



Concorrência



ASSUNTO: DECISÃO REFERENTE A RECURSOS ADMINISTRATIVOS NA CONCORRÊNCIA Nº 002/2023

Vem à deliberação superior, devidamente informado, os autos do processo licitatório em referência, com o recurso administrativo interposto tempestivamente pela empresa recorrente **AND ENGENHARIA - CNPJ Nº 03.975.131/0001-82**, em face da decisão proferida pela Comissão de Licitação, bem como o recurso da **TEKTON CONSTRUTORA LTDA**, CNPJ Nº 05.958.198/0001-34 o qual a Comissão decidiu pela intempestividade.

RELATÓRIO

Notou-se que após a r. decisão proferida pela Comissão de Licitação, na qual foi declarada inabilitada a empresa licitante **AND ENGENHARIA - CNPJ Nº 03.975.131/0001-82**, manifestou-se o representante da referida empresa recurso, dentro do prazo legal estabelecido, ressaltando que o resultado do julgamento de exame dos documentos de habilitação foi devidamente publicado no diário oficial do município em 14 de novembro de 2023. Verifico ainda, protocolo de recurso intentado pela empresa **TEKTON CONSTRUTORA LTDA**, CNPJ Nº 05.958.198/0001-34 na data de 23 de novembro de 2023, entendendo a Presidente da Comissão de Licitação está intempestivo o referido recurso.

A licitante **AND ENGENHARIA - CNPJ Nº 03.975.131/0001-82** alega em sua peça recursal dois tópicos em apertada síntese:

“Ocorre que, como será abordada a seguir, a Recorrente apresentou toda a documentação de acordo com o Edital de convocação e a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), mas mesmo assim manteve a decisão de inabilitar a empresa Recorrente. Assim sendo, não restou alternativa para a empresa Recorrente, a não ser interpor o presente recurso administrativo, tendo em vista que, a despeito de reconhecer a competência e honestidade da comissão permanente de licitação desta prefeitura, a decisão que a declarou inabilitada no certame em epígrafe foi irregular e atentatória aos ditames das licitações públicas.

DAS RAZÕES RECURSAIS

DA NECESSARIA HABILITAÇÃO DA EMPRESA

Pelo **princípio do vínculo ao instrumento convocatório**, a Comissão Julgadora **não pode criar novos critérios de julgamento** sem observância ao disposto no edital desde que este em concordância com o estabelecido na Lei de Licitação nº 8.666/93 e **Lei 14.133/2021**.



A Empresa Recorrente apresentou toda a documentação exigida no edital, não tendo qualquer motivo para sua inabilitação, conforme comprovado com a documentação juntada com o processo de habilitação.

Assim, a Recorrente atendeu perfeitamente as regras entabuladas no instrumento convocatório ao apresentar documentação regular e completa.

Cumprе ressaltar que de forma indevida a Comissão inabilitou a Recorrente sob os 4 (quatro) argumentos: 1. A primeira argumentação que motivou a inabilitação da Recorrente teria sido por ter deixado de apresentar a comprovação de aptidão essencial à qualificação técnica operacional e profissional, exigidos no item

5.3.2.4., alínea "b" do edital, vejamos: Ocorre que, tal alegação não corresponde com a realidade, pois a Recorrente fez prova de qualificação técnica comprovando a sua aptidão para o desempenho da função, conforme pode ser comprovado pela relação dos trabalhos similares realizados pela Recorrente e colacionado, bem como o certificado ART e os atestados expedidos pelo Município de Xique-xique que atestam as obras realizadas pela Recorrente, todos colacionados às fıs., 57 a 68.

Desta forma, a documentação comprova a qualificação técnica da Empresa Recorrente para execução de concreto asfáltico, (CBUQ), camada de rolamento – esp 5,00 cr.

Portanto, a inabilitação da Recorrente é completamente equivocada, pois a Recorrente comprovou a sua qualificação operacional e profissional estabelecida no item 5.3.2.4., alínea "a" e "b" do edital.

2. A segunda argumentação que motivou a inabilitação da Recorrente teve como argumento de que a Empresa Recorrente apresentou o uma relação de compromissos contraria ao disposto no item 2.3 da seção X - ORDEM DOS TRABALHOS do edital.

Vejamos:

2.3. A relação dos compromissos assumidos deverá especificar: O contratante; objeto do contrato; data de celebração contratual; prazo de vigência; indicar se o mesmo encontra-se com vigência prorogada; valor global do contrato.

Ocorre que o presente argumento não corresponde com a realidade, pois a Empresa Recorrente nas fıs., 112 e 113 do pedido de habilitação, colacionou a relação dos compromissos assumidos em conformidade com o edital, com as devidas informações sobre o prazo de vigência.



Cumpra esclarecer, que no respectivo documento colacionado pela Recorrente às fis. 112 e 113, estabelece claramente o prazo de vigência da execução, detalhando inclusive o percentual que ainda falta executar. Portanto, a declaração de relação dos compromissos assumidos atendeu o disposto no item 2.3 da seção X - ORDEM DOS TRABALHOS do edital, através de declaração e documentos de fis., 112 a 113. Deste modo, a Recorrente cumpriu devidamente as exigências do edital.

3. A terceira conclusão da Comissão que motivou a inabilitação da Recorrente teve como argumento que a Empresa Recorrente não realizou o cálculo especificado no item 2.5 seção X do edital, conforme descrito abaixo:

É completamente inadmissível que a Comissão profere decisão de inabilitação da Recorrente com base na argumentação de que teria a Recorrente deixado de realizar o cálculo, pois conforme fis. 113 da habilitação, a Recorrente realizou devidamente o cálculo através da declaração de boa situação financeira, realizado pelo profissional especializado, Francisco Pereira Prates, inscrito no CRC-BA nº 12.656. Vejamos:

Portanto, mais uma vez o Município argumenta a inabilitação da Recorrente sem qualquer evidência, visto que, a declaração acima realizada por profissional técnico, atesta a realização de cálculo dos compromissos não excede a 10% do patrimônio líquido da Recorrente.

Ao final requereu:

1. Em face do exposto, diante da plena comprovação de atendimento ao edital e nas leis de licitação, REQUER, o recebimento do presente recurso, em seu efeito suspensivo, nos termos do art. 109, § 2º da Lei 8.666/93;
2. Que o recurso administrativo em apreço seja julgado totalmente procedente, para fins de anular a decisão que declarou a empresa Recorrente inabilitada do certame;
3. Que o presente recurso também seja julgado procedente no sentido de reconhecer que os documentos apresentados pela Recorrente são suficientes e atendem ao edital e as leis de licitação;
4. Na hipótese desta comissão entender necessário a realização de complementação de documentação, que assim permita que a recorrente realize a complementação desde que prevista na Lei de Licitação;
5. Caso esta comissão permanente de licitação se manifeste pela manutenção da decisão publicada no dia 10 de Outubro de 2023, que o presente recurso administrativo seja encaminhado à autoridade superior,



nos termos do art. 109, § 4º da Lei nº 8.666/93, para análise e posterior decisão.

6. Requer também, a juntada de documentos que seguem em anexo, já declarados como autênticos.

Contrarrrazões apresentadas pela licitante WTM CONSTRUÇÕES E TRANSPORTES LTDA, CNPJ N° 13.582.689/0001-51 alegando o que segue:

Sob esse prisma, inexistente prerrogativa para que a empresa AND ENGENHARIA possua condição de habilitada no referido certame, tendo em vista o descumprimento de alguns itens do instrumento convocatório. Assim não atendeu ao item 5.3.2.4. letra b do edital, por não apresentar comprovação de aptidão referente a parcela de relevância, para qualificação técnico operacional e profissional;

Prescreve o art. 30 da lei 8.666/93 que:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

A lei de Licitações e Contratos deixa a critério do instrumento convocatório a fixação do que é ou não relevante, para fins de aferição da capacidade técnica e o correto cumprimento das obrigações perante a contratante, no que diz respeito ao objeto licitado. Assim, o Tribunal de Contas da União também já pacificou entendimento, sumulando, tombando sob o nº 263.

Assim, a Súmula 263 do TCU prevê:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, **é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços** com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Noutro descumprimento da empresa AND ENGENHARIA aos termos do instrumento convocatório, apresentou relação de compromissos assumidos em desacordo com o item 2.3, da seção X. DA ORDEM DOS TRABALHOS, do edital, item 2. DO EXAME DA DOCUMENTAÇÃO DE



HABILITAÇÃO, informações *omissis* quanto ao prazo de vigência dos contratos relacionados, bem como não realizou o cálculo estipulado no item 2.5 da seção X. DA ORDEM DOS TRABALHOS, do edital, item 2. DO EXAME DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO;

A exigência do Item 6.3 do Instrumento Convocatório, possui consonância com os termos do art. 31, § 4º da Lei 8.666/93, pois, com a finalidade a auferir a capacidade econômico financeira de cada licitante, é permitida a relação de todos os compromissos assumidos que importem em diminuição da sua capacidade operativa financeira. Assim prevê na lei de regência.

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

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

Como critério objetivo de análise da respectiva capacidade financeira, o edital exige que a declaração com a relação de todos os compromissos assumidos fosse elaborado de acordo com os seguintes itens:

2.3. A relação dos compromissos assumidos deverá especificar: O contratante; objeto do contrato; data de celebração contratual; prazo de vigência; indicar se o mesmo encontra-se com vigência prorrogada; valor global do contrato.

2.4. Serão confrontadas as informações relacionadas na declaração de compromissos assumidos com as informações declaradas no balanço patrimonial, onde havendo discrepância nas informações declaradas, a empresa será inabilitada de ofício por desvio de informação ou omissão destas.

2.5. Tendo em vista as disposições legais previstas no art. 31, §§1º e 4º da Lei nº 8.666/93, os compromissos declarados na relação dos compromissos assumidos, serão somados, onde o valor total não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor mínimo do capital social da empresa ou do valor do patrimônio líquido, sob pena de inabilitação por incapacidade financeira operativa

A declaração apresentada não atendeu ao exposto acima. De mais a mais, não lesou apenas os termos do instrumento convocatório, mas também, os termos do § 4º do art. 31 da Lei 8.666/93, vez que impossível a aferição, restando frustrada a finalidade da referida relação contendo todos os compromissos. Noutro ponto, importa salientar que nem mesmo por diligência poderá ser sanada a omissão acima, pois, a complementação das informações viola o art. 43, § 3º da Lei 8.666/93. Assim já decidiu o Tribunal de Contas da União.

De mais a mais, é fundamental a exposição dos termos do art. 191 da Lei 14.133/2021, o qual estabelece que até o



decorso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

É indubitável que temos atualmente duas legislações que regem sobre licitações e contratos em plena vigência, porém, cada legislação deve ser aplicada de forma isolada a cada processo de regência. Explicamos melhor. Se o certame for regulado pela Lei 8.666/93, somente a lei 8.666/93 poderá ser aplicada, vedada a aplicação de qualquer disposição atinente à Lei 14.133/2021.

Assim, considerando a existência de declarações assinadas fazendo menção à lei 14.133/2021, bem como, no próprio recurso interposto, esclarece que a lei 14.133/2021 não se aplica em nenhum momento ao certame em epígrafe, sob pena de incorrer em grave confusão legislativa.

Ao final requereu:

Face a todo exposto, é que se pede.

- a) Seja recebido, processado e analisado o presente expediente, vez que cabível e tempestivo, nos termos do art. 109 da Lei 8.666/93;
- b) Sejam os termos dessa peça de contrarrazões recursais julgados procedentes, visto que em total consonância com a Legislação;
- c) Seja mantida a condição de inabilitada da empresa recorrente, vez que é flagrante o descumprimento dos termos do Instrumento Convocatório;
Seja designada sessão de abertura das propostas de preços, em célere trâmite até a conclusão processual.

Em relação ao recurso apresentado pela licitante **TEKTON CONSTRUTORA LTDA**, CNPJ N° 05.958.198/0001-34 em que pese a Comissão ter decidido por sua intempestividade entendo que em virtude dos argumentos se assemelharem aos apresentados pela licitante **AND ENGENHARIA - CNPJ N° 03.975.131/0001-82** principalmente aquele relacionado à declaração de compromissos assumidos, e, questionado da seguinte forma: “de onde a comissão tirou a informação de que a relação de compromissos assumidos deverá especificar o contratante; objeto do contrato; data de celebração contratual; prazo de vigência; indicar se o mesmo encontra-se com vigência prorrogada e valor global do contrato? Do edital, certamente, não foi”. Percebe-se claramente que o **licitante se quer leu o Edital**, tendo em vista que essas exigências estão contidas no corpo do seu texto conforme se depreende das imagens colacionadas a seguir:



Sendo assim verificamos que os argumentos ventilados são meramente protelatórios tendo em vista que as exigências fazem partes do Edital, o qual como bem demonstrou a Comissão no seu Relatório não recebeu nenhuma impugnação.

Traz no seu recurso, inclusive assuntos não pontuados pela Comissão para sua inabilitação a exemplo do parcelamento de dívidas colacionados a certidão para fins de habilitação. Já em relação a Declaração e os atestados não trouxe nada de novo que pudesse afastar o julgamento da Comissão, limitando-se como demonstrado a afirmar que essa exigência não constava no edital.

Assim, os argumentos ventilados pela licitante não merecem prosperar.

A Comissão de Licitação publicou **AVISO DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO** no diário oficial do Município abrindo prazo para contrarrazões.

Refletindo sobre o embasamento legal da r. decisão recorrida, em relação aos critérios e requisitos estabelecidos no Edital da licitação modalidade concorrência, as razões dos recursos apresentadas pelas empresas recorrentes, bem como, amparado na decisão proferida no relatório de julgamento quando do momento da verificação dos documentos de habilitação, venho-me de que **não assiste razão aos recorrentes** nas suas ponderações, devendo-se manter a decisão da Comissão de Licitação na íntegra.

Este é o relatório.

MÉRITO

Destacamos inicialmente que é preciso um maior comprometimento por parte das licitantes. Quando o edital de uma licitação é publicado e você se interessa em participar dele, o primeiro e principal passo é, sem dúvida, **ler detalhadamente todo o documento**. O tópico que merece maior atenção, inclusive, é o que se refere às habilitações. Isso porque é ali que vão conter as documentações exigidas para que a empresa possa ser habilitada a assumir o contrato.

Além disso, **a leitura detalhada é importante para identificar eventuais vícios ou erros**, pois, neste caso, a licitante pode fazer um pedido de esclarecimento ou até mesmo pedir impugnação para corrigir o erro encontrado.

Não se admite que uma empresa do porte da **AND ENGENHARIA - CNPJ Nº 03.975.131/0001-82** não **tenha verificado o edital**.

O Edital publicado em seu preâmbulo destaca que “O MUNICÍPIO DE JOÃO DOURADO/BA, inscrito no CNPJ sob o no. 13.891.510/0001-48, com sede à rua Dr. Mário Dourado, nº 16, Centro, CEP 44.920-000, torna pública a abertura do PROCESSO LICITATÓRIO Nº. 135/2023, na modalidade CONCORRÊNCIA Nº. 002/2023, do tipo MENOR PREÇO GLOBAL, sob o regime de execução indireta por preço unitário,



regido pela Lei 8.666/93 – Lei de Licitações e demais exigências estabelecidas neste Edital.” (grifo nosso)

E por que o edital destaca a aplicação da Lei 8.666/93 – Lei de Licitações e demais exigências estabelecidas neste Edital? em virtude da coexistência de um outro regime, qual seja, a Lei nº 14.133/21. Contudo, esse regime destaca em seu art. 191 que é vedada a aplicação combinada desta Lei. Vejamos:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. (grifei)

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Ora, a Declaração que a referida empresa diz ter juntado aos autos é toda lastreada na legislação contida na Lei 14.133/21, mesmo participando de um processo regido pela Lei 8.666/93.

Não é possível alegar que isso não interfere no processo, interfere, pois os procedimentos são diferentes e distintos.

O objeto do processo é **RECAPEAMENTO ASFÁLTICO COM SERVIÇOS DE CBUQ**, pergunto, a licitante vai utilizar do mesmo expediente? No momento da execução do contrato vai substituir o CBUQ e utilizar um CAP ou ADP OU Emulsão Asfáltica ou asfalto comum ou asfalto de borracha ou asfalto verde ou asfalto porosos, e alegar que é tudo igual?

É preciso se profissionalizar. Exige-se demasiadamente dos servidores e dos gestores públicos na condução dos processos licitatórios e essa exigência também deve ser cobrada dos licitantes.

O recurso apresentado pela recorrente não conseguiu afastar os apontamentos realizados pela Comissão mantendo para esse julgado a idéia de não atendimento do item 5.3.2.4. Alínea “b” do edital, ao não apresentar comprovação de aptidão referente a parcela de relevância, para qualificação técnico operacional e profissional, descumprindo ainda o mandamento insculpido na Súmula 263 do TCU.



Mesmo que a Comissão flexibilizasse esse ponto e entendesse que a empresa mesmo não apresentando os quantitativos mínimos poderia ser habilitada por apresentá-los a menor, seria impossível sua continuidade no certame em descumprimento a outro item extremamente relevante que é a declaração de compromissos assumidos.

Destacamos aqui trecho do relatório da Comissão ao relatar a necessidade da apresentação dessa relação como exigida no Edital, vejamos:

“A Qualificação econômico-financeira, de acordo com o art. 27, inciso III, da Lei nº 8.666/93, para a habilitação nas licitações será composta por um conjunto de dados e informações condizentes com a natureza e as características/especificidades do objeto, capazes de aferir a capacidade financeira da licitante com referência aos compromissos que terá de assumir caso lhe seja adjudicado o contrato. Além da avaliação da capacidade econômico-financeira da licitante por meio do patrimônio líquido e do capital circulante líquido, há que se verificar ainda se a mesma tem patrimônio suficiente para suportar compromissos já assumidos com outros contratos sem comprometer a nova contratação. Essa condição pode ser aferida por meio da avaliação da relação de compromissos assumidos, contendo os valores mensais e anuais (contratos em vigor celebrados com a administração pública em geral e iniciativa privada) que importem na diminuição da capacidade operativa ou na absorção de disponibilidade financeira em face dos pagamentos regulares e/ou mensais a serem efetuados. A importância é latente ao ponto da nova lei de licitação vincular a habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, relação dos compromissos assumidos pelo licitante.”

Ao contrário das empresas de fornecimento de bens, as de obras são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo e de alta liquidez, como moeda corrente, pois se faz necessário que disponham de recursos suficientes no ativo circulante para suportar despesa com a folha de pagamento e outros encargos a cada mês, independentemente do recebimento do pagamento do órgão para o qual presta os serviços. Cabe consignar que, no âmbito da administração pública, não há a figura do pagamento antecipado e nem seria razoável, pois a administração funcionaria como financiadora a custo zero de empresas e não como contratante propriamente dita. Além disso, se assim o fosse, as empresas trabalhariam com risco zero, situação incompatível com as atividades da iniciativa privada, que pressupõem sempre a existência do risco do negócio.

O pagamento somente pode ocorrer após o ateste do serviço realizado.

Assim, faz sentido exigir das licitantes que tenham recursos financeiros suficientes para honrar no mínimo 3 (três) meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante.



Uma empresa que não tenha esta capacidade quando da realização do processo licitatório, certamente terá dificuldades de cumprir todas as obrigações até o fim do contrato. Além da avaliação da capacidade econômico financeira da licitante por meio do patrimônio líquido e do capital circulante líquido, há que se verificar ainda se a mesma tem patrimônio suficiente **para suportar compromissos já assumidos** com outros contratos sem comprometer a nova contratação.

Essa condição pode ser aferida por meio da avaliação da relação de compromissos assumidos, contendo os valores mensais e anuais (contratos em vigor celebrados com a administração pública em geral e iniciativa privada) que importem na diminuição da capacidade operativa ou na absorção de disponibilidade financeira em face dos pagamentos regulares e/ou mensais.

Em Representação formulada contra o Pregão Eletrônico 26/2011, **realizado pelo TCU**, e cujo objeto consistiu na contratação de serviços continuados de vigilância armada, apontou pretensas irregularidades, relacionadas à qualificação econômico-financeira das licitantes.

Dentre elas, uma diria respeito à exigência de que fosse apresentada declaração, contendo **relação de compromissos assumidos**, demonstrando que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data prevista para apresentação da proposta, não seria superior a 100% (cem por cento) do patrimônio líquido, podendo este ser atualizado por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura do Pregão 26/2011.

Naquela ocasião para o relator, a partir de julgado anteriormente proferido pelo Tribunal, a exigência em questão, **além de encontrar amparo legal**, teria por finalidade **avaliar a real capacidade de a empresa cumprir satisfatoriamente o objeto licitado, considerando os compromissos já assumidos noutras avenças**. Ressaltou, entretanto, que “a Lei [8.666/1993] estabelece que a diminuição da capacidade operativa ou da disponibilidade financeira decorrentes de outros compromissos assumidos deve ser avaliada em relação ao patrimônio líquido da empresa, pois, conforme apontaria a doutrina, “objetiva verificar se os dados contábeis não estão prejudicados em função de fatos supervenientes”.

Sendo assim, ainda consoante o relator, “a relação de compromissos apenas poderá referir-se a eventos posteriores à data de apuração do balanço”, pois, “a empresa pode ter ampliado o montante de seus compromissos após o balanço, tanto quanto pode ter ampliado sua disponibilidade de recursos”.

Logo, deve ser assegurado às licitantes demonstrar que os compromissos supervenientes não reduziram o montante do patrimônio líquido, de modo a continuar a preencher os requisitos do edital, e, aqui a empresa **AND ENGENHARIA LTDA, CNPJ Nº 03.975.131/0001-82** deveria em seu recurso ter demonstrado e não se limitado a afirmar que apresentou as declarações as fls. 112 e 113.



Não existe, portanto, ilegalidade na exigência da relação dos compromissos assumidos, calculada em função do patrimônio líquido atualizado. Por conseguinte, votou o relator pelo não provimento da representação intentada, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão 2523/2011, da 2ª Câmara. Acórdão 2247/2011- Plenário, TC-016.363/2011-6, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 24.08.2011.\n Excerto Acórdão: 9.1. conhecer a presente representação, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, para indeferir o requerimento de medida cautelar e, no mérito, considerá-la improcedente.

Ora, o intento da exigência, que tem previsão legal, é aferir se o valor dos contratos declarados se assemelha ao que consta registrado como receita operacional bruta consignada na demonstração dos resultados do exercício.

É preciso destacar a igualdade de todos perante a lei, ocupava, nos textos constitucionais brasileiros anteriores, posição de permeio aos demais direitos individuais. A Carta de 1988 alterou-lhe a topografia, inserindo-a na cabeça do artigo em que arrola os direitos fundamentais.

A mudança, como faz ver Celso Ribeiro Bastos:

“é prenhe de significação... Na verdade, a sua função é a de um verdadeiro princípio a informar e a condicionar todo o restante do direito... A igualdade não assegura nenhuma situação jurídica específica, mas garante o indivíduo contra toda má utilização que possa ser feita da ordem jurídica. A igualdade é, portanto, o mais vasto dos princípios constitucionais, não se vendo recanto onde ela não seja impositiva” Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., pág. 13; Ed. Saraiva, 1989

Prossegue o art. 3º da Lei nº 8.666/93 definindo a finalidade de toda licitação.

A definição é de caráter geral porque concerne a elemento estrutural do ato administrativo, qual seja a finalidade. A síntese de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO é precisa e suficiente:

“Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública. Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei; nesse sentido se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa... Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder”.4 José Torres Pereira Júnior,



Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, 1997

Os ensinamentos acima expostos são por demais suficientes para, aliados à disposição contida no Parágrafo 4º do artigo 31 da vigente Lei 8.666/93, possibilitar a conclusão de que fora intenção do legislador permitir aos licitantes, à data da apresentação da proposta comercial, **comprovar deter a condição patrimonial exigida pelo órgão responsável pela promoção do processo concorrencial.**

Por isso a lei ressalva autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Mas, simultaneamente, **estrutura o procedimento licitatório de modo a restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos.** Reservou-se à Administração a liberdade de escolha do momento de realização da licitação de seu objeto, da especificação de condições de execução, das condições de pagamento etc. Essa competência discricionária exercita-se no momento preparatório e inicial da licitação.

Uma vez realizadas essas escolhas, exaure-se a discricionariedade e não mais pode ser invocada – ou mais corretamente, se a Administração pretender renovar o exercício dessa faculdade, estará sujeita a refazer toda a licitação.

Assim, a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro, Porém, **deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas, o que foi prontamente feito ao incluir no Edital a exigência da declaração de compromissos assumidos e a sua forma de apresentar, detalhando o seu conteúdo e vinculando o diploma legal, qual seja, lei 8666/93.**

Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.

Esgotamento da discricionariedade: vinculação ao instrumento convocatório Impõe-se, assim, a objetivação da decisão e da escolha do administrador. Isso significa que a lei impõe que a seleção do contratante e a definição do próprio “contrato” sejam retiradas do plano das meras cogitações pessoais e particulares do agente administrativo que exercita a função de julgar as propostas.

Para isso, **submete a escolha do administrador a um “procedimento” – ou seja, uma série ordenada e conjugada de atos, cuja secessão conduz a uma decisão final suscetível de controle quanto à racionalidade, adequação e conveniência.**

A licitação **não é apenas uma sucessão formal e mecânica de atos** como quer fazer crê a recorrente ao dizer que as declarações apresentadas as fls. 112 e 113 atendem aos comandos insculpidos no Edital. **A Declaração de fls. 112, por exemplo, não traz o prazo previsto para fim do contrato.**

A sucessão de atos significa a dissociação temporal e lógica dos diversos componentes da decisão do administrador.



A exaustão da discricionariedade em cada fase da licitação culmina com uma decisão. Mesmo nas fases ditas internas (tais como “definição do objeto a ser licitado” e “elaboração do edital”), são tomadas decisões fundamentais para definir a futura contratação.

Existe uma “especialização” em cada fase da licitação. Ou seja, em cada fase, a atenção se dirige a um certo aspecto do problema. Cuida-se de um ângulo específico da questão a ser decidida. De outro lado, cada decisão condiciona o seguimento do procedimento licitatório.

Assim, quando se define o objeto a ser licitado, está se condicionando o conteúdo do edital. O conteúdo do edital restringe as possibilidades dos concorrentes e delimita as propostas que serão apreciadas etc. **Daí aludir-se ao princípio da vinculação ao edital, para indicar o exaurimento da competência discricionária.**

Ao produzir e divulgar o ato convocatório, a Administração exercita juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado, os requisitos de participação, os critérios de seleção do vencedor.

Fácil perceber a importância dos princípios regedores do procedimento licitatório, principalmente quanto ao princípio da isonomia; da legalidade e da vinculação ao edital de licitação. Toda a doutrina ao interpretar as referidas normas se posiciona no sentido de afastar qualquer tratamento diferenciado a qualquer dos licitantes inscritos, devendo o julgamento do certame dar-se de maneira objetiva e adstrito às exigências formalmente reguladas e a todos impostas.

O TCU no Acórdão n.º 2247/2011-Plenário, TC-016.363/2011-6, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 24.08.2011, já citado, ao se ponderar quanto ao teor do julgamento acima apontado, aplicando-o analogicamente ao caso em tela, fica evidente que o interessa da Administração Pública é deter a certeza de que a licitante, no momento da apresentação de sua Proposta Comercial – conforme regulado no § 4º do artigo 31 da vigente Lei 8.666/93 – **detém o lastro patrimonial mínimo necessário à contratação do objeto licitado. Impossível não reconhecer a dinâmica financeira a que se encontra sujeita qualquer sociedade empresária do setor da construção civil.**

O artigo 4º da vigente Lei de Licitações é por demais suficientes para demonstrar o caráter vinculado do julgamento das propostas apresentadas pelas licitantes inscritas no certame, **não podendo a respeitável Comissão Especial de Licitação adotar critérios diferenciados de exigibilidade pautados, exclusivamente, em entendimentos subjetivos quanto à documentação apresentada pelas licitantes.**

Obrigatório **é a análise restrita e objetiva das informações contidas nos documentos apresentados.** Segundo o Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Editores, 6ª edição, 1995, pág.54, discorrendo sobre o Princípio da Razoabilidade, dispõe que:

“Pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto jurisdicionalmente inválidas – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com



desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez, e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade. Com efeito, o fato de a lei conferir aos administrados certa liberdade (margem de discricionariedade) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada.”

Vale frisar que a RECORRENTE se inscreveu para participar do processo licitatório, objeto do pré-falado Edital, imaginando essa autoridade que ela esteve sempre consciente, de modo claro e inequívoco, de sua qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, bem como, de sua regularidade fiscal e, como de praxe, vale repetir, com a certeza de que atendia a todos os requisitos exigidos no Edital. Porém, de fato percebemos que se quer ela leu o Edital.

CONCLUSÃO

Assim, submetida à minha superior análise para final decisão, com fulcro no art. 109, § 4º, da Lei nº 8.666/93, **DECIDO** sob a ótica do posicionamento jurisprudencial e doutrinário citado e com o devido amparo no relatório de julgamento de exame dos documentos de habilitação, pelo **conhecimento de ofício do recurso da empresa TEKTON CONSTRUTORA LTDA, CNPJ Nº 05.958.198/0001-34 e conhecimento do recurso interposto pela licitante AND ENGENHARIA LTDA, CNPJ Nº 03.975.131/0001-82, para no mérito INDEFERIR ambos os RECURSOS.**

Diante do exposto, **ordeno** a publicação dessa decisão na Imprensa Oficial Eletrônica do Município para a devida ciência de todos os participantes da presente licitação.

Por fim, em atendimento ao parágrafo 5º, do artigo 109, da Lei Federal nº 8.666/93 e ulteriores alterações, coloquem-se os autos do processo licitatório com vista franqueada aos interessados no Setor de Licitação da Prefeitura.

João Dourado, Bahia, 28 de novembro de 2023.

Diamerson Costa Cardoso Dourado
Prefeito Municipal

Alex Vinicius Nunes Novaes Machado
Advogado OAB/BA 18068