

EXAME PRÉVIO DE EDITAL
RELATOR CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 22-07-2020 – MUNICIPAL
JULGAMENTO

=====
Processo: TC-015928.989.20-1
Representante: Luis Gustavo de Arruda Camargo
Representada: Prefeitura Municipal de Jaboticabal
Assunto: Exame prévio do edital da tomada de preços nº 04/2020, do tipo menor preço global, que tem por objeto a *“contratação de empresa especializada, em regime de empreitada global, com fornecimento de material e mão de obra para execução da construção de ponte sobre o Córrego Cerradinho – Rua Setsuo Murakami, Bairro Colina Verde, Jaboticabal/SP”*.
Responsável: José Carlos Hori (Prefeito)
Advogados: Não constam advogados cadastrados no e-TCESP.
=====

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. SERVIÇOS DE ENGENHARIA. EXECUÇÃO DE CONSTRUÇÃO DE PONTE SOBRE CÓRREGO. INDEVIDA REQUISIÇÃO DE ATESTADO ACOMPANHADO DA CAT. AFRONTA ÀS SÚMULAS NºS 23 E 24. AUSÊNCIA DA COMPOSIÇÃO DO BDI. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS OU IMPEDIDAS DE LICITAR EM DESACORDO COM A SÚMULA Nº 51. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO FINANCEIRA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA POR INOBSERVÂNCIA À JURISPRUDÊNCIA E INTRUÇÕES DESTA CORTE.

1 - RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio de edital** da tomada de preços nº 04/2020, do tipo menor preço global, elaborado pela **PREFEITURA**

MUNICIPAL DE JABOTICABAL, cujo objeto é a “*contratação de empresa especializada, em regime de empreitada global, com fornecimento de material e mão de obra para execução da construção de ponte sobre o Córrego Cerradinho – Rua Setsuo Murakami, Bairro Colina Verde, Jaboticabal/SP*”.

1.2 Insurgiu-se o **Representante** contra os seguintes aspectos do instrumento convocatório:

- a) Vedação à participação de empresas impedidas temporariamente de licitar, contratar ou transacionar com qualquer órgão da Administração pública¹;
- b) Ausência de detalhamento da composição do BDI utilizado na Planilha Orçamentária²;
- c) Imposição de apresentação, para fins de qualificação técnico-operacional, de atestados acompanhados de Certidão de Acervo Técnico – CAT³;
- d) Omissão quanto às condições de participação de empresas em recuperação judicial;
- e) Falta de previsão de encargos por atraso no pagamento, assim como os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas, em afronta aos artigos 40, inciso XIV, e 55, inciso VII, ambos da Lei nº 8.666/93.

1.3 Os autos foram distribuídos por prevenção em razão da conexão com a matéria tratada nos TC-010183.989.20-1 e TC-010208.989.20-2, que

¹ **II – ESPECIFICAÇÕES GERAIS**

(...)

Fica vedada a participação de empresas:

(...)

II - Impedidas temporariamente de licitar, contratar ou transacionar com a administração pública;

² **PLANILHA ORÇAMENTÁRIA**

(...)

BDI (%): 19,63%

³ **III – HABILITAÇÃO**

(...)

Deverá fazer parte do ENVELOPE No 01 – os documentos a seguir:

(...)

I) A comprovação de capacidade técnica será composta por no mínimo 01 (um) atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devendo estar acompanhado do Acervo Técnico emitido pelo CREA ou CAU, demonstrativo de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades com o objeto da presente licitação, especialmente a comprovação da execução de

I.1) comprovação de prova de execução de serviço similar no quantitativo de 50% dos serviços constantes na planilha orçamentária do edital, conforme sumula no 24 do Egrégio TCE/SP.

abrigaram representações formuladas por Zênite Engenharia de Construções Ltda. e pelo ora Representante, nos quais foi proferida decisão singular declarando extintos os processos, sem exame do mérito, em virtude de superveniente revogação do certame.

1.4 Presentes indícios de restrição indevida à competitividade, a suspensão do novo certame foi decretada liminarmente e referendada por este E. Plenário.

1.5 Notificada, a **Representada** argumentou, inicialmente, que ao fixar as cláusulas que tratam das vedações à participação de empresas impedidas temporariamente de licitar, contratar ou transacionar com qualquer órgão da administração pública, *“conteve-se à literalidade da lei”*, não infringindo o princípio da legalidade ou a Súmula 51 deste Tribunal.

Afirmou que *“as composições de custos unitário e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra e, que constam nos anexos do edital de licitação entre as páginas 23/37, bem com que nas referidas páginas e planilhas preveem o detalhamento dos custos unitários relativos as obras, bens e serviços licitados”*.

Quanto aos requisitos de habilitação defendeu estarem eles em consonância com o que prescrevem as Súmulas desta Corte.

Acrescentou, ainda, que o edital não impediu a participação de empresas em recuperação judicial, bem assim que estabeleceu nas fls. 09/10 e 64/65 encargos por atrasos e descumprimentos.

1.6 A **Unidade de Engenharia da Assessoria Técnico-Jurídica**, nos aspectos afetos a sua área de atuação, posicionou-se pela procedência das impugnações.

De início, observou que, a despeito dos argumentos apresentados pela Representada, *“o Anexo II do Edital (Planilha Orçamentária e Quantitativa com os Preços Unitários e Totais) não apresenta qualquer detalhamento de Encargos Sociais e da taxa de BDI, estimada em 19,63%”*. Salientou que a Prefeitura

“tinha conhecimento da ausência de detalhamento do BDI utilizado no orçamento, pois tal impugnação constou da representação do eTC 10208.989.20-2, e decidiu manter a falha, contrária a jurisprudência desta Corte, na nova versão do Edital (Tomada de Preço 04/2020)”.

No mesmo sentido, apontou que remanesce nessa versão editalícia a falha atinente à habilitação técnica solicitada, em descompasso com as súmulas desta Corte.

1.7 A **Chefia da ATJ**, endossando o parecer de sua assessoria, manifestou-se pela parcial procedência das questões remanescentes.

Ponderou que o item II do Edital proíbe a participação de empresas impedidas temporariamente de licitar, contratar ou transacionar com a administração pública, violando o artigo 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93.

Observou que, inobstante a participação de empresas em recuperação extrajudicial não esteja mencionada na Súmula nº 50, a jurisprudência desta Corte tem reconhecido que deve ser estabelecida esta possibilidade nos editais, por força do que dispõe a Lei nº 11.101/05.

Anotou não ter encontrado cláusula prevendo a atualização financeira dos valores a serem pagos, embora se trate de regra que deva constar obrigatoriamente do Instrumento Convocatório e do Contrato (artigo 55, III, da Lei nº 8.666/93).

Não obstante, afastou o suscitado descumprimento do artigo 55, inciso VII, daquela norma, pois a Minuta do Contrato estabelece os direitos e as obrigações das partes, as penalidades cabíveis e os valores da multa.

Propõe, outrossim, a aplicação de multa à Administração, por entender que, *“em casos como o que se verifica nestes autos, em que “patente violação ao regramento jurídico vigente, pois, com todas as medidas realizadas por esta Casa para orientação dos jurisdicionados, e todos os meios hoje disponíveis para acesso ao acervo de decisões, não é crível que os Órgãos da Administração Pública insistam na prática de atos já considerados manifestamente ilegais em incontáveis precedentes uníssimos do Tribunal Pleno”*.

1.8 No mesmo sentido foi o parecer do **Ministério Público de Contas**.

1.9 A **Secretaria-Diretoria Geral** assentiu com as conclusões de seus preopinantes, ressaltando seu posicionamento contrário ao detalhamento do BDI.

1.10 O **Órgão Ministerial** produziu sustentação oral, pugnando pela aplicação de multa por inobservância à jurisprudência desta Corte, conforme notas taquigráficas.

É o relatório.

2. VOTO

2.1 A Prefeitura Municipal de Jaboticabal pretende a *“contratação de empresa especializada, em regime de empreitada global, com fornecimento de material e mão de obra para execução da construção de ponte sobre o Córrego Cerradinho – Rua Setsuo Murakami, Bairro Colina Verde”*.

2.2 Primeiramente, de se destacar coincidirem a maior parte das impugnações intentadas contra a versão anterior do edital e aquelas ora em análise. Na oportunidade, não houve julgamento de mérito nos processos TC-010183.989.20-1 e TC-010208.989.20-2, pois a Administração entendeu pertinente revogar o procedimento licitatório. Todavia, o que se nota é que não foram adotadas as cautelas devidas ao relançar o torneio, remanescendo disposições contrárias à legislação de regência e à jurisprudência desta Corte.

Refiro-me, de início, à requisição, para fins de habilitação técnica, de *“atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devendo estar acompanhado do Acervo Técnico emitido pelo CREA ou CAU, demonstrativo de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e*

compatível em características e quantidades com o objeto da presente licitação”.

A assente jurisprudência desta Corte, consolidada nas Súmulas nºs 23⁴ e 24⁵, é clara ao apontar que a comprovação da qualificação técnica operacional se fará mediante a apresentação de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, enquanto a demonstração da capacitação técnico-profissional se aperfeiçoa exclusivamente pela apresentação da Certidão de Acervo Técnico – CAT, documento de caráter personalíssimo.

Desta forma, deve ser revista a cláusula que trata da habilitação técnica, conformando-a aos enunciados citados.

2.3 Outrossim, ao contrário do que afirmou a Representada, constatou a Unidade de Engenharia da ATJ que o *“Anexo II do Edital (Planilha Orçamentária e Quantitativa com os Preços Unitários e Totais) não apresenta qualquer detalhamento de Encargos Sociais e da taxa de BDI, estimada em 19,63%”*. Nessa toada, devem as planilhas orçamentárias consignar a composição do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) utilizado.

2.4 Inobstante tenha o edital previsto as condições de participação de empresas em recuperação judicial, adequando-se ao teor da Súmula nº 50 desta Corte, deve ainda estabelecer expressamente a mesma possibilidade para aquelas em recuperação extrajudicial, nos termos do que prevê a Lei nº 11.101/05, evitando-se, com isso, questionamentos futuros.

⁴ **SÚMULA Nº 23** - Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.

⁵ **SÚMULA Nº 24** - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

2.5 Ademais, deve ser corrigida a vedação contida no item II do edital, adequando-o ao teor da Súmula nº 51, de maneira a deixar claro que nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar com a Administração, decorrentes da aplicação das penalidades previstas no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93, a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.

2.6 Procede parcialmente a crítica desferida na alínea “e” pois, embora a minuta contratual tenha estabelecido os direitos e as responsabilidades das partes, bem como as penalidades cabíveis e as multas, deixou de consignar o *“critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento”*, em desatenção ao artigo 40, inciso XIV, alínea “c”, da Lei 8.666/93.

2.7 Por fim, tendo em mira os debates havidos na sessão plenária, encampo a proposta do **Ministério Público de Contas**, conforme consignado em notas taquigráficas, de aplicação de multa ao Responsável por descumprimento à lei de regência e à assente jurisprudência deste Tribunal.

2.8 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero **parcialmente procedentes** as impugnações, determinando que a Administração, em eventual novo certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente:

- a) Rever as disposições de habilitação técnica, adequando-as às Súmulas nºs 23 e 24;
- b) Consignar na planilha orçamentária a composição do BDI utilizado;
- c) Prever expressamente a possibilidade de participação de empresas em recuperação extrajudicial;
- d) Restringir as vedações relacionadas ao impedimento e suspensão de licitar e contratar com a Administração, decorrentes da aplicação das penalidades

previstas no artigo 87, III, da Lei nº 8.666/93, à esfera de governo do órgão sancionador; e

e) Estabelecer os critérios de atualização financeira dos valores a serem pagos, conforme determina o artigo 40, inciso XIV, alínea “c”, da Lei 8.666/93.

Proponho, ainda, a aplicação de pena de multa ao Responsável - Sr. José Carlos Hori, Prefeito Municipal -, por descumprimento de determinações e Instruções deste Tribunal, nos termos do artigo 104, VI, da Lei Complementar estadual nº 709/93, fixando-a no equivalente pecuniário a 160 (cento e sessenta) UFESP's, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa deste Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias do trânsito em julgado da presente decisão.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 22 de julho de 2020.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO