico e, dois dias úteis depois, por meio físico. No entanto, não foram acostadas aos autos provas efetivas dessas alegações.

10. O Edital assim estabeleceu (peça 2, p. 18):

“10.1 A proposta de preços do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar, contendo as especificações detalhadas do objeto ofertado deverá ser formulada com base na Planilha Estimativa de Custos — Anexo 11 deste edital ou documento correspondente, após o encerramento da etapa de lances e **enviada por meio do sistema COMPRASNET — opção ‘enviar anexo’**, no prazo de até 04 (quatro) horas após convocação do pregoeiro e em conformidade com o melhor lance ofertado, com posterior ‘entrega’ do original via Protocolo, no prazo máximo de 3 (três) dias úteis, contados a partir da data de encerramento da fase de aceitação das propostas. (...)” (grifo nosso)

11. Em consulta ao *site* do Dnit consta a informação, no Relatório de Julgamento de Recurso Administrativo interposto pela Etec contra a sua desclassificação, de que a Pregoeira, na fase de lances, colocou a seguinte mensagem, no dia 22/5/2015, às 15:15:00:

“Após o término da etapa de lances, solicitarei a primeira melhor colocada o encaminhamento da proposta ajustada ao seu último lance, a ser encaminhada por meio da opção ‘enviar anexo’, **em arquivo único**, assim, sugiro que permaneçam logados após o término da disputa, com vistas a acompanharem o procedimento.” (grifo nosso) (endereço eletrônico: http://www1.dnit.gov.br/anexo/Relat%C3%B3rio/Relat%C3%B3rio_edital0183_15-05_1.pdf)

12. Em adição, após a desclassificação da empresa ora representante, foi dado provimento ao recurso administrativo interposto pela Planiservice, a qual havia ofertado a proposta mais vantajosa, sendo essa declarada vencedora do certame.



13. Assim, considerando que: (i) o edital previa que o envio da proposta se daria por meio do sistema Comprasnet, opção “enviar anexo”; (II) a Pregoeira enviou mensagem informando que deveria ser enviada a proposta ajustada em arquivo único; (III) a desclassificação da representante ocorreu por falha da própria empresa no envio da sua proposta ajustada; (IV) foi dado provimento ao recurso administrativo sendo declarada vencedora a empresa detentora da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, entendo que não procedem os argumentos apresentados pela empresa Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda., razão pela qual acolho a proposta da SeinfraRod.

Ante o exposto, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 2 de março de 2016.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI

Relator

ACÓRDÃO Nº 472/2016 - TCU - Plenário



1. Processo TC-020.558/2015-5.
2. Grupo I - Classe VII - Assunto: Representação.
3. Representante: Etec – Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda. (00.505.321/0001-48).
4. Unidade: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.
5. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária (SeinfraRod).
8. Representação legal: Dalmo Rogério Souza de Albuquerque (10.010/DF-OAB), representando Etec- Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela empresa Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda., noticiando possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico 183/2015-05, conduzido pela Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit no Estado da Bahia, cujo objeto é a contratação de empresa para execução de serviços de revitalização - Crema (recuperação, restauração e manutenção rodoviária), na rodovia BR-020/BA, trecho: div GO/BA - div BA/PI, subtrecho: div. GO/BA - Roda Velha, segmento: km 0,0 - km 135,12, no valor estimado de R\$ 48.827.650,09 (quarenta e oito milhões oitocentos e vinte e sete mil seiscentos e cinquenta reais e nove centavos),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e art. 9º da Lei 10.520/2002;

9.2 indeferir o requerimento de medida cautelar, *inaudita altera pars*, formulado por Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda., tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida;

9.3 considerar improcedente a representação formulada pela Etec - Empreendimentos Técnicos de Engenharia e Comércio Ltda.;

9.4 comunicar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit e à representante a presente deliberação; e

9.5 arquivar os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU.

10. Ata nº 6/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 2/3/2016 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0472-06/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro que alegou impedimento na Sessão: Aroldo Cedraz (Presidente).

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.



13.4. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti (Relator), André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário
TC 002.294/2015-0
Natureza: Representação
Representante: Construtora Millenium Ltda. EPP
Unidade: Prefeitura Municipal de Maceió - AL



SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CLÁUSULAS RESTRITIVAS À COMPETIÇÃO. EXIGÊNCIA DE CAPITAL MÍNIMO E GARANTIA. MEDIDA CAUTELAR. OITIVA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INABILITAÇÃO POR OUTRAS RAZÕES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como parte do relatório a instrução produzida no âmbito da Secex/BA:

- “1. Trata-se de representação (peça 1, pp. 1-19) formulada pela sociedade empresária Construtora Millenium Ltda. EPP, devidamente identificada nos autos, contra atos praticados na Concorrência Pública 01/2015, promovida pela prefeitura municipal de Maceió – AL, que tem por objetivo a contratação de empresa de engenharia para construção de quatro Unidades Básicas de Saúde (UBS) nos bairros de Antares, Jardim Petrópolis, Tabuleiro dos Martins e Bebedouro.
2. Conforme atesta o edital do processo licitatório, os valores orçados para execução das obras somam R\$ 5.288.319,80 (lote 1: R\$ 1.286.187,24; lote 2: R\$ 1.325.037,66; lote 3: R\$ 1.342.264,79 e lote 4: R\$ 1.334.830,11) e deverão ser custeadas, em parte pelos cofres do próprio município e, em parte, com recursos transferidos do Governo Federal (peça 1, pp. 56 e 58).
3. Cabe esclarecer que a representação em tela foi recebida pela Secex/AL e enviada a esta regional com base na nova sistemática dos Núcleos de Controle Externo das Aquisições Logísticas (NLog), que no caso do N-Log-BA comporta os estados de Alagoas, Bahia e Sergipe.

HISTÓRICO

4. Alegando irregularidades em atos praticados pela prefeitura municipal de Maceió - AL, a representante pugnou pela declaração de nulidade de diversas cláusulas do edital da Concorrência Pública 01/2015.
5. Na instrução inicial (peça 4), decorrente de exame técnico efetuado na medida e profundidade cabível no âmbito das tutelas de urgência, a unidade técnica propôs a suspensão cautelar **inaudita altera parte** do andamento da licitação impugnada, determinado, ainda, à prefeitura municipal de Maceió - AL que se abstivesse de homologar os certames e assinar os respectivos contratos, até que esta Corte deliberasse de forma definitiva sobre a matéria. Adicionalmente, elaborou-se proposta de oitiva do município para manifestar-se sobre os fatos apontados na representação, especialmente quanto às questões a seguir:
 - a) exigência de demonstração de capital mínimo cumulada com apresentação de garantia da proposta (itens 3.1 e 8.6.1. – ‘c’ do Edital);
 - b) exigência de as declarações contidas no Anexo I do Edital estarem devidamente com firma reconhecida em cartório de ofício;
 - c) exigência de Termo de Compromisso de Engenheiro de Segurança do Trabalho (Anexo I – O do edital) antes da efetiva contratação da empresa.
6. Perfilhando o entendimento da Secex/BA, o Ministro José Mucio Monteiro, relator do feito, em despacho datado de 24/2/2015 (peça 7), acolheu a proposta formulada na instrução preliminar, determinando a suspensão cautelar da licitação contrastada, bem como, com esteio no art.

276, § 3º, do Regimento Interno do TCU, a oitiva do município de Maceió - AL, acerca do teor da representação.

EXAME TÉCNICO

7. De início, cabe informar que o certame encontra-se suspenso, em face da medida cautelar expedida por este Tribunal (peça 13, pp. 32-35).
8. Em cumprimento ao Despacho do Ministro-Relator (peça 7), foi promovida a oitiva do município de Maceió – AL, por meio do Ofício 304/2015 – TCU/SECEX-BA (peça 8), de 25/2/2015.
9. Em resposta à oitiva promovida, o município de Maceió – AL encaminhou esclarecimentos juntados às peças 13 a 17.
10. O município de Maceió – AL sustenta, preliminarmente, que não há óbices à cumulação das exigências de garantia da proposta com capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo.
11. No caso concreto, dado o vulto e a importância da licitação, para trazer uma maior garantia à Administração, no sentido de evitar empresas sem idoneidade financeira, trazendo o risco de ter a execução da obra paralisada em função da falta de recursos pela empresa contratada, excepcionalmente, alega que seria possível a cumulação dos dois itens.
12. Argumenta que não há consenso, na doutrina e jurisprudência, sobre a possibilidade ou não de cumular as exigências de capital mínimo, de patrimônio líquido e de garantias. Para tanto, cita a Súmula 27 do Tribunal de Contas de São Paulo, que dispõe que ‘a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário da administração’.
13. Quanto à exigência de as declarações contidas no Anexo I do edital estarem com firma reconhecida em cartório de ofício, justifica tal obrigatoriedade pela elevada ocorrência de questionamentos levantados pelas licitantes participantes nos procedimentos licitatórios quanto à veracidade das assinaturas apresentadas, o que muitas vezes era motivo de tumultos e discussões entre os próprios participantes.
14. Para reforçar sua tese, cita o § 2º do art. 22 da Lei 9.784/1999, que dispõe que ‘salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade’.
15. Salienta, ainda, que, no caso sob exame, o custo total para o reconhecimento de firma em todas as declarações exigidas é no valor de R\$ 33,00, tomando como base o valor cobrado de R\$ 3,00 por reconhecimento de firma pelos cartórios situados na cidade de Maceió, montante esse – R\$ 33,00 – irrisório em relação ao valor do objeto licitado, R\$ 5.288.319,80.
16. Afirma que a sociedade empresária representada foi inabilitada em vista do não preenchimento de diversas exigências do edital e não apenas as agora questionadas, como se pode observar da Ata do Resultado da Habilitação (peça 13, p. 27-29).
17. Pondera que a anulação do certame pode causar mais prejuízos ao Erário que sua manutenção, o que vai de encontro ao interesse público e aos princípios basilares da Administração Pública.
18. Compromete-se, todavia, a abster-se de colocar nos editais das futuras licitações a exigência de demonstração de capital mínimo cumulada com a apresentação de garantia da proposta, bem como de exigir a apresentação de documentos com firma reconhecida em cartório de ofício, seguindo a jurisprudência consolidada desta Corte de Contas.
19. No que tange à exigência de termo de compromisso de engenheiro de segurança do trabalho antes da efetiva contratação da empresa, assevera que não houve uma interpretação correta por parte da representante, tendo em vista que tal exigência apenas é feita após a assinatura do contrato.
20. Ao final, o município representado pugna pela cassação da liminar para que seja dado prosseguimento ao certame guereado.
21. Feito um rápido resumo das manifestações apresentadas em sede de oitiva pelo município de Maceió - AL, passa-se a analisar o mérito da representação em tela.



22. Os itens 3.1. e 8.6.1., alínea 'c', do edital contrastado (peça 14.001.54.066) exigem, como condição para participação do certame, que os licitantes comprovem possuir capital mínimo correspondente a 10% do valor estimado para a respectiva licitação, bem como prestem 'garantia de participação' no valor de R\$ 10.000,00 para cada lote.

23. Conforme o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993, a Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

24. A fórmula engendrada na Lei 8.666/1993 coíbe, não resta dúvida, a presença simultânea de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo e a denominada 'garantia de participação' em um único edital de licitação. Dessa forma, aliás, caminha a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, cujas manifestações de tão repetidas deram origem à Súmula 275, **verbis**:

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

25. Cabe salientar que os precedentes que fundamentaram o enunciado de Súmula 275 do TCU são unânimes em considerar ilegal a exigência cumulativa de comprovação de patrimônio líquido e capital social mínimo, ou de patrimônio líquido e garantia de participação, ou de capital social mínimo e garantia de participação, como ocorreu no caso sob exame.

26. Veja-se, em adição, excertos de acórdãos prolatados, já na vigência da Súmula 275, no sentido da ilegalidade da cumulação de capital social com garantia da proposta:

'Representação. Planejamento da contratação. Licitação. É indevida a exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia de participação, sendo igualmente incabível requerer que o capital social mínimo seja integralizado. Multa.'

[RELATÓRIO]

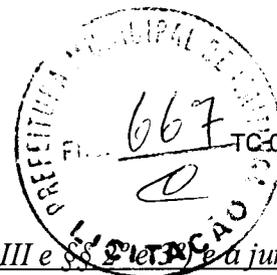
23. [...], o edital condiciona a participação no certame licitatório à comprovação de capital social integralizado de no mínimo 10% (dez por cento) do valor total do objeto. Ainda, [...] estabelece a necessidade de garantia de participação, equivalente a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto.

24. A Lei de Licitações em seu artigo 31, §§ 2º e 3º, em que pese admitir a exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido, limitado a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação para execução de obra, em nenhum momento estabelece a necessidade de que essa comprovação se faça sobre o capital integralizado da empresa. Também a jurisprudência deste Tribunal considera indevida tal exigência, que restringe a competitividade do processo licitatório, uma vez que apenas empresas de maior porte atenderiam ao montante estabelecido pelo edital. Nesse sentido é o entendimento do Acórdão 113/2009-Plenário.

25. O mesmo artigo 31, § 2º, dispõe que a Administração pode exigir, alternativamente, percentual mínimo do capital social ou patrimônio líquido, ou a prestação de garantia da proposta. A exigência simultânea de ambos, como ocorre no edital [...], configura novamente situação restritiva da competitividade do certame e contraria os preceitos da lei e da jurisprudência desta Casa, como é o caso do Acórdão 326/2010-Plenário.

[VOTO]

c) necessidade, também para habilitação, de comprovação de capital social integralizado de no mínimo 10% do valor estimado do contrato, cumulativamente com exigência de garantia da proposta equivalente a 1% desse valor [...], em desacordo com o art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei 8.666/1993;



[...]

24. [...], de acordo com a Lei 8.666/1993 (art. 31, inciso III e §§ 2º a 6º) a jurisprudência do TCU (súmula 275), não pode constar de editais de licitações a exigência cumulativa de comprovação de patrimônio líquido e capital social mínimo, ou de patrimônio líquido e garantia de participação, ou de capital social mínimo e garantia de participação, nem se requerer que o capital social mínimo seja integralizado (acórdão 887/2013 - Plenário, por exemplo), como ocorreu no caso em tela. (Acórdão 1842/2013 – Plenário; Sessão 17/7/13; Relatora: Ministra Ana Arraes, grifamos)

Representação. Planejamento da contratação. A exigência de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo como qualificação econômico-financeira por si só não constitui irregularidade, desde que não seja cumulada com o recolhimento de garantia de proposta. Procedência.

[VOTO]

26. O representante acrescenta que a exigência de capital mínimo, prevista no subitem 12.4. do edital, bem como sua cumulatividade com o recolhimento de garantia, prevista no subitem 12.5, seriam irregulares.

27. A exigência de capital mínimo, por si só, não constitui irregularidade, desde que, como ocorreu no caso concreto, não seja cumulada com a obrigatoriedade de apresentação de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo.

28. Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal, consolidada na Súmula TCU 275:

'Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.' (Acórdão 2.913/2014 – Plenário; Sessão de 29/10/2014; Relator; Ministro Weder de Oliveira, grifamos)'

27. Dessa forma, não há de se dar guarida à afirmação do município de Maceió - AL de que não há ilegalidade na exigência de percentual de 10% do capital mínimo cumulada com a apresentação de garantia de proposta, em face do teor da Súmula 27 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE – SP).

28. Ante a competência atribuída ao Tribunal de Contas da União pelos arts. 70 e 71 da Constituição Federal e pela Lei 8.443/1992 e em se tratando de recursos públicos federais aplicados pelo município de Maceió - AL, não pode ser acolhida a alegação do município representado de que a observância da Súmula 27 do TCE - SP elidiria a impropriedade verificada no edital do certame, haja vista o reiterado entendimento do TCU quanto à matéria.

29. Desconsiderou-se, portanto, o Enunciado 222 da Súmula da Jurisprudência predominante desta Corte de Contas:

'As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.'

30. Já o segundo ponto questionado pelo representante trata da necessidade de as declarações exigidas no edital terem firma reconhecida em cartório, conforme item 10.7 do instrumento convocatório (peça 1, p. 74), **verbis**:

'10.7 As Declarações 'modelos' que seguem anexas ao ANEXO I do presente Edital, deverão estar devidamente datadas entre a data da efetiva publicação deste Edital e a data prevista para abertura do certame licitatório, devendo as assinaturas dos responsáveis que as assinam, apresentarem-se com reconhecimento de firma por cartório de ofício.'

31. A questão que se coloca é se esse procedimento não estaria gerando ônus desnecessários à licitante. O ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa



para a Administração, não se admitindo cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame.

32. Conforme disposto na instrução vestibular, a exigência de reconhecimento de firma nas declarações constantes do Anexo I do edital aparenta ser mais um empecilho para a efetiva participação de interessados.

33. É dizer, não há qualquer ganho para a Administração com essa segurança adicional. Seria inimaginável que uma empresa contratada para realizar os serviços, mais tarde, pudesse alegar que não assinou as declarações, mesmo tendo assinado o contrato.

34. O Tribunal possui jurisprudência pacífica quanto à vedação de exigências desnecessárias ou inadequadas, que restrinjam o caráter competitivo do certame (Acórdãos 885/2011 – Plenário, 1.028/2011 – Plenário, 2.796/2011 – 2ª Câmara, 168/2009 – Plenário, 1.745/2009 – Plenário, 3.966/2009 – 2ª Câmara, 4.300/2009 – 2ª Câmara, 6.233/2009 – 1ª Câmara e 354/2008-Plenário, dentre outros).

35. No entendimento desta Corte de Contas, a exigência de requisitos excessivos ou desarrazoados configura ato irregular, por restringir a participação dos licitantes, ofendendo os princípios constitucionais que regulam a licitação.

36. Quanto à exigência específica, o relatório do Acórdão 1.356/2009 - Plenário restou assim consignado:

'16.6 O fato de a proposta de preços da empresa Biomed ter sido assinada por pessoa distinta do quadro societário da firma não a invalidaria, pois a lei não exige que a proposta seja assinada por um de seus sócios nem tampouco que tenha firma reconhecida em cartório.'

37. No mesmo sentido o item 1.6.14. da parte dispositiva do Acórdão 2.125/2011 – Plenário.

38. O fato de os documentos não terem sido autenticados deveria ter sido sanado pela Comissão de Licitação. A Lei 8.666/1993 lhe atribui poderes para isso, conforme dispõe o art. 43, § 3º, *verbis*:

'Art 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveriam constar originariamente da proposta.'

39. A comissão poderia ter solicitado à sociedade empresária representante, se existisse fundado receio quanto à veracidade da assinatura, a apresentação das cópias autenticadas e estaria esclarecida a situação. E não se alegue que se está cogitando a inclusão de documento. Tratava-se de substituir uma cópia não autenticada por uma autenticada, nada mais.

40. Por fim, no pertinente à exigência de Termo de Compromisso de Engenheiro de Segurança do Trabalho (Anexo I – O do edital, peça 1, p. 100) antes da efetiva contratação da empresa, forçoso concordar com o município de Maceió – AL quando afirma que a ora representante não procedeu à correta interpretação do edital.

41. Com efeito, a apresentação da declaração referenciada no Anexo I – O somente será requerida da licitante vencedora do certame, conforme Cláusula Sétima, alínea 'z', da Minuta de Contrato (peça 13, p. 112).

42. Diante dos fatos apurados, é de se concluir pela parcial procedência da representação, em especial no que se refere à potencial restrição indevida de competitividade do certame, em afronta ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, bem como ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

43. Em que pese a existência no instrumento convocatório de cláusulas que, abstratamente, possam restringir a competitividade do certame, tal análise deve-se dar, quando possível, no caso



concreto.

44. *É certo que a inclusão de cláusulas potencialmente restritivas no edital de licitação é indevida, tendo em vista que tais exigências feitas no certame questionado podem ter limitado a participação de outras empresas no processo licitatório.*

45. *A nosso ver, porém, a situação de potencial prejuízo ao erário alegada na inicial não se configurou a ponto de esta Corte de Contas intervir no sentido de decidir pela anulação do certame.*

46. *Analizando a Ata do Resultado da Habilitação (peça 13, pp. 27-29), nota-se que a representante não restou inabilitada, única e exclusivamente, pelas exigências reputadas como ilegais na exordial.*

47. *Não há menção na referida Ata de que a Construtora Millenium Ltda. EPP, ou qualquer outra licitante, tenha sido inabilitada por não prestar a garantia de participação no certame, exigida no item 3 do instrumento convocatório (peça 1, p. 54).*

48. *Da mesma forma, no que diz respeito à exigência de reconhecimento de firma dos documentos constantes do Anexo I do edital.*

49. *Apesar de algumas licitantes não terem apresentado todos os documentos autenticados como previa – indevidamente, repita-se – o edital, não há notícia de que tal exigência, por si só, tenha sido decisiva para a inabilitação das empresas.*

50. *A própria representante já sabia, de antemão, tendo em vista a resposta da impugnação por ela formulada nos autos do processo administrativo (peça 1, pp. 147-152), que deveria apresentar a documentação constante do Anexo I com firma reconhecida, sob pena de inabilitação no certame.*

51. *Dessa forma, o que deve ser levado em consideração é o ônus imposto aos licitantes para o cumprimento desses requisitos e sua razoabilidade e proporcionalidade em face da complexidade dos serviços a serem executados.*

52. *Neste momento, necessário dar relevo à justificativa do município de Maceió – AL de que a autenticação dos documentos pelo cartório não ultrapassaria o valor de R\$ 33,00. Tal valor, ao nosso ver, não impõe demasiado ônus aos interessados em face do valor da contratação, estimada em R\$ 5.288.319,80.*

53. *Entende-se, então, que, não obstante o caráter restritivo de algumas cláusulas editalícias, tais exigências não são suficientes para macular o certame a ponto de se determinar a sua anulação, mormente quando o desfazimento do ato não trará maior proteção ao interesse público, em face da movimentação de toda a máquina administrativa para realização de nova licitação.*

(...)"

2. Em seguida, o Auditor faz considerações acerca da preservação dos efeitos de atos administrativos, com base em jurisprudência deste Tribunal, mais especificamente o Acórdão 2.789/2013-Plenário. E prossegue:

"(...)

55. *Nesse sentido, diante da documentação constante dos autos, entende-se que o interesse público estará melhor atendido caso se autorize o prosseguimento da Concorrência Pública 01/2015, sem prejuízo de cientificar o representado das impropriedades descritas, a fim de que se abstenha de reproduzi-las em futuros certames que envolvam a aplicação de recursos federais, como, aliás, já se comprometeu a fazer o município de Maceió – AL.*

56. *Propõe-se, então, no mérito, considerar a presente representação parcialmente procedente, cientificando o município de Maceió – AL de que a exigência de demonstração, por parte dos licitantes, de capital social mínimo cumulada com apresentação de garantia da proposta, bem como a obrigatoriedade de apresentação de documentação com firma reconhecida em cartório, encerram restrição à competitividade, em afronta ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, bem como ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.*

CONCLUSÃO

57. *O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei*

8.666/1993.

58. Verificou-se, em análise perfunctória da cautelar, estarem presentes os requisitos do perigo da demora e da fumaça do bom direito, razão pela qual o Ministro-Relator determinou a suspensão do certame (peça 7).

59. No mérito, a oitiva promovida pela unidade técnica demonstrou a procedência parcial dos fatos narrados na representação, em especial no que se refere à restrição indevida de competitividade do certame, em afronta ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, bem como ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993. Não obstante, entendeu-se que a anulação da Concorrência Pública 01/2015 não traria maior proteção ao interesse público, motivo pelo qual se considera suficiente dar ciência ao município representado das impropriedades aqui descritas, a fim de que se abstenha de reproduzi-las em futuros certames que envolvam a aplicação de recursos federais.

BENEFÍCIOS DAS AÇÕES DE CONTROLE EXTERNO

60. Em cumprimento às diretrizes administrativas que determinam o registro dos benefícios das ações de controle externo no corpo da instrução, considera-se como benefício das ações de controle a possibilidade de aperfeiçoamento dos procedimentos administrativos da prefeitura municipal de Maceió - AL na realização de atos pertinentes a licitações e contratos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

61. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) revogar a cautelar adotada em 24/2/2015, que suspendeu a Concorrência Pública 01/2015;

c) dar ciência ao município de Maceió - AL de que:

c.1.) a exigência de demonstração, por parte dos licitantes, de capital social mínimo cumulada com apresentação de garantia da proposta afronta o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993, bem como a Súmula 275 do TCU;

c.2.) a jurisprudência desta Corte de Contas considera restritiva à competitividade das licitações cláusula que exija a apresentação de documentação com firma reconhecida em cartório, conforme Acórdãos 1.356/2009 e 2.125/2011, ambos do Plenário.

d) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido, assim como do relatório e do voto que o fundamentarem, à representante e ao município de Maceió - AL;

e) arquivar o presente processo.”

3. Os dirigentes da Secex/BA manifestaram concordância com o encaminhamento proposto.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de representação formulada pela Construtora Millenium apontando irregularidades na Concorrência Pública 01/2015, promovida pela prefeitura de Maceió/AL com o objetivo de contratar empresa de engenharia para construção de quatro Unidades Básicas de Saúde (UBS).

2. Concedi medida cautelar suspendendo o andamento da licitação até que a Corte deliberasse em definitivo sobre a matéria. Determinei ainda a oitiva do município para manifestar-se sobre o conteúdo da representação, especialmente quanto à:

a) exigência de demonstração de capital mínimo cumulada com apresentação de garantia da proposta (itens 3.1 e 8.6.1. - “c” do Edital);

b) exigência de as declarações contidas no Anexo I do Edital estarem com firma reconhecida em cartório;

c) exigência de Termo de Compromisso de Engenheiro de Segurança do Trabalho (Anexo I – O do edital) antes da efetiva contratação da empresa.

3. A unidade técnica, após examinar a resposta à oitiva, confirmou as impropriedades relatadas na representação, à exceção da exigência de Termo de Compromisso de Engenheiro de Segurança do Trabalho (Anexo I – O do edital) antes da efetiva contratação da empresa. Não obstante, a Secex/BA, em unísono, propõe a revogação da cautelar e a procedência parcial da representação, com expedição de ciência à prefeitura de Maceió/AL.

4. Acolho a proposta da unidade técnica.

5. Primeiro, o Termo de Compromisso relativo a engenheiro de segurança do trabalho é imposto somente ao vencedor da licitação no momento da assinatura do contrato, conforme disposto no edital da licitação, Anexo I-O (peça 1, p. 100).

6. A irregularidade relativa à exigência de que as declarações da licitante tivessem firma reconhecida é de menor importância. Trata-se apenas de imposição desnecessária que, no entanto, não contribuiu para a restringir a competição, dado o baixo custo do procedimento (R\$ 33,00).

7. Abro parêntese para fazer uma ressalva na proposta de encaminhamento da Secex/BA. É que os precedentes citados pela unidade técnica não se prestam, no meu entendimento, a fundamentar a conclusão acerca da jurisprudência do TCU sobre a matéria. No primeiro, o Acórdão 1.356/2009 – Plenário, o trecho transcrito, constante do relatório do Ministro-Relator, sequer é da lavra do Auditor que instruiu aquele processo; na verdade, é parte integrante da defesa do gestor citado naqueles autos. E mais. Nem o voto do Relator nem o acórdão fazem qualquer menção à questão. O outro acórdão trazido como precedente pela Secex/BA (Acórdão 2.125/2011 – Plenário) foi apreciado por relação (Ata 34/2011), fato que não foi alertado pela unidade técnica, e teve como fundamento, por sua vez, o Acórdão 1.356/2009 – Plenário.

8. Para mim, apto a demonstrar a jurisprudência do TCU é o Acórdão 291/2014 – Plenário:

“9.3. dar ciência à Prefeitura Municipal de Alto Alegre dos Parecis/RO das seguintes irregularidades e impropriedades ocorridas na Tomada de Preços 05/2013, com vistas a evitá-las em futuros certames licitatórios destinados à contratação de objetos custeados por recursos federais:

(...)

9.3.4. inabilitação de empresa devido à ausência de reconhecimento de firma, exigência essa que apenas pode ser feita em caso de dúvida da autenticidade da assinatura e com prévia previsão editalícia, conforme entendimento desta Corte, a exemplo do Acórdão 3.966/2009-2ª Câmara;”

9. Voltando às impropriedades da licitação em foco, reputo de maior gravidade a necessidade de demonstração de capital mínimo cumulada com apresentação de garantia da proposta. Tal exigência é firmemente rechaçada por esta Corte, cuja jurisprudência, pacífica e uniforme no sentido de sua ilegalidade, resultou na expedição da Súmula 275:

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

10. No entanto, tem razão a unidade técnica quando defende a continuidade do certame, apesar de registrar a presença de cláusulas editalícias restritivas ao caráter competitivo da licitação. É que



nenhuma dessas exigências foi causa exclusiva de inabilitação de nenhum licitante, como assinalado na instrução à peça 18:

“(…)

45. *Ao nosso ver, porém, a situação de potencial prejuízo ao erário alegada na inicial não se configurou a ponto de esta Corte de Contas intervir no sentido de decidir pela anulação do certame.*

46. *Analisando a Ata do Resultado da Habilitação (peça 13, pp. 27-29), nota-se que a representante não restou inabilitada, única e exclusivamente, pelas exigências reputadas como ilegais na exordial.*

47. *Não há menção na referida Ata de que a Construtora Millenium Ltda. EPP, ou qualquer outra licitante, tenha sido inabilitada por não prestar a garantia de participação no certame, exigida no item 3 do instrumento convocatório (peça 1, p. 54).*

48. *Da mesma forma, no que diz respeito à exigência de reconhecimento de firma dos documentos constantes do Anexo I do edital.*

49. *Apesar de algumas licitantes não terem apresentado todos os documentos autenticados como previa – indevidamente, repita-se – o edital, não há notícia de que tal exigência, por si só, tenha sido decisiva para a inabilitação das empresas.*

“(…)

53. *Entende-se, então, que, não obstante o caráter restritivo de algumas cláusulas editalícias, tais exigências não são suficientes para macular o certame a ponto de se determinar a sua anulação, mormente quando o desfazimento do ato não trará maior proteção ao interesse público, em face da movimentação de toda a máquina administrativa para realização de nova licitação.”*

11. Dessa forma, acolho o parecer da unidade técnica no sentido da revogação da medida cautelar, da procedência parcial da representação e da expedição de ciência à prefeitura de Maceió/AL.

Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de março de 2015.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Relator

ACÓRDÃO Nº 604/2015 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 002.294/2015-0
2. Grupo I – Classe VII – Assunto: Representação
3. Representante: Construtora Millenium Ltda. EPP (CNPJ 19.426.827/0001-90)
4. Unidade: Prefeitura Municipal de Maceió/AL
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/BA
8. Advogado constituído nos autos: Charles Willames Marques de Moraes (OAB/PB 11.509)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela Construtora Millenium Ltda. EPP contra atos praticados na Concorrência Pública 01/2015, promovida pela prefeitura municipal de Maceió – AL.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.443/92, arts. 235 e 237 do RITCU e ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2 revogar a cautelar adotada em 24/2/2015, que suspendeu a Concorrência Pública 01/2015;

9.3 dar ciência à Prefeitura Municipal de Maceió/AL de que:

9.3.1 a exigência de demonstração, por parte dos licitantes, de capital social mínimo cumulada com apresentação de garantia da proposta afronta o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993, bem como a Súmula 275 do TCU;

9.3.2 a jurisprudência desta Corte de Contas considera restritiva à competitividade das licitações cláusula que exija a apresentação de documentação com firma reconhecida em cartório, conforme Acórdão 291/2014 – Plenário;

9.4 dar ciência deste acórdão, assim como do relatório e do voto que o fundamentam, à representante e à Prefeitura Municipal de Maceió/AL;

9.5 arquivar o processo.

10. Ata nº 10/2015 – Plenário.

11. Data da Sessão: 25/3/2015 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0604-10/15-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro (Relator) e Bruno Dantas.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral