

TC 005.768/2011-0

Tipo: Representação

Unidade jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Juazeirinho/PB

Representante: Nobre Construções e Serviços Ltda.

Representados: Bevilacqua Matias Maracajá (CPF 250.376.414-20), Prefeito Municipal; José Roberval da Silva (CPF 046.952.004-30), Presidente da Comissão Permanente de Licitação; Maria do Socorro de Medeiros Vieira (CPF 026.745.504-65) e Weidigson Nivanio Cordeiro Trajano (CPF 020.303.394-90), Membros da Comissão Permanente de Licitação.

Advogados: Dr. Caio Graco Coutinho Souza e Dr. Rodrigo Lima Maia (peças 58, 65-67).

Interessado em sustentação oral: não há.

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de representação formulada pela empresa Nobre Construções e Serviços Ltda., noticiando possíveis irregularidades na condução, pela Prefeitura Municipal de Juazeirinho/PB, da Tomada de Preços 01/2011, destinada à contratação de empresa para construir uma escola, com recursos do Convênio 7025351/2010 (Siafi 663482), firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e aquele município, conforme peça 1.

2. A solicitação envolvia cautelar.

HISTÓRICO

3. Aderindo à proposta desta Unidade Técnica, o Relator, Exmo. Senhor Ministro Valmir Campelo, determinou a oitiva prévia da Prefeitura e da empresa contratada, Conserv Construções e Serviços Ltda. (CNPJ 05.219.643/0001-4), quanto ao seguinte (peça 6):

a) ausência de publicação do edital em jornal de grande circulação, contrariando o contido no art. 21 da Lei nº 8.666/93;

b) cobrança de valor excessivo pela cópia do edital da licitação (item 5.2), em afronta ao disposto no art. 32, § 5º, da Lei 8.666/1993;

c) exigir que a licitante sediada em outro Estado comprovasse o visto do CREA/PB no seu registro profissional (item 6.2.3, alínea “a”, do edital), contrariando a Lei nº 5.194/1966, c/c a Decisão TCU nº 279/1998;

d) exigência de comprovação de capacidade técnico profissional e operacional sem a devida justificativa, sem parâmetro definido e sem identificar as parcelas relevantes da obra sob as quais incidiram essa demonstração de capacidade (tens 6.2.3, alíneas “c” e “d”, do edital), contrariando o art. 30, § 2º, da Lei nº 8.666/93;

e) exigência de vínculo empregatício permanente dos responsáveis técnicos com a licitante na data de entrega da proposta (item 6.2.3, alíneas “c” e “e”, do edital);

f) exigência de índices exorbitantes de liquidez geral e corrente igual ou superior a 1,5 (item 6.2.4.6 do edital), em afronta ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88;

g) exigência de pagamento da garantia de participação até o terceiro dia útil anterior à data de abertura da licitação (item 6.2.4.6, alínea “b”, do edital);

h) exigência de que a visita prévia ao local da obra fosse efetuada pelo engenheiro ou arquiteto indicado pela licitante como responsável pela sua execução (item 6.2.6 do edital);

i) ausência de indicação na planilha orçamentária dos itens que compõem o BDI, em descumprimento da norma do art. 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93;

j) previsão de validade da garantia de execução inferior ao período de execução do contrato (item 10.2.3 do edital);

4. Analisada a resposta apresentada pelo prefeito, restou evidenciado que parte das irregularidades apontadas são procedentes, eis que restritivas ao caráter competitivo da licitação. Ante, ainda, o recebimento de denúncia informando que a obra não estaria sendo realizada, embora já efetuados pagamentos de mais de 400 mil reais à construtora, o Relator determinou a realização de inspeção e de oitiva prévia do FNDE, para pronunciamento acerca das irregularidades apontadas na licitação e na execução da obra.

5. Realizada a inspeção, confirmou-se o indício de restrição à competição, caracterizado por critérios restritivos no edital de licitação. Porém, no que concerne à execução, não foram constatadas divergências relevantes entre o andamento da obra e a medição que resultassem em pagamentos a maior à contratada, além de ter sido verificado um acompanhamento por parte do FNDE.

6. Diante disso, o Relator decidiu (peça 47) informar ao FNDE que:

a) até aquele momento, não foi constatado pelo TCU nenhum fato impeditivo ao andamento da obra objeto do Convênio 702535/2010 (Siafi 663482), haja vista que, considerando o estágio atual de execução da obra (51%), os indícios de restrição à competição na condução da tomada de preços 01/2011 não justificam, à luz do princípio da supremacia do interesse público, a anulação do contrato firmado com a empresa Conserv Construções e Serviços Ltda.;

b) permanece, nos termos dos arts. 51 a 55 da Portaria Interministerial MP/MF/MCT 127/2088, o dever original do Fundo de fazer e/ou continuar fazendo o acompanhamento e a fiscalização da execução do convênio, adotando eventuais medidas que entender cabíveis, inclusive, a manutenção do bloqueio dos recursos até o saneamento das irregularidades constatadas na última vistoria realizada, ou eventual novo bloqueio, em caso de surgirem outras irregularidades que justifiquem tal medida.

7. Paralelamente, o foi determinada a realização de audiência dos Srs. Bevilacqua Matias Maracajá, Prefeito Municipal, José Roberval da Silva, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Maria do Socorro de Medeiros Vieira e Weidigson Nivanio Cordeiro Trajano, Membros da Comissão Permanente de Licitação, para que apresentassem razões de justificativa acerca dos indícios de restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento na Tomada de Preços 1/2011, caracterizados por:

a) critérios restritivos no edital de licitação, haja vista a exigência de:

a.1) que a licitante sediada em outro estado comprovasse o visto do CREA/PB no seu registro profissional (item 6.2.3, alínea a, do edital), contrariando a Lei 5.194/1966, c/c as Decisões TCU 279/1998, 348/1999-Plenário, Acórdãos 1.224/2002-Plenário, 1.728/2008-Plenário, 1.328/2010-Plenário;

a.2) comprovação de capacidade técnico profissional e operacional sem a devida justificativa, sem parâmetro definido e sem identificar as parcelas relevantes da obra sob as quais incidiram essa demonstração de capacidade (item 6.2.3, alíneas c e d, do edital), contrariando o art. 30,

§ 2º, da Lei 8.666/93;

a.3) vínculo empregatício permanente dos responsáveis técnicos com a licitante na data de entrega da proposta (item 6.2.3, alíneas c e e, do edital) em afronta ao entendimento consolidado do TCU, conforme Acórdãos 646/2007-Plenário, 170/2007-Plenário, 800/2008-Plenário e 80/2010-Plenário;

a.4) índices exorbitantes de liquidez geral e corrente igual ou superior a 1,5 (item 6.2.4.6 do edital), em afronta ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88;

a.5) pagamento da garantia de participação até o terceiro dia útil anterior à data de abertura da licitação (item 6.2.4.6, alínea b, do edital);

a.6) que a visita prévia ao local da obra fosse efetuada pelo engenheiro ou arquiteto indicado pela licitante como responsável pela sua execução (item 6.2.6 do edital);

b) inabilitação de 16 licitantes das 17 empresas que apresentaram proposta, restando apenas uma habilitada;

c) os recursos apresentados pelas concorrentes foram julgados improcedentes pela Comissão de Licitação e pelo Prefeito sem uma análise objetiva dos argumentos apresentados, mesmo existindo pontos objetivos a serem avaliados nos recursos e acusação de favorecimento ilícito à empresa vencedora da licitação;

d) a proposta comercial da empresa habilitada teve um desconto de apenas 0,3% em relação ao orçamento-base do edital, que era o preço máximo aceitável na licitação.

EXAME TÉCNICO

8. Em cumprimento ao Despacho do Relator (peça 47), foi promovida a audiência dos responsáveis, por meio dos Ofícios 468, 469, 470 e 471 (peças 49-52), datados de 25/4/2012.

9. O Sr. Bevilacqua Matias Maracajá tomou ciência da audiência a ele endereçada, conforme documento constante da peça 61. Todavia, em que pese tenha solicitado cópia dos autos (peça 57 e 60), não apresentou razões de justificativas quanto às irregularidades mencionadas nas letras “b”, “c” e “d” do item 7 desta instrução. Mas, como, anteriormente, quando da oitiva da Prefeitura, ele apresentou justificativas para as outras ocorrências indicadas naquele item 7, deixaremos de propor sua revelia, registrando, contudo, o não acatamento das justificativas, tendo em vista as razões expostas na instrução de peça 32 e nos itens subsequentes.

10. A Sra. Maria do Socorro Medeiros Vieira e os Srs. José Roberval da Silva e Weidigson Nivanio Cordeiro Trajano tomaram ciência dos aludidos ofícios, conforme documentos constantes das peças 54-55 e 62, tendo apresentado suas razões de justificativa, de acordo com documentos constantes da peça 63, as quais são idênticas às que o Sr. Bevilacqua apresentou, de modo que, ao analisá-las, também analisaremos às deste último Senhor.

Irregularidade.

11. critérios restritivos no edital de licitação, haja vista a exigência de que a licitante sediada em outro estado comprovasse o visto do CREA/PB no seu registro profissional (item 6.2.3, alínea a, do edital), contrariando a Lei 5.194/1966, c/c as Decisões TCU 279/1998, 348/1999-Plenário, Acórdãos 1.224/2002-Plenário, 1.728/2008-Plenário, 1.328/2010-Plenário;

Razões de Justificativas.

12. Disseram que a exigência é legal, pois está prevista na Resolução 266/79 do Confea (Conselho Federal de Engenharia e Agronomia) e na Lei 5.194/66, que, no art. 58, determina que, se o profissional, firma ou organização, registrado em qualquer Conselho Regional, exercer atividade em outra Região, ficará obrigado a visar, nesta, o seu registro.

12.1. Alegaram, nesse sentido, que, como a construção era complexa, padronizada e deveria observar as diretrizes do FNDE/MEC, referida exigência visou a garantir que a empresa vencedora tivesse capacidade material e técnica para executar a obra, sendo o registro junto ao Crea/PB a única forma de perquirir a capacidade técnica do engenheiro e/ou arquiteto da empresa a ser contratada.

12.2. Alegaram, também, que a exigência visou a minimizar a ocorrência de possível fraude com a apresentação de inscrição de outros estados, que dificulta a fiscalização pela entidade promotora da licitação.

Análise.

13. Realmente, a Lei 5.194/66 (art. 58) e a Resolução Confêa 266/79 exigem, como condição para exercício da profissão de Engenheiro, que os registros profissionais de outros estados sejam visados pelo Crea do local da prestação dos serviços. Contudo, referida Lei não condiciona a habilitação em licitação à apresentação do referido visto. Da mesma forma, o art. 30, inciso I, da Lei 8.666/93 exige, para efeitos de qualificação técnica, apenas o registro ou inscrição na entidade profissional competente, mas não impõe a necessidade de visto do registro no conselho regional do local da obra (...)

13.1. Assim, como a exigência é para se exercer a profissão, logicamente que o visto só precisa ser cobrado quando da celebração do contrato ou da expedição da ordem de serviço, pois, exigi-lo antes disso, é o mesmo que obrigar todos os bacharéis em Engenharia a se inscreverem no Crea, inclusive os que declinem por não exercer a profissão.

13.2. Dessa forma, por desnecessária e sob pena de comprometer o caráter competitivo da licitação, referida exigência não deve ser feita na fase de habilitação, mas no instante da contratação, conforme ensina, desde 1998, a pacífica jurisprudência do TCU, exemplificada nas Decisões 279/1998 e 348/1999 e nos Acórdãos 1.224/2002, 1.728/2008 e 1.328/2010, todos do Plenário. Observe o que diz o Acórdão 1.728/2008-Plenário:

6. Quanto à exigência de visto do registro da empresa junto ao CREA/MG ainda na fase de habilitação, impende ressaltar que se a Lei 5.194/1966, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, estabelece em seu art. 58 que o visto se faz necessário no momento do exercício da atividade, que somente ocorrerá com a contratação, e não na licitação, não há como a Administração solicitar a apresentação de visto como requisito de qualificação técnica sem que incorra no comprometimento do caráter competitivo do certame.

13.3. Por esclarecedores, vale a pena transcrever, ainda, trechos da Decisão plenária 279/1998:

(...) não se pode negar a participação em licitação a quem não comprove o visto do conselho regional do local da obra. Basta, para que se possa participar em licitação, o registro no conselho regional do local onde o licitante exerce precipuamente a sua atividade.

11. Como bem disse o MP/TCU, a necessidade de visar o registro no conselho regional de outro estado da Federação nasce com a declaração de que o licitante venceu o certame licitatório.

(...) a exigência de visar o registro em outro Conselho Regional somente surge quando o profissional vai exercer atividade em outra região. S.m.j., participar de licitação não significa exercer atividade profissional em sentido estrito. O exercício da atividade profissional técnica, que demanda visto do registro, fica caracterizado com a contratação, pois, só então, o profissional exercerá a sua atividade técnica.

13.4. No mais, lembramos que, para habilitação, o edital (peça 1, pág. 50) exigiu atestado de capacidade técnica profissional e operacional. Logo, é cristalina a ausência de lógica e consistência dos argumentos de que a exigência em questão visou a assegurar a contratação de empresa capacitada técnica e operacionalmente e de que o visto do Crea/PB era a única opção para se aferir essa capacidade.

13.5. Uma vez que o registro carrega a mesma fé pública do visto, também não vemos lógica,

sobretudo ante as consequências negativas para o caráter competitivo da licitação, para o argumento de que a exigência visou afastar provável fraude com registro do Crea de outro estado.

13.6. Portanto, somos pelo não acolhimento das justificativas.

Irregularidade.

14. critérios restritivos no edital de licitação, haja vista a exigência de comprovação de capacidade técnico profissional e operacional sem a devida justificativa, sem parâmetro de finido e sem identificar as parcelas relevantes da obra sob as quais incidiram essa demonstração de capacidade (item 6.2.3, alíneas c e d, do edital), contrariando o art. 30, § 2º, da Lei 8.666/93;

Razões de Justificativas.

15. Em resumo, os argumentos são no sentido de que a exigência tem previsão no art. 30 da Lei 8.666/93 e de que o citado parágrafo segundo só exige justificativas para os casos em que a capacidade técnica exigida se limitar às parcelas relevantes da obra. Desse modo, como a comissão considerou relevante todas as parcelas da obra, a exigência não foi justificada.

Análise.

16. Inicialmente, lembramos que o edital exigiu comprovação de que a empresa possuía em seu quadro permanente, até a data da recepção dos envelopes, engenheiro civil e/ou arquiteto detentores de atestado(s) de responsabilidade técnica para execução de obra ou serviços de características semelhantes.

16.1. Quanto à capacidade técnico-operacional, foi exigida a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico (CAT), emitida pelo Crea, comprovando que a licitante desempenhou atividade pretérita, obras e serviços de características semelhantes e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior ao objeto licitado.

16.2. Enquanto isso, a Lei 8.666/93 estabelece o seguinte:

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;

...

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, **limitadas as exigências a:** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - **capacitação técnico-profissional:** comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, **limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação**, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei 8.883, de 1994)

§ 2º **As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo**, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei 8.883, de 1994) (O grifo é nosso).

16.3. Veja que o texto do inciso I, acima citado, é claro ao limitar a exigência de capacidade técnico-profissional **exclusivamente** às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. Logo, não é possível exigir comprovação de capacidade técnico-profissional para todas as parcelas da obra, como defendeu o justificante.

16.4. Sendo assim, é óbvia a incoerência do argumento segundo o qual o citado § 2º só cobra justificativas quando a exigência editalícia limitar-se às parcelas relevantes. Com efeito, se a lei não permite exigir atestado de capacidade técnica das parcelas irrelevantes, evidentemente que as justificativas exigidas pela lei referem-se às parcelas relevantes.

16.5. A propósito, esta Corte tem decidido reiteradamente que as exigências de comprovação de qualificação técnico-profissional devem se restringir às parcelas que sejam, cumulativamente, de maior relevância e valor significativo e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações e que elas devem está claramente definidas no ato convocatório (Acórdãos 2396/2007-Plenário; 800/2008-Plenário; 1908/2008-Plenário).

16.6. No caso em análise, além de o edital não identificar as parcelas de maior relevância e valor significativo da obra, sob as quais incidiriam a demonstração da comprovação da capacidade técnico-profissional e operacional, e os parâmetros definidos para avaliação dessa capacidade, não consta do procedimento licitatório a devida justificativa para a exigência em questão, contrariando o disposto no art. 30, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93.

16.7. Desse modo, as justificativas oferecidas são incapazes de afastar a ilegalidade da exigência e, muito menos, os efeitos negativos que ela provocou ao intuito competitivo do certame.

Irregularidade.

17. critérios restritivos no edital de licitação, haja vista a exigência de vínculo empregatício permanente dos responsáveis técnicos com a licitante na data de entrega da proposta (item 6.2.3, alíneas “c” e “e”, do edital) em afronta ao entendimento consolidado do TCU, conforme Acórdãos 646/2007-Plenário, 170/2007-Plenário, 800/2008-Plenário e 80/2010-Plenário;

Razões de Justificativas.

18. Afirmaram que a exigência de comprovação, na habilitação, do vínculo empregatício permanente dos responsáveis técnicos com a licitante é imprescindível para garantia da regular execução da obra pela empresa vencedora do certame, no tempo aprazado do contrato firmado, já que tal exigência diminui, sobremaneira, o risco de a obra vir a ser paralisada por falta de profissional especializado.

18.1. Com isso, concluíram que a exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a empresa licitante teve como essência preservar o interesse público, na medida em que se buscou contratar empresa com capacidade técnica e material para executar plenamente a obra, em detrimento de interesses particulares.

Análise.

19. De início, compete salientar que, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal somente são permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Em outras palavras, o legislador originário deixou claro que o maior interesse público da licitação é a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração e, ao mesmo tempo, assegurar igualdade de condições a todos os interessados em com ela contratar.

19.1. Assim sendo, somente as exigências previstas em lei específica ou na Lei 8.666/93, que regulamentou o mencionado dispositivo constitucional, poderão constar do edital da licitação, sob pena de constituir ato contrário ao interesse público exposto na Constituição.

19.2. No caso em tela, como prova da capacidade técnico-profissional, o edital exigiu

demonstração de que os profissionais eram do quadro permanente da licitante, mediante apresentação de cópias da carteira de trabalho e previdência social, da ficha ou livro de registro de empregado e dos comprovantes de recolhimento do INSS e do FGTS, além de vedar a indicação de profissionais com vínculo de trabalho sob regime de contrato de prestação de serviços.

19.3. Portanto, como tal exigência não consta de lei específica e nem da Lei 8.666/93 (arts. 28 a 30), é possível concluir, desde já, que ela é ilegal e contrária ao interesse público defendido pelo legislador originário, mormente por impor a apresentação de cópia da carteira de trabalho e previdência social, da ficha ou livro de registro de empregado e dos comprovantes de recolhimento do INSS e do FGTS.

19.4. A norma do art. 30, § 1º, da Lei 8.666/93 utiliza a expressão “qualificação técnico-profissional” para indicar a existência, nos quadros permanentes de uma empresa, de profissionais com acervo técnico capaz de se responsabilizar pela execução de obras ou serviços similares àqueles desejados pelo órgão ou entidade da Administração.

19.5. Entretanto, referida norma não diz o que seja “quadro permanente”. Desse modo, não se pode dar interpretação literal a esse dispositivo de lei, em detrimento, até mesmo, da sobrevivência das empresas potencialmente aptas a contratar com o Poder Público e, sobretudo, em contramão aos princípios da isonomia e da obtenção da proposta o mais vantajosa. Não se mostra razoável, pois, obrigar que empresas mantenham em seu quadro permanente profissionais de alto nível técnico e custo elevado somente para participar de licitações.

19.6. Esse é o entendimento do Tribunal, que considera desnecessário, para comprovação da capacitação técnico-profissional, exigir que o empregado possua vínculo empregatício, por meio de Carteira de Trabalho e Previdência Social assinada, sendo suficiente a prova da existência de contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum (Acórdão 646/2007-Plenário; Acórdão 170/2007-Plenário; Acórdão 800/2008-Plenário; Acórdão 80/2010-Plenário), por tal exigência impor ônus desnecessário antes da contratação, além de restringir o caráter competitivo da licitação.

19.7. Portanto, tais exigências foram excessivas e desproporcionais, além de ter causado obstáculo ao caráter competitivo da licitação, haja vista que, das dezessete empresas que compareceram à abertura da licitação, dez foram inabilitadas por não atender, dentre outras, às essas exigências, conforme se constata da ata de julgamento da habilitação da Tomada de Preços 001/2011 (págs. 359-361, peça 21).

19.8. Enfim, as justificativas apresentadas para este item de irregularidade também merecem ser rejeitadas.

Irregularidade.

20. critérios restritivos no edital de licitação, haja vista a exigência de índices exorbitantes de liquidez geral e corrente igual ou superior a 1,5 (item 6.2.4.6 do edital), em afronta ao disposto no art. 37, inciso XXI, da CF/88;

Razões de Justificativas.

21. Justificaram que o índice exigido no edital teve como norte a defesa do interesse público, consistente na busca pela garantia da regular execução da obra, na medida em que visou a contratar empresa com capacidade financeira suficiente para arcar com os custos da construção, tendo adotado o critério técnico e objetivo da liquidez para contratar uma empresa com sanidade financeira.

Análise.

22. Acerca desse ponto, além do que impõe a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI), ressaltamos que o art. 31, § 5º, da Lei 8.666/93 estabelece que a comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no

edital e devidamente justificados no processo licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

22.1. A lei, portanto, em sintonia com a regra constitucional, além de vedar a exigência de índices não usualmente adotados, obriga que ela seja justificada nos próprios autos da licitação.

22.2. O TCU, nessa linha, tem determinado às entidades licitantes que incluam, no processo licitatório, as justificativas para os índices de qualificação econômico-financeira exigidos, sendo vedada a cobrança de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação (Acórdãos 112/2002, 778/2005, 1.519/2006, 587/2003, 1.668/2003, 1.898/2006 e 2.882/2008, todos do Plenário).

22.3. *In casu*, além da falta de justificativas, os índices de liquidez corrente e gerais de 1,5 (um e meio), fixados no edital, foram excessivos e restritivos ao caráter competitivo da licitação, pois basta possuir índices de liquidez corrente e geral iguais a 1 (um) para que a empresa tenha capacidade suficiente de honrar todos os compromissos de curto e longo prazos.

22.4. Dessa forma, não há como acolher as justificativas, uma vez que, ao contrário do alegado pelos responsáveis, os índices em questão, além de não justificados no processo licitatório, demonstraram-se excessivos e restritivos ao caráter competitivo da licitação e, portanto, contrários ao interesse público.

Irregularidade.

23. critérios restritivos no edital de licitação, haja vista a exigência de pagamento da garantia de participação até o terceiro dia útil anterior à data de abertura da licitação (item 6.2.4.6, alínea b, do edital);

Razões de Justificativas.

24. Justificaram a exigência pelo fato de que a lei remete à discricionariedade da administração pública exigir garantia, quando existirem riscos de lesão ao interesse público. Nesse sentido, sustentaram que a edilidade ponderou ser necessário exigir caução dos participantes da licitação, em face da importância da obra e dos riscos de lesão ao patrimônio público na execução do objeto licitado, não sendo a garantia exigida abusiva, nem tampouco destinada a limitar a participação de licitantes.

Análise.

25. De início, é preciso esclarecer que o cerne do questionamento não reside na cobrança, em si, da garantia, mas na exigência de que ela fosse apresentada antes da data de entrega da documentação relativa à habilitação econômico-financeira.

25.1. Realmente, a Lei 8.666/93 (art. 31, inciso III) não fixou prazo para apresentação da garantia de participação na licitação. Essa omissão legislativa, entretanto, foi intencional, uma vez não haver razão lógica para se exigir a apresentação da garantia de participação na licitação antes da data marcada para entrega da documentação de habilitação econômico-financeira. Exigi-la antes disso, além de ilógico, implica em redução dos prazos de entrega da documentação e, ademais, permite o conhecimento prévio dos licitantes, criando, com isso, a possibilidade da ocorrência de conluís e outras práticas maléficas à licitação.

25.2. Essa é a linha de raciocínio da jurisprudência, demonstrada nas decisões adiante:

Acórdão 2993/2009-Plenário:

9.2 determinar à Águas e Esgotos do Piauí S/A - Agespisa que:

(...)

9.2.2.6 abstenha-se de exigir a apresentação de garantia de proposta em data anterior à fixada como limite para a entrega da documentação de habilitação econômico-financeira, sob pena de infringência ao disposto nos arts. 4º, 21, § 2º; 31, inciso III; 40, inciso VI, e 43, inciso I, todos da Lei 8.666/1993;

Acórdão 2095/2005-Plenário:

9.4 determinar à CAPES que, nas futuras licitações:

9.4.1 abstenha-se de exigir a entrega da garantia de participação, de que trata o art. 31, inciso III, da Lei 8.666/93, antes da abertura dos envelopes de documentação, e não fixe condições de participação em certames licitatórios não previstas na Lei 8.666/93.

Acórdão 2882/2008-Plenário

9.3 determinar à PiauÍ Turismo - PIEMTUR que, em relação à elaboração dos atos convocatórios das futuras licitações envolvendo a aplicação de recursos públicos federais, abstenha-se de:

(...)

9.3.8 estabelecer condições de participação em certames licitatórios anteriores à fase de habilitação e não previstas na Lei 8.666/1993, a exemplo da prestação da garantia de que trata o art. 31, inciso III, da citada Lei, antes de iniciada a fase de habilitação, devendo processar e julgar a licitação com observância dos procedimentos previstos no art. 43 da Lei de Licitações e nos princípios estatuídos no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e no art. 3º da mencionada Lei 8.666/1993;

25.3. Impende ressaltar, por fim, que, mesmo discricionário, o administrativo não é totalmente livre, devendo observar os limites impostos pela lei, dentre eles o fim público, pois é o legislador quem define a finalidade que o ato deve alcançar, não o administrador.

25.4. Portanto, neste caso, como a exigência contrariou o fim público, somos impelidos a manter a irregularidade, inclusive porque as justificativas apresentadas fugiram ao que se questionou.

Irregularidade.

26. critérios restritivos no edital de licitação, haja vista a exigência de que a visita prévia ao local da obra fosse efetuada pelo engenheiro ou arquiteto indicado pela licitante como responsável pela sua execução (item 6.2.6 do edital);

Razões de Justificativas.

27. Alegaram, em resumo, que a exigência de vistoria ao local da obra até três dias antes da licitação visou propiciar à futura contratada conhecer as condições do terreno e, por conseguinte, os custos do empreendimento, para que ela formulasse uma proposta que pudesse cumprir. Daí, concluíram que a exigência não foi ilegal, já que era essencial para a regular execução da obra, por possibilitar o dimensionamento dos gastos de acordo com a realidade do imóvel.

Análise.

28. A exigência de que a visita fosse realizada até três dias antes da licitação e pelo profissional responsável pela obra também não tem amparo legal. Ademais, ela se mostra desnecessária na medida em que a disponibilidade de visita ao local da obra tem com fim legal impedir que a futura contratada pleiteie alguma vantagem posterior com a desculpa de não lhe ter sido dada a oportunidade de conhecer, previamente, o terreno onde será construído o objeto licitado.

28.1. Bastava, desse modo, exigir declaração da empresa contendo a indicação expressa de determinado profissional para tomar conhecimento do objeto a ser executado, conforme entendimento do Tribunal consignado no Acórdão 1.264/2010 - Plenário.

28.2. O argumento apresentado, no sentido de que a exigência visou propiciar aos interessados a noção dos custos da obra, não tem o condão de afastar a irregularidade. Isso porque a planilha

orçamentária disponibilizada aos licitantes indicava os referidos custos, não se justificando, portanto, condicionar, sem amparo legal, a habilitação delas à prévia vistoria ao local da obra.

28.2. Logo, a exigência era desnecessária, de maneira que as justificativas não merecem ser acolhidas.

Irregularidade.

29. inabilitação de 16 licitantes das 17 empresas que apresentaram proposta, restando apenas uma habilitada;

Razões de Justificativas.

30. Argumentaram que a comissão de licitação aplicou as regras do edital, de modo que as 16 empresas foram inabilitadas por não cumprirem tais regras.

30.1. Segundo os responsáveis, a entrega dos envelopes e a divulgação dos resultados foram realizadas com transparência e publicidade, de maneira que inexistiram subterfúgios e/ou procedimentos ilegais nas inabilitações das empresas participantes, tendo inclusive sido obedecido o prazo recursal estabelecido no edital.

Análise.

31. Conforme peças 21 (págs. 357-359) e 22 (pág. 36), 18 empresas realizaram vista prévia ao local da obra e 17 compareceram à licitação e apresentaram proposta, mas somente uma foi habilitada e, conseqüentemente, venceu o certame.

31.1. Esses números, por si só, já constituem forte indício de direcionamento da licitação. Ademais, quando somados às várias irregularidades aqui tratadas, formam prova indubitável de que a Tomada de Preços 01/2011 foi elaborada e conduzida para favorecer a única empresa habilitada, pois eles convergem e concordam nesse sentido.

31.2. A propósito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 68.006-MG, firmou entendimento de que indícios vários, convergentes e concordantes são prova. Esse entendimento foi recepcionado pelo Tribunal, conforme Acórdãos – Plenário 331/2002, 673/2008 e 2.126/2011.

31.3. O argumento de que as 16 inabilitações resultaram da aplicação natural das regras editalícias, longe de refutar esse indício de direcionamento, na verdade, só o confirma, pois, perante as várias irregularidades aqui tratadas, somos levados a concluir que a comissão de licitação, neste caso, apenas cumpriu o que já havia sido decidido antes: só habilitar a licitante escolhida. Isso fica mais claro com o julgamento pela improcedência dos recursos apresentados, sem uma análise objetiva, seja pela Comissão de Licitação ou pelo Prefeito, dos argumentos oferecidos, mesmo existindo pontos objetivos a serem avaliados nos recursos e acusação de favorecimento ilícito à empresa vencedora da licitação.

31.4. Enfim, essas justificativas também não comporta acolhimento.

Irregularidade.

32. os recursos apresentados pelas concorrentes foram julgados improcedentes pela Comissão de Licitação e pelo Prefeito sem uma análise objetiva dos argumentos apresentados, mesmo existindo pontos objetivos a serem avaliados nos recursos e acusação de favorecimento ilícito à empresa vencedora da licitação;

Razões de Justificativas.

33. Não houve justificativas para esta ocorrência.

Análise.

34. Perante a ausência de justificativas e ante a gravidade do ato, que feriu de morte o direito

de defesa dos recorrentes, a manutenção dessa irregularidade é imperativa.

Irregularidade.

35. a proposta comercial da empresa habilitada teve um desconto de apenas 0,3% em relação ao orçamento-base do edital, que era o preço máximo aceitável na licitação.

Razões de Justificativas.

36. Alegaram, em suma, que a comissão de licitação não tem legitimidade para influenciar o preço praticado pelas licitantes, mas apenas o poder de verificar se elas apresentaram documentação conforme as exigências do edital e julgar de maneira objetiva eventuais recursos impetrados.

36.1. Com isso, disseram está demonstrada a inexistência de vícios capazes de comprometer a lisura do procedimento licitatório, em questão, de maneira que as propostas foram recebidas e habilitadas de acordo com os critérios do edital, tendo se sagrado vencedora aquela que apresentou o menor preço para executar o serviço licitado.

Análise.

37. De início, lembramos que houve apenas uma proposta para a Tomada de Preços 001/2011, pois somente uma licitante ultrapassou a fase de habilitação.

37.1. Assim, o fato em questão, isoladamente, pode não indicar irregularidade e até corroborar a tese dos justificantes, segundo a qual a comissão não interfere no preço das propostas.

37.2. Contudo, somado às irregularidades citadas nesta instrução (item 7), esse fato leva a crer que a licitante habilitada e autora da proposta em questão já sabia que venceria o certame e, portanto, não se preocupou em apresentar um preço competitivo, mas apenas um preço que não ultrapasse o valor estimado pela Administração. Por isso, formulou proposta com apenas 0,3% de desconto em relação ao orçamento-base do edital.

37.3. Ou seja, este fato é mais um indício de direcionamento da licitação, razão pela qual estas justificativas merecem ser rejeitadas.

37.4. Ainda por isso e pelas conclusões das análises anteriores, entendemos, finalmente, que o pedido de reconhecimento da legalidade da Tomada de Preços 01/2011 não pode ser atendido.

CONCLUSÃO

38. Conforme demonstrado no exame precedente (itens 11-37), as justificativas trazidas pelos responsáveis não conseguem afastar nenhum dos vários indícios de irregularidades apontados no item 7 desta instrução, verificados na Tomada de Preços 01/2011, realizada pela Prefeitura Municipal de Juazeirinho/PB, de modo que elas merecem ser rejeitadas.

39. Pelo contrário, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 68.006-MG) e do TCU (Acórdãos Plenário 331/2002, 673/2008 e 2.162/2011), a variedade, convergência e concordância dos referidos indícios de irregularidade os tornam prova robusta de que mencionada licitação foi direcionada para a empresa Conserv Construções e Serviços Ltda., em afronta aos princípios da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa (arts. 3º da Lei 8.666/93 e 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

40. Assim, resta-nos concluir pela procedência da representação e propor aplicação aos responsáveis da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443, de 16/7/1992, levando em consideração a robustez dos indícios de irregularidades presentes nos autos.

BENEFÍCIOS DAS AÇÕES DE CONTROLE EXTERNO

41. Entre os benefícios do exame desta representação, pode-se mencionar a expectativa de controle e as multas que poderão ser aplicadas aos responsáveis.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

42. Ante o exposto, elevamos os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93 c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la procedente;

b) rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis Bevilacqua Matias Maracajá (CPF 250.376.414-20), Prefeito Municipal de Juazeirinho/PB, José Roberval da Silva (CPF 046.952.004-30), Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Maria do Socorro de Medeiros Vieira (CPF 026.745.504-65) e Weidigson Nivanio Cordeiro Trajano (CPF 020.303.394-90), Membros da Comissão Permanente de Licitação;

c) aplicar a Sra. Maria do Socorro de Medeiros Vieira e aos Srs. Bevilacqua Matias Maracajá, José Roberval da Silva e Weidigson Nivanio Cordeiro Trajano, individualmente, a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a contar das notificações, para que comprovem, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento das dívidas ao Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente desde a data do acórdão até a dos efetivos recolhimentos, se forem pagas após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

d) autorizar, desde logo, o pagamento das dívidas em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 217 do Regimento Interno, caso solicitado pelos responsáveis, fixando-se o vencimento da primeira parcela em quinze dias, a contar do recebimento da notificação, e o das demais a cada trinta dias, devendo incidir sobre cada parcela, os encargos legais devidos, na forma prevista na legislação em vigor;

e) alertar os responsáveis de que a falta de comprovação do recolhimento de qualquer parcela importará o vencimento antecipado do saldo devedor, nos termos do § 2º do art. 217 do Regimento Interno deste Tribunal;

f) autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;

g) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido, assim como do relatório e do voto que o fundamentarem, à representante e à Prefeitura Municipal de Juazeirinho/PB;

h) remeter cópia do Acórdão a ser adotado, bem como do Relatório e Voto que o fundamentarem, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado da Paraíba, nos termos do art. 209, § 7º, do Regimento Interno/TCU, para o ajuizamento das ações cíveis;

i) arquivar o presente processo.

Secex-PB, em 27 de agosto de 2013.

(Assinado eletronicamente)

ADERALDO TIBURTINO LEITE

AUFC – Mat. 6493-9