

5815
MORADA NOVA - CE

CERTIFICADO Nº 00280/2020

PROCESSO Nº: 36042/2020-1

ESPÉCIE: REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO CAUTELAR

ENTE FEDERATIVO: MUNICÍPIO DE MORADA NOVA/CE

ÓRGÃO/ENTIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE MORADA NOVA/CE

EXERCÍCIO: 2020

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO ACERCA DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES APONTADAS NO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº CP-002/2020-SEINFRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE MORADA NOVA. MEDIDA CAUTELAR.

1. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela **COB - CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA BRILHANTE**, o qual alega possíveis irregularidades no Procedimento licitatório de CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº CP- 002/2020 - SEI/2020 DA SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA DA PREFEITURA DE MORADA NOVA - CE promovido pela Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Morada Nova/CE e demandada pela Secretaria de Infraestrutura, cujo objeto consiste na **CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA EXECUTAR PAVIMENTAÇÃO EM PARALELEPÍPEDO EM DIVERSAS RUAS LOCALIZADAS NA ZONA URBANA E NO DISTRITO DE BOA ÁGUA, DE RESPONSABILIDADE DA SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA**, no valor estimado de **R\$ 4.263.251,39** (quatro milhões, duzentos e sessenta e três mil, duzentos e cinquenta e um reais e trinta e nove centavos), com entrega de envelopes com os documentos de habilitação, propostas técnica e de preços inicialmente prevista para o dia 21/09/2020, conforme aviso de convocação publicado no Diário Oficial do Estado - DOE, em 19/08/2020 (Fl. 74).

2. DA ADMISSIBILIDADE

2. O art. 113, §1º, da Lei n. 8.666/93 faculta a “qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica” o poder de representar junto a este Tribunal contra irregularidades na aplicação da referida lei. Desta forma, entende-se cabível, em harmonia com esse dispositivo legal, a espécie processual representação para os presentes autos.

3. EXAME TÉCNICO

3. Preliminarmente, registre-se que a Representação em análise vem cumulada com pedido de medida cautelar, na qual a empresa requer, *in verbis*:

“[...]”

Na esteira do exposto, requer-se:

- a) Diante do exposto, roga a V.Exa. que seja concedida a liminar inaudita altera para determinar a **SUSPENSÃO** do processo licitatório nº **CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº CP- 002/2020 - SEI/2020 DA SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA DA PREFEITURA DE MORADA NOVA - CE** (*Obs. o texto em negrito original encontrava-se equivocadamente “CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 06.001/2019-CP DA PREFEITURA DE MORADA NOVA – CE” embora tal falha formal não tenha comprometido a integridade da Representação*);
- b) Declaração de anulação do ato que declarou a licitante, ora provocante, como inabilitada, pelos fatos acima expostos;
- c) Requer, mais, que sejam intimados os agentes acima descritos, com endereço constante acima, para que tomem ciência dos termos da liminar, e, por conseguinte, adotem as providências necessárias com o fito de cumpri-la integralmente, até ulterior deliberação deste Egrégio Tribunal.
- d) Demais procedimentos aplicáveis;

4. Portanto, nesta análise inicial, em virtude da urgência que o caso requer, conforme art. 15, § 5º, do Regimento Interno desta Corte de Contas, esta unidade especializada passa

imediatamente a manifestar-se sobre o pedido cautelar, especificamente quanto a presença dos seus dois pressupostos básicos: a fumaça do bom direito e o perigo na demora.

3.1. IRREGULARIDADES ELENCADAS PELOS REPRESENTANTES

5. A representante fundamentou seu pleito nos indícios de irregularidades abaixo relacionados, tendo apresentado os mesmos em forma de síntese (pags. 03/20 do processo) *in verbis*:

“02. RESUMO FÁTICO

No dia 25 (vinte e cinco) do mês de setembro do ano de 2020, às 08:00 a referida Comissão proferiu julgamento dos documentos de habilitação das empresas participantes do certame. Contudo, a referida comissão, data vênua, cometeu um grave e importante equívoco, em especial na inabilitação de empresas por terem apresentado **documentos autenticados por cartório digital** e, da mesma forma, não aceitar documentos (cartão de CNPJ e Inscrição estadual) emitidos no começo de 2020, mesmo que a lei não fixe validade para os mesmos. Após a sessão de abertura dos envelopes de habilitação da licitação em epígrafe, ocorrida em sessão pública na sala de reuniões da Comissão de Licitação, promoveu-se a análise da documentação e julgamento da Habilitação das empresas licitantes. A empresa, ora provocante foi INABILITADA sob o seguinte ‘argumento’: “(...) emissão do cartão de CNPJ em 08/01/2020, motivos: emissão inscrição estadual em 28/01/2020, emissão inscrição municipal em 26/02/2020, portanto não atendendo ao parágrafo 6º da cláusula 4ª do edital, apresentação de alguns documentos autenticados de forma eletrônica, dentre eles: apresentação dos acervos da empresa e do responsável técnico e contrato de prestação de serviços da empresa para com o responsável técnico, portanto não atendendo a cláusula 24.11 do edital.”.

03. ILEGALIDADES NA INABILITAÇÃO DA LICITANTE

03.1. Legalidade de Documentos Autenticados Por cartório Digital ou Virtual Acontece, nobre presidente, que, tendo o licitante apresentado sua documentação habilitatória em cópia autenticada digital pelo denominado “cartório virtual” acompanhada da respectiva certidão de autenticação digital - comprovando-se, desta forma, a veracidade dos documentos e a legitimidade do cartório -, pode-se entender que a apresentação de cópia autenticada digital tem o mesmo valor jurídico dos documentos originais e de cópias autenticadas em papel, de modo que há amparo legal e jurídico para habilitar o licitante no procedimento licitatório.

Assim, se a AUTORIDADE CERTIFICADORA ESTIVER LICENCIADA PELO ICP-BRASIL (INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA), NOS TERMOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.200-2/01, e houver, portanto, como comprovar a veracidade do documento, já que, ao menos, em tese, e à primeira vista, a autenticidade dos documentos digitalizados

apenas pode ser atestada por meio de um certificado digital emitido no âmbito do ICP-Brasil, pode-se sustentar que a apresentação dos documentos habilitatório em cópia autenticada digital supre a exigência do art. 32 da Lei de Licitações.

Este inclusive é o entendimento do Tribunal de Contas da União -TCU:

“a não aceitação de documentos autenticados digitalmente por cartórios competentes, encaminhados por licitantes, contraria o disposto art. 32 da Lei 8.666/93, com redação dada pela Lei 8.883/94; e de que (b) a exigência de apresentação de Certidão Simplificada da Juceb, com prazo de emissão não superior a 30 dias da data da abertura do certame, como condição para a habilitação de licitantes, contraria o disposto no § 5º, art. 30, da mesma Lei”. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 1.784/2016 - 1ª Câmara)

03.2. Não Aceitação de Cartão de CNPJ:

Além do que foi exposto acima, a Comissão Inabilitou a empresa recorrente por tem apresentado o Cartão de CNPJ e o de inscrição estadual com data de emissão de janeiro de 2020.

Ora, qual dispositivo legal permite que a Comissão exija data de validade de documento que não tenha prazo?

Ademais, os referidos documentos foram emitidos no corrente exercício!

O prazo de validade normalmente diz respeito a documentos que comprovem uma determinada situação da empresa no momento de sua emissão (por exemplo, estar adimplente com a Previdência e o FGTS, não estar em processo falimentar e assim por diante) a respeito da qual a Administração deve se resguardar.

Os comprovantes de inscrição no CNPJ, estadual e/ou Municipal têm caráter totalmente diferente: apenas demonstram que a empresa efetuou inscrição no Cadastro de Contribuintes da Receita Federal, Fazenda Estadual e/ou Municipal (como pessoa jurídica, evidentemente), portanto tratam-se de documentos cuja “validade” é, por natureza, indeterminada - além do que pode ser constatada na hora mediante simples consulta na página da Receita na Internet, a Comissão de Licitação possui o dever de verificar todos a veracidade de todos os documentos emitidos via internet de todas as empresas licitantes, já que qualquer documento é passível de fraude.

A inabilitação de licitante sem a devida diligência atenta contra o interesse público, sendo que há diversas lições de doutrinadores, bem como há jurisprudência em relação a sua obrigatoriedade.

Leciona o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho:

Não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros - apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados -, a realização de diligências será obrigatória.

Determinou o Tribunal de Contas da União:

É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 3615/2013 - Plenário)

Portanto, a exigência de validade para o CNPJ é algo completamente sem nexo, pois não se trata de uma certidão de regularidade, mas de um comprovante de cadastro.

Cumpra informar que todas as certidões emitidas pela Receita Federal possuem data de validade. O CNPJ, por ser um cadastro, e não uma certidão de regularidade, possui validade indeterminada.

04. ILEGALIDADES NO EDITAL

Ademais, inicialmente, que, foram identificadas várias ilegalidades, data máxima vênia, no edital em comento e, que, mesmo não tendo sido impugnados, cumpre esclarecer que devem ser objeto de atenção e fundamento para atuação direta na correção de ilegalidade porventura verificada, vejamos:

Assim, trata-se de um instrumento essencial para auxiliar os órgãos de controle, sobretudo no que se refere à análise e compreensão de questões técnicas intrincadas ligadas ao objeto ou aos requisitos de participação.

De toda sorte, seja sob qualquer dos aspectos aqui narrados, poderá ainda o Administrador Público receber e conhecer dos termos dos pedidos apresentados contra o ato convocatório, se não pela tempestividade, mas pelo interesse público e em atenção, especialmente, ao Princípio da Moralidade Administrativa.

Finalmente, em razão dos princípios da legalidade e da autotutela a Administração deve anular seus atos ilegais, independente de provocação.

04.1. Da vedação à participação de empresas em forma de consórcios, sem justificativas

Da análise do Edital do Processo licitatório em destaque, verificou-se que o item 3.2.2, alínea a, veda a participação de consórcio.

Acerca da vedação de participação de empresa na forma de consórcio, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), é pacífico o entendimento quanto à necessidade de motivação no tocante ao referido impedimento.

A Administração, em respeito à transparência e à motivação dos atos administrativos, deve explicitar as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcios de empresas quando da contratação de objetos de maior vulto e complexidade. Acórdão 929/2017 - Plenário - TCU.

A decisão da Administração de permitir a participação de empresas sob a forma de consórcio nas licitações deve ser devidamente motivada e não deve implicar a proibição da participação de empresas que, individualmente, possam cumprir o objeto a ser contratado, sob pena de restrição à competitividade. Acórdão 1711/2017 - Plenário - TCU. O impedimento de participação de consórcios de empresas em licitações públicas requer a fundamentação do ato, à luz do princípio da motivação. Acórdão 1305/2013 - Plenário - TCU

O Tribunal de Contas do Estado do Ceará, no bojo dos Processos nº 02007/2014-3 e nº 08468/2013-7, entendeu por irregular a ausência de motivação para a vedação de empresas na forma de consórcio:

RESOLVE O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos [...] Quanto ao mérito, por maioria de votos, julgar parcialmente procedente o pedido, para: 1)

considerando que o Edital de Tomada de Preços nº 20130033, conteve cláusulas que restringiram a competitividade do certame, violando princípios elementares do processo licitatório público e, por conseguinte, o art. 3º, caput e § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993; e, diante das incongruências identificadas nos fôlios, tendo como norte a atuação pedagógica e de orientação que os Tribunais de Contas devem perfilhar, determinar à CAGECE que, em suas futuras licitações, abstenha-se de inserir cláusulas restritivas à competitividade, atentando sobretudo para: [...] c) a necessidade de justificação, motivada, da razão pela qual vedou ou permitiu a participação de empresas em consórcio; (Processos nº 02007/2014-3, Resolução nº 1978/2015)

RESOLVE O PLENO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos: [...] b) dar ciência à SEINFRA, na pessoa do seu atual gestor, Sr. Lúcio Ferreira Gomes, com vistas à adoção de providências que previnam a reincidência das falhas, que: [...] b.3) a ausência de justificativa técnica para a admissão ou vedação de empresas em consórcios afronta a Lei nº 8.666/93, sobretudo o Princípio da Motivação. (Processo nº 08468/2013-7, Resolução nº 03191/2018) (grifo nosso)

DA MELHOR DOUTRINA:

A autorização ou a vedação da participação de empresas reunidas em consórcios relaciona-se diretamente ao dever de planejamento. Isso porque a decisão sobre o assunto está intimamente vinculada à necessidade ou não de adoção dessa medida como instrumento apto a ampliar a competitividade em face das peculiaridades do objeto licitado e do mercado em que ele se insere.

Sopesar todos os reflexos decorrentes da decisão em torno da participação ou não de consórcios na etapa de planejamento é essencial para definir as regras editalícias que conduzirão o julgamento do certame, até porque a omissão do edital sobre o assunto pode conduzir à conclusão pela impossibilidade de empresas consorciadas acudirem à licitação e, assim, ser prejudicado o interesse público envolvido.¹

Conforme explica Joel de Menezes Niebuhr:

"também, costuma-se permitir a participação de consórcios em licitação de grande vulto, que requerem considerável aporte de capital. Trata-se de instrumento prestante a ampliar a competitividade, dado que possibilita às empresas ou pessoas com estrutura pequena ou mediana que se reúnam para atender às demandas do edital, o que não fariam se estivessem sozinhas."²

A questão será disciplinada pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93.

Em linhas gerais, o regime jurídico aplicável prevê o seguinte:

- a) Necessidade de expressa previsão da possibilidade de participação de consórcios no ato convocatório, que deverá disciplinar as condições de habilitação, de liderança, etc.;
- b) Habilitação jurídica: cada uma das empresas consorciadas deverá apresentar os documentos previstos nos incisos do art. 28, bem como a prova do compromisso de constituição do consórcio;



e) *Regularidade fiscal: cada consorciado deverá apresentar, os documentos exigidos no art. 29, conforme a disciplina do ato convocatório;*

d) *Qualificação técnica: os quantitativos de cada consorciado serão somados para fins de comprovação;*

e) *Qualificação econômico-financeira: serão computados os valores de cada qual das empresas integrantes da associação, na proporção da respectiva participação no consórcio;*

f) *Indicação da empresa líder do consórcio;*

g) *Como requisito de habilitação, as empresas consorciadas deverão apenas apresentar o compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio;*

h) *Vedação, numa mesma licitação, de empresa integrante de determinado consórcio fazer parte de outro ou participar por conta própria;*

i) *Responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações assumidas pelo consórcio.*

¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas - Considerações em torno do art. 33 da Lei nº 8.666/93. Revista Zênite ILC - Informativo de Licitações e Contratos. Curitiba: Zênite, n. 126, p. 756, ago. 2004.

² (NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 253.)

Caberia à municipalidade adotar as alternativas e soluções previstas em lei, seja permitindo a participação de empresas em consórcio, seja admitindo a subcontratação do objeto, a fim de ampliar as possibilidades de disputa, sem comprometimento da contratação conjunta.

04.2. Da exigência de documentos não previstos em lei

O edital exigiu diversos documentos não previstos na Lei nº 8.666/93.

Item 4.1.6 - Alvará de Funcionamento, da sede funcional da empresa

Esta licitante constatou a exigência de Alvará de Funcionamento no edital em comento, **o que não encontra, amparo nas normas que regem as licitações e contratações públicas, e, no caso, não foram mencionadas legislações específicas que possam suportar a exigência (Alvará de Funcionamento).**

Nesse azo, acerca do Alvará de Funcionamento, constitui regra constitucional que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Não obstante a Lei de Licitações nº 8.666 de 1.993 determinou de forma taxativa quais seriam os documentos a serem exigidos para habilitação nas licitações públicas. Ipsi litteris:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista;

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Destacamos)

Tratou ainda de minudenciar os documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista nos artigos 28 a 31 da lei citada. Veja que na literalidade da lei não há nenhuma menção quanto a exigência de alvará de funcionamento. Ora, se não existe nenhuma expressão taxativa, claramente definida, acerca da exigibilidade qual será o fundamento jurídico que sustente a exigência do alvará em alguns editais?

Na prática a exigência do Alvará de Localização, muitas vezes, é inserida com intuito de direcionar o edital ou limitar os licitantes, o que é ilegal e a jurisprudência corrobora ao entendimento defendido. A saber:

JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA:

LICITAÇÃO - ARGUIÇÃO DE PERDA DE OBJETO AFASTADA - HABILITAÇÃO - REGULARIDADE FISCAL - ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO - EXIGÊNCIA DE CÓPIA AUTENTICADA OU DOCUMENTO ORIGINAL - DOCUMENTO NÃO ELENCADO NA LEI Nº 8.666/93 - SEGURANÇA CONCEDIDA. Não prospera a arguição de perda de objeto em razão da publicação do resultado da concorrência, se ainda houver pendente de julgamentos recursos aviados pela licitante. A finalidade do procedimento licitatório é obter a melhor proposta para a Administração Pública, mediante o maior número de concorrentes possíveis. O edital ao exigir a apresentação de documento não elencado nos artigos 27 e 29 da Lei nº 8.666/93 como comprovação de regularidade fiscal, fere os princípios da ampla concorrência e acessibilidade, além de afrontar o princípio da razoabilidade. (MS 84365/2009, DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, SEGUNDA TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 17/11/2009, Publicado no DJE 11/12/2009) (Destacamos)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS E ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO RESIDENTES NO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO NA FASE DE HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE EQUIPAMENTOS E PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO PARA HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA AO PREGOEIRO E SUBSCRITOR DO EDITAL

(...)Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, em conformidade com a ata de julgamento, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: I) julgar procedente a denúncia, considerando irregulares: a) a exigência de alvará de funcionamento na fase de habilitação; b) a exigência de comprovação de disponibilidade de equipamentos e pessoal técnico especializado para habilitação; e c) a ausência de ampla pesquisa de preços; II) deixar de aplicar multa pela ausência de



ampla pesquisa de preços, nos termos da fundamentação; III) aplicar multa ao Senhor Diego José de Souza Moreira, pregoeiro e subscritor do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pelas irregularidades discriminadas nos itens a e b, o que totaliza o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal; IV) deixar de aplicar multa ao Senhor Marcelo Faria Pereira, prefeito municipal, por entender que as falhas apuradas nos presentes autos são de responsabilidade exclusiva do pregoeiro, mas recomendando-lhe que, nas próximas licitações, não restrinja a cotação de preços aos fornecedores locais, bem como realize ampla pesquisa nos sites dos órgãos públicos; V) determinar a intimação das partes, após a deliberação; VI) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

(TCE-MG - DEN: 944779, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de Julgamento: 10/05/2016, Data de Publicação: 14/06/2016) (Destacamos)

(...)

Sendo assim, exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica na imposição de cláusula ou condição que importe em frustração do caráter competitivo do certame. Entende-se que, se a Lei nº 8666/93 veda a existência de qualquer cláusula ou condição que frustre o caráter competitivo, se o rol dos artigos 27 a 31 é taxativo, ou seja, não admite que a autoridade amplie suas exigências, e se a legislação específica que regulamenta a modalidade Pregão, Lei nº 10520/2002, sequer faz menção, em seu inciso XIII do artigo 4º, à exigência do alvará de funcionamento, à autoridade administrativa é vedado incluir no edital essa exigência.

(Processo nº 877079 - Primeira Câmara - Relator: Conselheiro José Alves Viana - Julgamento em: 12/11/13) (Destacamos)

DOCTRINA:

A doutrina também inclina-se nesse sentido.

Reforçando ao exposto o ilustre jurista Jessé Torres Pereira Junior leciona:

"(...) A redação adotada pelo novo estatuto estabelece relações numerus clausus, vedando que Administração demande apresentação de qualquer prova diversa daquelas inscritas nos termos da lei. Suprimiu, no pertinente àquelas qualificações, o espaço discricionário e criou vinculação estrita. Poderá a Administração deixar de exigir todos os documentos previstos na lei, sob pena de exceder-se no exercício do dever geral de licitar e sujeitar-se à invalidação da exigência indevida, mantidas apenas aquelas que se compatibilizarem com a provisão legal."³

³ Pereira Junior, Jessé Torres. - Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 8. ed. rev., atual. E ampl. - Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

No mesmo contexto, trazemos à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho:



"o art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem "numerus clausus". (...) "o elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo, ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos".⁴

JURISPRUDÊNCIA DO TCE - CE

Pois bem, como se não bastasse a jurisprudência pátria, o egrégio Tribunal de Contas do Estado do Ceará, TCE vem reiteradamente se posicionando acerca do tema:

PROCESSO nº 30734/2019-0, CERTIFICADO Nº 0102/2019 ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE RUSSAS NATUREZA: REPRESENTAÇÃO DO TCE RELATOR: CONSELHEIRO LUÍS ALEXANDRE A. FIGUEIREDO DE P. PESSOA:

*(...)*4.1.1.4 Exigência de alvará de Funcionamento

25. Na sequência, observa-se outra cobrança indevida no edital em análise. O item c.7 exige alvarás emitidos pelos órgãos competentes (alvará de funcionamento), sem previsão na Lei de Licitações.

No entanto, fundamental sublinhar que, dentre as documentações obrigatórias a serem cobradas durante a fase de habilitação, o art. 30 da Lei nº 8.666/1993 é bastante clara no sentido de limitar as exigências à lista descrita nos incisos I a IV, transcritos abaixo:

I. registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

III. comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

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

4 Justen Filho, Marçal. - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 14ª Ed., Editora Dialética, 1010, pág.401.

24. Diante da inexistência da cobrança de alvará de funcionamento na lista acima, restaria ao Município justificar tal exigência, a fim de demonstrar sua razoabilidade bem como a correlação entre o item editalício, obrigatório para se habilitar à disputa, e o objeto almejado.

Em importante decisão o TCU proferiu o seguinte entendimento: ACÓRDÃO 7982/2017 - SEGUNDA CÂMARA Para fins de habilitação jurídica, é vedada a exigência de apresentação de alvará de funcionamento sem a demonstração de que o documento constitui exigência do Poder Público para o funcionamento

da licitante, o que deve ser evidenciado mediante indicação expressa da norma de regência no edital da licitação.

RESOLUÇÃO 8661/201 (TCE/CE) ITEM 4.5. Da exigência de Alvará de Funcionamento: é lícita a exigência de Alvará de Funcionamento no edital, mas se faz necessária a indicação expressa no edital de licitação da norma legal a qual torna tal documento exigível, demonstrada a pertinência desta exigência, diretamente relacionada à atividade objeto do certame.

As situações acima elencadas geraram inclusive Medidas Cautelares:

DATA DA PUBLICAÇÃO: 10/12/2019

SÍNDICE: REPRESENTAÇÃO EM FCF

RELATOR: VALDOMIRO TAVORA

DIVISÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE RUSSAS

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DO TCE - EXAME DE REGULARIDADE DESEMPENHO DO PREGÃO PRESENCIAL Nº PP 0126112019-014 OBJETIVA A CONTRATADA DE EMPRESA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICAÇÃO DE MATERIAS INSTITUCIONAIS DESTINADAS AO ATENDIMENTO DE DIVERSAS UNIDADES ADMINISTRATIVAS NA LOCALIDADE DE RUSSAS - PREFEITURA MUNICIPAL DE RUSSAS - ESTADO DO CEARÁ - COM O LANCEAMENTO DE TERMO DE REFERÊNCIA.

SITUAÇÃO: COMISSÃO DE LICITAÇÃO

SETOR ATUAL: SERVIÇOS DE CONTRATE DE PRAZOS E GERENCIAMENTO

OUTROS ENCAMINHAMENTOS: 14/12/2019

PRIMEIROS: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

RESOLUÇÃO Nº 64/2020

PROCESSO Nº: 30734/2019-0

ESPÉCIE: Representação

ENTE: Município de Russas

EXERCÍCIO: 2019

REPRESENTANTE: Diretoria de Fiscalização de Licitações e Contratos da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará

REPRESENTADA: Prefeitura de Russas

ÓRGÃO JULGADOR: Plenário

RELATOR ORIGINÁRIO: Conselheiro Alexandre Figueiredo

EMENTA: REPRESENTAÇÃO TCE - HOMOLOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA. PROBABILIDADE DO DANO E PERIGO DA DEMORA. RESTRIÇÃO DO EDITAL À COMPLETIÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos quanto à Representação, com pedido de cautelar, de autoria da Diretoria de Fiscalização de Licitações e Contratos da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, em face de supostas irregularidades no âmbito do Edital do Pregão Presencial nº. PP - 0126112019-DIVERSAS, promovido pela Prefeitura Municipal de Russas, de objeto relativo à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de publicações de matérias institucionais, para atender a demanda de diversas unidades administrativas, conforme especificações do Termo de Referência.

Considerando que os autos foram remetidos ao Gabinete de Processos, nos termos do art. 11, inciso XVII, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas Estadual (RITCE), em razão do gozo do férias do relator competente, o Presidente, por meio do Despacho Singular nº 00211/2020, concedeu a medida de urgência e submeteu à apreciação do Plenário, conforme estabelece o art. 21-A, §1º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e o art. 16, §1º, do RITCE.

RESOLVE O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em **CONHECER** da presente Representação e, no mérito, **HOMOLOGAR** medida cautelar consolidada pelo Despacho Singular 00211/2020, determinando à Prefeitura Municipal de Russas-CE que adote as medidas necessárias para suspender o Pregão Presencial nº. PP - 0126112019-DIVERSAS, até a manifestação definitiva desta TCE-CE, nos termos do Relatório-Voto.

Participaram do julgamento o Excmo. Conselheiro Presidente Valdomiro Távora e os Excmos. Conselheiros Sérgio Vieira, Roldão de Queiroz e Ernesto Sabana e o Excmo. Conselheiro Substituto Manoel Pedrosa.

12

Transcreva-se e cumpra-se.
Sala das Sessões, em 21 de janeiro de 2020.

Conselheiro José Valdomiro Távora de Castro Júnior
PRESIDENTE/RELATOR

Fui presente:

Júlio César Rola Saraiva
**PROCURADOR-GERAL DE CONTAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL
JUNTO AO TCE**

No PROCESSO Nº: 05112/2019-6 do TCE o douto conselheiro Edilberto pontes assim se posicionou:

PROCESSO Nº: 05112/2019-6 RELATOR: Conselheiro Alexandre Figueiredo NATUREZA DO PROCESSO: Representação REPRESENTANTE: J P Serviços e Locações Eireli MUNICÍPIO: Beberibe UNIDADE GESTORA: Secretaria de Infraestrutura RELATÓRIO 1. Trata-se de Representação, com pedido de cautelar, de autoria da empresa J P Serviços e Locações Eireli (CNPJ de nº 29.421.445/0001-27), em face de supostas irregularidades no âmbito do Edital da Concorrência Pública 001/2019, cadastrada no Portal de Licitações dos Municípios e de objeto relativo à “contratação de empresa especializada na área de limpeza pública urbana, para a execução dos serviços de coleta e transporte de resíduos sólidos, conservação e manutenção da limpeza de vias e logradouros públicos na área urbana do Município de Beberibe - CE”. 2. O procedimento licitatório em questão é de autoria da Secretaria de Infraestrutura do Município de Beberibe - CE e possui valor total não superior a R\$4.668.010,08, nos termos do Item 8.2.7, ‘b’, da Cláusula 8.2 - Do Critério de Julgamento das Propostas do Edital em comento, com abertura do procedimento em 15/4/2019 (...)

Ante essas circunstâncias, foi emitido o Despacho Singular 3579/2019, em 11/7/2019, pela Conselheira Soraia Victor, no exercício da Presidência, concedendo medida cautelar suspensiva no sentido de prover o feito com a diligência necessária para melhor apuração dos fatos relatados, dentre outras medidas, nos seguintes termos: a) conhecer da presente Representação, pois preenchidos seus requisitos de admissibilidade; **b) conceder medida cautelar**, com fulcro no art. 16 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, determinando à Secretaria de Infraestrutura do Município de Beberibe-CE que adote as medidas necessárias para suspender a Concorrência Pública nº

001/2019 - INFR, até a manifestação definitiva deste TCE-CE; c) determinar a notificação da Secretaria de Infraestrutura do Município de Beberibe-CE para que adote o imediato cumprimento da suspensão cautelar determinada no Item (b) desta Decisão; d) determinar o envio dos autos à Secretaria de Controle Externo (SECEX), para prosseguir com a instrução processual, com prioridade e urgência na tramitação e instrução do processo, na forma do art. 93, inciso I, do RITCE; e) determinar a ciência da representante, a respeito do presente Despacho

(...)II - Restritividade do Edital à competição 34. Neste tópico, entendo que podem ser englobados os seguintes pontos levantados pelo corpo técnico: d) Indevida exigência de certidão específica da junta comercial como condição de qualificação econômico-financeira (Alínea 'c' do Item 6.4); e) Equívoco no Item 6.3.2.2 do Edital (refere-se a Exigência de Atestado identificando a empresa e o profissional, com Registro no CREA, para qualificação técnico-operacional das licitantes - excesso ao art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993); **f) Exigência de alvará de funcionamento como condição de habilitação jurídica (Alínea 'f' do Item 6.1); e**

(...)49. Conclusivamente, ante os argumentos apresentados e os indícios consistentes de veracidade dos fatos narrados, considero que há provável prejuízo à economicidade na respectiva contratação, com possibilidade de a Administração Pública ser desfalcada mediante a adoção equivocada do regime de empreitada por preço global e total e da restritividade em potencial de cláusulas do respectivo Edital, configurando o pressuposto da fumaça do bom direito no caso concreto.

Logo, várias são as fundamentações para a licitação ser revista no tópico acima delineado.

Item 4.2.4.5 - CERTIDÃO SIMPLIFICADA, emitida pela junta Comercial da sede da empresa licitante, com data de emissão não anterior a 30 (trinta) dias da data da licitação. E 4.2.4.6 - CERTIDÃO ESPECÍFICA (com todas as alterações e movimentações da empresa), emitida pela junta Comercial da sede da empresa licitante, com data de emissão não anterior a 30 (trinta) dias da data da licitação

O mesmo se aplica à exigência de Certidão Específica e Simplificada da Junta Comercial:

De acordo com o art. 28, inc. III, da Lei nº 8.666/93, constitui requisito para a habilitação jurídica dos licitantes a apresentação de "ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores."

Tais exigências habilitatórias têm por objetivo atestar se os particulares interessados em participar da licitação possuem personalidade e capacidade jurídica suficientes para serem titulares de direitos e obrigações perante a Administração Pública, tendo em vista que, no âmbito das licitações e contratos, somente se admite a apresentação de propostas por pessoas jurídicas regularmente constituídas, com efetivas condições de obrigar-se

contratualmente, e devidamente representados por que de direto, com competência e capacidade para tanto.

De uma maneira geral, entende-se que para suprir as exigências constantes no art. 28, inc. III, da Lei nº 8.666/93, deve a Administração Pública exigir dos licitantes a apresentação do ato constitutivo original (estatuto ou contrato social) com todas as suas alterações posteriores, ou do ato constitutivo devidamente consolidado que consubstancia todas as alterações ocorridas até então.

Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal de Contas da União no seguinte sentido:

"[Relatório de Auditoria de Conformidade. Licitação. Habilitação jurídica. Exigência de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante. Exigência inadequada, não prevista na lei de licitações. Responsáveis que não apresentaram as razões de justificativa. Inviabilizado o exame da eventual exclusão de suas responsabilidades por tais ocorrências. Aplicação de multa. Determinações.]

(...) 2.1.2.1 Exigência inadequada, relativa à habilitação jurídica, não prevista no art. 28 da Lei 8666/93 - Alínea g do subitem 4.11 do edital:

g) [apresentar] certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante, expedida nos últimos 30 (trinta) dias que antecedem a data aprazada para o recebimento dos envelopes.

(...)[VOTO]

2. As irregularidades apontadas no Relatório de Auditoria da Secex/RN foram assim resumidas:

[...] II - inabilitação de empresas participantes da Tomada de Preços 4/2008, em face de exigências inadequadas e ilegais, resultando na restrição à competitividade do certame, especificamente quanto: a) exigência inadequada de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante;

(...)

[ACÓRDÃO] ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. aplicar aos responsáveis [omissis1], [omissis4], [omissis2] e [omissis3] a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, em valores individuais de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), [...];

9.2. autorizar, desde logo (...) a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.3. *encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamentam aos responsáveis, à Prefeitura Municipal de Jandaíra/RN e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE." TCU. Acórdão nº 7.856/2012 - 2ª Câmara.*

Como podemos notar o Artigo 28 da Lei 8666/93 não menciona a "Certidão Simplificada", portanto sua exigência é ilegal, então vejamos o que diz as jurisprudências do Tribunal de Contas da União - TCU, sobre o assunto:

Acórdão 7856/2012 - 2ª Câmara

É indevida a exigência de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante (grifo nosso), por não estar prevista no art. 28 da Lei 8.666/1993.

Acórdão 1778/2015 - Plenário

Certidão simplificada de Junta Comercial estadual não substitui os documentos exigidos para a habilitação jurídica dos licitantes (grifo nosso), uma vez que a possibilidade para permuta documental deve estar prevista em lei, tal como ocorre com o registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, nos termos do art. 32, § 3º, da Lei 8.666/1993

Os precedentes demonstram, portanto, a impossibilidade de requisitar referida certidão e enfatizam que a Certidão Simplificada não substitui os documentos exigidos para a Habilitação Jurídica.

Portanto, o Tribunal de Contas da União - TCU, em suas decisões, orienta aos agentes públicos quanto à formulação dos editais e procedimentos licitatórios, obedecendo a Lei das Licitações 8666/93 e suas alterações posteriores, na preocupação de evitar que se transforme o procedimento licitatório em armadilha, onde relacionou exaustivamente os documentos exigíveis para a habilitação, caso que, não esta sendo obedecido por essa Nobre Comissão Permanente de Licitação.

05. DA MEDIDA LIMINAR 05.1. DO PERICULUM IN MORA E DO FUMUS BONI IURIS

Nobre julgador, a não concessão de medida cautelar suspendendo o processo licitatório em comento acarretará indubitavelmente prejuízos irreparáveis ao Patrimônio Público.

DA PREVISÃO DE MEDIDA CAUTELA NO REGIMENTO INTERNO DO TCM/CE(AINDA EM VIGOR):

"Art. 63. Compete ao Auditor atuar junto à Câmara para o qual for designado, presidindo a instrução dos processos que lhe forem distribuídos na forma estabelecida neste Regimento, e relatando-os com proposta de voto por escrito, a ser votada pelos membros do respectivo Colegiado.

§3º. O Auditor, ao presidir a instrução de seus processos, poderá determinar as medidas previstas no Art. 14 da Lei Orgânica, bem como demais atos instrutórios previstos neste Regimento Interno e demais atos normativos do Tribunal."

Pois bem, o referido Art. 14 da Lei Orgânica do TCM/CE por sua vez prevê:

Art. 14. O Relator presidirá a instrução do processo determinando mediante despacho singular, por iniciativa própria ou atendendo provocação do Órgão de instrução ou do Ministério Público junto

ao Tribunal, o sobrestamento do julgamento, a citação ou a audiência dos responsáveis, ou outras providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos, fixando prazo na forma estabelecida no Regimento Interno, para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Pleno ou à Câmara respectiva para decisão de mérito.

3.2. DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS

3.2.1. Do Item 03.1. Legalidade de Documentos Autenticados por cartório Digital ou Virtual

6. A validação de documentos autenticados por meio digital é um recurso amparado pela Medida Provisória 2.200-2/2001 e apresenta o mesmo valor que a documentação apresentada da maneira convencional.

7. Tais autenticações apresentam um código de autenticação, o qual possibilita a Comissão realizar diligência de modo a conferir a autenticidade dos referidos documentos.

8. Portanto a vedação constante do item 24.11 do edital constitui ilegal, pois invalida documentação amparada pela legislação.

3.2.2. Do Item 03.2. Não Aceitação de Cartão de CNPJ:

9. O cartão do CNPJ não constitui uma certidão de regularidade mas um cadastro. Por ser um cadastro, não há porque existir data de validade por ser válido até o momento em que foi emitido. Um certidão de regularidade, pressupõe a análise de especialistas sobre a documentação, os quais emitem um parecer regular ou não sobre seu teor, carecendo para isso uma margem de segurança de validade para o certificado.

10. O cartão de CNPJ também constitui um documento de consulta pública e de fácil confirmação por qualquer pessoa. O fato de a comissão de licitação ter excluído a empresa aparentemente sem a devida diligência constitui numa medida excessivamente formal, podendo prejudicar a competitividade do processo licitatório.

11. Cumpre ressaltar que o § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 prevê a possibilidade de a Comissão promover diligência caso a informação não esteja esclarecida ou completa:

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 deveria constar originariamente da proposta.

12. Portanto, no caso em comento, entende-se que a desclassificação de empresa pelo cadastro de CNPJ ter sido emitido há mais de 30 dias constitui medida excessivamente formal, passível de rápida confirmação e restritiva à competitividade.

3.2.3. Do Item 04.1. Da vedação à participação de empresas em forma de consórcios, sem justificativas

13. A vedação à participação de empresas em consórcios nos procedimentos licitatórios, embora aceitos, carecem de argumentos sólidos.

14. Existe ainda o entendimento de que, se as circunstâncias concretas indicarem que o objeto apresenta vulto ou complexidade que tornem restrito o universo de possíveis licitantes, fica o Administrador obrigado a prever a participação de consórcios no certame com vistas à ampliação da competitividade e à obtenção da proposta mais vantajosa (Acórdãos 1.417/2008 e 2.304/2009, ambos do Plenário).

15. O TCU analisou relatório de auditoria em que uma das irregularidades apontadas era a vedação à participação de empresas em consórcio em processo licitatório. O Relator registrou em seu voto que **“há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização.** Deve-se analisar com a profundidade que cada empreendimento estará a requerer, por exemplo, o risco à competitividade, as dificuldades de gestão da obra, a capacitação técnica dos participantes, fatos estes que poderão gerar atraso nas obras como um

todo, implicando em grandes prejuízos ao Erário. Outros aspectos deverão dimensionar a complexidade do empreendimento, os riscos de contratação de empresas sem qualificação para a assunção de encargos além de suas respectivas capacidades técnica, operacional ou econômico-financeira, todos esses fatores que estarão a sopesar a decisão que deverá ser tomada pelo gestor'. Tendo em vista todas as variantes que devem ser consideradas para a tomada de decisão, o Relator concluiu, com anuência do Plenário, que 'há que se ponderar para o fato de que **cabe ao gestor definir qual o caminho a tomar relativamente à participação ou não de consórcios, de forma motivada no âmbito do processo licitatório**'. Precedente citado na decisão: Acórdão nº 1.246/2006, do Plenário. (TCU, Acórdão nº 1.165/2012, Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, DOU de 18.05.2012, Informativo nº 106, período de 14 a 18.05.2012.) (MENDES, 2017.) (Grifamos.)

16. O entendimento, portanto, é que, em via de regra, seja admitida a participação de consórcios de empresas nos processos licitatórios. No entanto, é possível que, em alguns casos, que sua presença possa seja danosa à licitação. Mas é preciso que se apresente as justificativas para esta vedação.

17. Ressalte-se que a irregularidade no edital não se encontra na vedação em empresas em consórcio de participar da licitação, mas na ausência de justificativas para tal participação. Dessa forma, o item 3.2.2 do edital, item a, da forma como foi apresentada, constitui irregularidade.

3.2.4. Do Item 04.2. Da exigência de documentos não previstos em lei

Item 4.1.6 - Alvará de Funcionamento, da sede funcional da empresa

18. O Art. 28 da Lei 8.666/93 dispõe que "documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso consistirá em:"

19. Observando que o legislador usou a expressão "conforme o caso", ele dá abertura para outras hipóteses legais, a depender de cada segmento das atividades empresariais. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União se manifestou:

“Para fins de habilitação jurídica, é vedada a exigência de apresentação de alvará de funcionamento sem a demonstração de que o documento constitui exigência do Poder Público para o funcionamento da licitante, o que deve ser evidenciado mediante indicação expressa da norma de regência no edital da licitação. Acórdão 7982/2017-Segunda Câmara.

20. Podemos ver que o TCU deu interpretação à luz do referido artigo 28 da lei 8.666/93, ou seja, a exigência é possível para fins de habilitação jurídica, desde que se comprove que existe uma exigência do Poder Público, admitindo-se neste caso, exigências feitas em norma infralegais. Assim se deu razão à expressão que o legislador utilizou no artigo 28 da lei 8.666/93: “conforme o caso”.

21. Portanto, o alvará de funcionamento só é possível ser exigido para cumprimento da habilitação jurídica, quando houver normas jurídicas de qualquer nível hierárquico do Poder Público que faça outras exigências para uma empresa funcionar. No caso em comento, não se vislumbra tal norma, o que implica que a exigência de tal documento resulte em irregularidade.

22. O mesmo se aplica ao itens **4.2.4.5 - CERTIDÃO SIMPLIFICADA**, emitida pela junta Comercial da sede da empresa licitante, com data de emissão não anterior a 30 (trinta) dias da data da licitação. E **4.2.4.6 - CERTIDÃO ESPECÍFICA** (com todas as alterações e movimentações da empresa), emitida pela junta Comercial da sede da empresa licitante, com data de emissão não anterior a 30 (trinta) dias da data da licitação.

23. O Acórdão 7856/2012 TCU é taxativo nesse entendimento

É indevida a exigência de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante (grifo nosso), por não estar prevista no art. 28 da Lei 8.666/1993. (Acórdão 7856/2012 - 2ª Câmara - Relator Ministro Aroldo Cedraz)

24. No caso em específico, a exigência de tais documentos para qualificação na análise jurídica, configura restrição ao processo competitivo, visto que não há previsão legal que apoie a obrigatoriedade da sua apresentação.

3.3 ACHADOS INDIRETOS DECORRENTES DA ANÁLISE DA CAUTELAR

25. Na análise da cautelar fez-se necessário a verificação se o Tribunal de Contas do Estado tinha competência para analisar a medida cautelar. Entre as análises, procedeu-se à verificação se a fonte dos recursos era proveniente da União, do Estado ou do Município.

26. O Edital apontava para a dotação orçamentária n.2201 15 451 0332 1.025 - Pavimentação de Vias e Logradouros Públicos; Elemento de Despesa: 4.4.90.51.00 - Obras e Instalações; sub elemento de despesa: 4.4.90.51.99, com recursos através dos MAPP'S: 4681 (LOTE I), 4963 (LOTE II), 4538 (LOTE III), consignado no Orçamento Municipal de 2020.

27. Ao se analisar a LOA do ano de 2020, a dotação apresentava o valor de R\$ 554.500,00 (quinhentos e cinquenta e quatro mil e quinhentos reais), o que resulta em recurso insuficiente para a realização da obra.

28. Apesar de não ser claro se a obra possuía convênio com o governo do Estado ou com o Governo Federal, realizou-se uma pesquisa nos portais de transparência dos respectivos órgãos. Localizou-se que a referida obra possui convênio com o governo do Estado nº. 072/CIDADES/2020 (n. SACC 1131835) no valor de R\$ 500.000,00.

29. Ocorre que mesmo somando os recursos do Convênio 072/CIDADES/2020 com o disponível na dotação n.2201 15 451 0332 1.025 - Pavimentação de Vias e Logradouros Públicos (R\$ 1.054.500,00), ainda não haveria recursos suficientes para a realização da obra, orçada em R\$ 4.263.251,39 (quatro milhões, duzentos e sessenta e três mil, duzentos e cinquenta e um reais e trinta e nove centavos).

04.122	Administração Geral	58.000,00	1.724.222,50
04.122.0037	Administração Geral	0,00	1.724.222,50
04.122.0037.2.053	Gestão e Manutenção da Secretaria de Infraestrutura - SELLFRA		3.214.232,50
	FUNCIONAMENTO DA SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA		
04.122.0038	Edifícios Públicos	58.500,00	0,00
04.122.0038.1.024	Construção, Ampliação e Reforma de Prédios Públicos	58.500,00	0,00
	CONSERVAÇÃO, AMPLIAÇÃO E REFORMA DE PRÉDIOS PÚBLICOS MUNICIPAIS		
15.451	Orçamento	1.184.000,00	1.165.500,00
15.451.0332	Infra-estrutura Urbana	158.500,00	0,00
15.451.0332.1.025	Vias e Logradouros Urbanos	158.500,00	0,00
	PAVIMENTAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS		
	PAVIMENTAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS		
15.542	Controle Ambiental	0,00	1.165.500,00
15.542.0336	Serviços de Limpeza Urbana	0,00	1.165.500,00
15.542.0336.2.056	Manutenção, Conservação e Limpeza de Vias e Logradouros Públicos		1.165.500,00
	CONSERVAÇÃO, LIMPEZA DE VIAS E DE LOGRADOUROS PÚBLICOS		
15.613	Lazer	579.500,00	0,00
15.613.0021	Lazer	579.500,00	0,00
15.613.0021.1.026	Construção, Ampliação e Reforma de Praças e Áreas de Lazer	579.500,00	0,00
	CONSTRUÇÃO E AMPLIAÇÃO DE PRAÇAS E ÁREAS DE LAZER		
	Lazer		
17	Saneamento	644.500,00	50.000,00

Figura 1: Página da Lei Orçamentária Anual do Exercício de 2020 do município de Morada Nova, Destaque para Dotação Orçamentária n. 15.451.0332.1.025 da Secretaria de Infraestrutura.

Concedente SECRETARIA DAS CIDADES		Unidade SECRETARIA DAS CIDADES		Secretaria SECRETARIA DAS CIDADES	
Data publicação no portal 14/08/2020	Data publicação no DIOE 26/08/2020	Data de assinatura 14/08/2020	Data de término 14/08/2021		
Valor inicial total R\$ 570.459,38	Valor cancelamento de restos a pagar R\$ 0,00				
Valor inicial de repasse do concedente R\$ 500.000,00	Valor inicial da contrapartida do convenente/beneficiário R\$ 70.459,38				
Valor atualizado de repasse do concedente R\$ 500.000,00	Valor atualizado da contrapartida do convenente/beneficiário R\$ 70.459,38		Valor atualizado total R\$ 570.459,38		
Valor empenhado R\$ 0,00	Valor pago R\$ 0,00				

Figura 2: Detalhe do Convênio 072/CIDADES/2020 firmado entre o Governo do Estado do Ceará e o município de Morada Nova para a Pavimentação em Paralelepípedo na Rua Pedro Martins da Costa e Rua Francisco Ferreira Nobre no Distrito de Boa Água, município de Morada Nova

3.4. DA MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA

30. Em análise preliminar, cabe registrar que, conforme o doutrinador Humberto Theodoro Jr. a medida cautelar é a “providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse do litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal”.

31. Nesse sentido, traz-se trecho de Decisão do STF esclarecedor que comenta acerca dos pressupostos de uma medida cautelar, caracterizando-a como ato provisório e não definitivo:

“[...] As medidas antecipatórias e cautelares, **por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório**, a respeito da controvérsia, devem ser confirmadas (ou, se for o caso, revogadas) pela sentença que julgar o mérito da causa, podendo, ademais, ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, inclusive pelo próprio órgão que as deferiu. [...]” (AC 2718 MC, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe-184 30/09/2010)

32. Assim, observando a competência desta Corte de Contas e dos pressupostos de uma medida cautelar, esta diretoria se manifesta nesta instrução, especificamente, acerca do pedido para suspensão do procedimento licitatório ou de atos decorrentes dele.

3.4.1. Da fumaça do bom direito

33. Extrai-se pela análise dos argumentos apresentados pela requerente referente ao pedido de impugnação que há indícios de irregularidade na **CP-002/2020-SEI/2020**, uma vez que se verificou a existência de irregularidades nas normas do edital, acarretando decisões com vícios de origem, que podem prejudicar a competitividade do processo licitatório.

34. Pelos pontos elencados no item 3.2, conclui-se pela irregularidade no procedimento licitatório **CP-002/2020-SEI/2020** da Prefeitura Municipal de Morada Nova, atendendo-se ao requisito da fumaça do bom direito.

3.4.2. Do perigo na demora

35. Levando em consideração a **EXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO CP-002/2020-SEI/2020** acima descritas, que podem acarretar: contratação não isonômica, antieconômica, a existência de critérios subjetivos de julgamento, e considerando a previsão para recebimento e abertura de documentos de habilitação e de propostas técnica e de preços no dia 21/09/2020, e em pesquisa empreendida no Portal de Licitações deste tribunal em 13/10/2020, essa unidade instrutiva constatou que o processo licitatório encontra-se em andamento, **conclui restar atendido o requisito do perigo na demora.**

3.4.3 Do Processo em tramitação referente ao mesmo procedimento licitatório

36. Consta em tramitação no presente Tribunal, o processo n.35659/2020-4, solicitando medida cautelar, acerca do mesmo processo licitatório **CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº CP-002/2020 - SEI/2020** do mesmo município. Embora se refiram à mesma licitação, o teor da solicitação era distinto, bem como a espécie processual, enquanto o presente processo trata-se de Representação, o n.35659/2020-4 trata-se de uma Denúncia.

4. CONCLUSÃO

37. Ante o exposto, a **Diretoria de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Meio Ambiente**, no uso de suas atribuições regulamentares, em especial ao disposto no inciso IV, do §2º, do art. 91 do Regimento Interno, **ressalta que o presente documento** reúne o conteúdo examinado neste processo e **corresponde à opinião da unidade técnica sobre a matéria, a qual CONCLUI** estar configurada na presente representação, a possível irregularidade alegada pelo interessado, pois estão demonstrados os pressupostos necessários para a concessão da medida cautelar, ou seja, a fumaça do bom direito e o perigo na demora, conforme análise feita na seção 3 deste certificado, sugerindo o atendimento do requerimento.

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

38. No ensejo, **submete ao juízo deliberatório do Relator competente, sugerindo**, de acordo com os fatos, argumentos, dados e evidências apresentados, **que:**

38.1. seja **ADMITIDA** a presente Representação, diante do preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993;

38.2. seja **DEFERIDA** a medida cautelar pleiteada prevista no art. 21-A da LOTCE e no art. 16 do Regimento Interno desta Corte, **determinando ao Sr. José Vanderley Nogueira, Prefeito de Morada Nova/CE, ao Sr. José Marcondes Nobre de Oliveira, Ordenador de Despesa, e à Sra. Aline Brito Nobre, Presidente da Comissão de Licitação**, que suspendam o procedimento licitatório CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº CP- 002/2020 - SEI/2020, na fase em que se encontra, e, se a licitação já houver sido ultimada, não seja celebrado o respectivo contrato, até deliberação ulterior desta Corte de Contas, tendo em vista restar caracterizado os pressupostos básicos da Fumaça do Bom Direito e do Perigo da Demora;

38.3. **ASSINAR PRAZO**, nos termos do inciso IV do art. 15 do Regimento Interno deste Tribunal, para que os responsáveis pelos procedimentos da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº CP- 002/2020 - SEI/2020 da Prefeitura de Morada Nova, Srs. **José Vanderley Nogueira, Prefeito de Morada Nova/CE, José Marcondes Nobre de Oliveira, Ordenador de Despesa, e a Sra. Aline Brito Nobre, Presidente da Comissão de Licitação**, prestem os necessários esclarecimentos sobre a matéria abordada na presente Representação e neste certificado, para fins de análise conclusiva de mérito por este Tribunal, e;

38.4. caso não seja possível a comprovação da comunicação aos aludidos responsáveis pelas modalidades indicadas nos incisos I e II, do art. 20-C, da Lei nº 12.509/1995, alterada pela Lei nº 17.209, de 15 de maio de 2020, seja autorizada desde já, com base nos princípios da eficiência e da economia processual, a adoção, no que couber, das formas de comunicação utilizadas no processo civil, observado o disposto no regimento interno, conforme autorizado pelo parágrafo 2º, do mencionado artigo.

Diretoria de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Meio Ambiente da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Fortaleza, 13 de outubro de 2020.

Assina(m) digitalmente este documento:

Érico de Holanda Barroso
Analista de Controle Externo
Mat. 1568-7

Harisson Marques Cardoso
Diretor de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Meio Ambiente
Mat. 1135-6