



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

Assunto: Análise jurídica do Edital para contratação de serviços funerários.

Vem a esta Assessoria Jurídica, solicitação da Comissão Permanente de Licitação, para análise da minuta de Edital relativa a contratação de serviços funerários. Primeiramente, cumpre informar que se faz necessário indicar o Decreto Municipal nº 36/2017, que trata do Sistema de Registro de Preços no âmbito do Município de Soure, posto que o Decreto Federal nº 7.892/2013 obriga, única e exclusivamente a União, em atenção à autonomia político-administrativa concedida aos Municípios pela Constituição Federal.

Cabe esclarecer, primacialmente, que os procedimentos de aquisição pública, seja de serviços ou de bens, visam sempre a melhor proposta para a Administração e, dentro desse foco, alguns itens do Edital podem gerar desclassificação ou descredenciamento por formalidade excessiva. O Tribunal de Contas da União já se manifestou nesse sentido:

O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais. (Decisão TCU nº 695/1999)

Tem-se que, no item 11.4.2 há vedação para que empresas que estejam sob falência e recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, concordata ou insolvência, em processo de dissolução ou liquidação, estariam proibidas de participar do Certame. Entretanto, tal regra conflita com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual nos ensina:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE

Assessoria Jurídica

COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.

3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018)

Portanto, a cláusula acima é restritiva à concorrência no certame e deve ser expurgada do Edital, devendo haver, em caso de participação de empresa em falência ou recuperação judicial, análise acerca da viabilidade econômica da licitante em tais condições. Quanto ao item 11.4.8, deve-se constar, nos autos do procedimento licitatório, a razão pela qual a Administração Pública vetou participação de Consórcios nos procedimentos licitatórios. O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

Relatório de Auditoria do Tribunal tratou das obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF), especificamente do Lote 5, do Edital de Concorrência nº 12011/2011, realizada pelo Ministério da Integração Nacional - (MI). Uma das irregularidades apontadas foi a restrição à participação de empresas em consórcio. Segundo o MI, "a participação de empresas sob a forma de consórcio envolveria a discricionariedade da Administração", sendo que, conforme precedente jurisprudencial do TCU, "o juízo acerca da admissão ou não de empresas consorciadas na licitação dependerá de cada caso concreto". Ao concordar com a alegação apresentada, 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". Deveria ser analisada, portanto, a situação de cada empreendimento, a partir de suas variáveis, tais quais o risco à competitividade, as dificuldades de gestão da obra e a capacitação técnica dos participantes. Diante disso, a partir do que fora examinado pela unidade instrutiva, para o relator, **"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"**. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 1246/2006, do Plenário. (Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, TC 037.773/2011-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012.)

Portanto, a recomendação, no caso em apreço, é pela existência de justificativa, por parte da Administração, no que concerne ao veto de empresas, reunidas em consórcio, participarem do procedimento licitatório. Inexistindo tal justificativa, a possibilidade de licitantes consorciados participarem do Certame deve prevalecer.

O item 11.4.17 do Edital assevera que não será aceita a participação de licitante que não apresentar declaração de superveniência de fato impeditivo. O TCU já consagrou entendimento de que tal documento não pode ser objeto de pedido em processos licitatórios, quanto mais significar a desclassificação de um participante, nos seguintes termos:

9.5.5. se abstenha de incluir em seus editais, exigências que não tenham amparo legal, a exemplo da apresentação da declaração de inexistência de fatos impeditivos, fazendo cumprir rigorosamente o disposto no art. 32, § 2º, da lei 8.666/93 com as interpretações pacíficas sobre o referido dispositivo, encontradas na doutrina e na jurisprudência desta Corte; (item 9.5.5, TC-016.026/2009-1, Ac. 5.903/2010-2ª Câm., DOU de 13.10.2010)



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

Ressalte-se que o mesmo raciocínio se aplica às declarações constantes dos itens 11.4.19 e 11.4.20, posto que não possuem previsão na Lei nº 8.666/1993 e, como será melhor explicado mais à frente, não se pode aumentar o rol de documentos de habilitação, visto que este é taxativo e unicamente estabelecido pela Lei de Licitações.

Nos itens que tratam da proposta, percebe-se a indicação de uma avaliação absolutamente formalista, o que nos leva a crer que propostas que não estiverem em conformidade com os requisitos estabelecidos no Edital, seriam sumariamente desclassificadas. Frise-se que a licitação não é um fim em si mesma e, sim, um meio para que a Administração Pública alcance a proposta mais vantajosa. Neste esteio, o Tribunal de Contas da União já sedimentou o seguinte entendimento:

Representação apresentada por licitante apontou possíveis irregularidades na concorrência 04/2017-CC, do tipo menor preço, conduzida pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas no Estado do Pará (Sebrae/PA) para reforma de seu edifício-sede. A principal ocorrência examinada foi a desclassificação da representante, que ofertara a proposta mais vantajosa. A comissão de licitação do Sebrae fundamentou sua decisão no fato de a empresa representante não ter apresentado a composição de preço unitário referente ao serviço "rodapé de 15 cm", cujo valor correspondia a menos de 0,5% do total da proposta. A relatora do feito, apesar de considerar que as condutas dos responsáveis não eram graves o suficiente para apená-los, consignou não ter encontrado "nas defesas apresentadas, em virtude das audiências e oitivas, razões suficientes a justificar tal proceder do Sebrae/PA, a não ser excessivo rigor e formalismo no exame da proposta da [representante] e inconsistências/equívocos no procedimento licitatório referente à concorrência 4/2017". Ao tratar do recurso administrativo interposto pela empresa representante em decorrência da sua desclassificação, a relatora observou que o parecer jurídico da entidade "equivocadamente registrou que a proposta de preços da empresa omitiu o valor do subitem 10.5, erro substancial que impede a validação do valor global ofertado e fundamenta a desclassificação da licitante no certame, sendo que na verdade a única ausência era a da composição de preços unitários do subitem". Conforme verificado pela relatora, o citado subitem 10.5 constava da proposta da licitante desclassificada, estando ausente somente a composição do seu preço unitário. Para ela, em conclusão, "não há como acolher o posicionamento do Sebrae/PA no sentido de que se tratava de omissão insanável e de que diligência em qualquer tempo resultaria necessariamente em novas propostas, com violação ao §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993 e ao princípio da isonomia", pois diligência objetivando "a apresentação pela citada empresa da composição de preços para subitem de pouquíssima relevância em momento algum feriria a Lei de Licitações. Ao contrário, buscaria cumprir seu art. 3º na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, posto que a proposta da [representante]



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

foi menor em R\$ 478.561,41 em relação à da empresa contratada". Ao acolher o voto da relatora, o Plenário julgou procedente a representação e fixou prazo para o Sebrae/PA anular o contrato, além de "dar ciência ao Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Pará que a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência afronta o interesse público e contraria a ampla jurisprudência deste Tribunal de Contas da União". (Acórdão 2239/2018 Plenário, Representação, Relator Ministra Ana Arraes.)

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - Administração Regional de Pernambuco (Senac/PE), relacionadas à Concorrência 001/CPL/2017, cujo objeto era a "execução de reforma com acréscimo de área da unidade Senac Jaboatão dos Guararapes". A representante alegou que fora desclassificada do certame em razão de divergência, na proposta de preços, entre os valores unitários de quatro itens de serviços e suas respectivas composições detalhadas de custos, o que, segundo ela, "caracterizaria critério meramente formal, em desacordo, portanto, com a jurisprudência do TCU e com os princípios da legalidade, da economicidade e da ampla competitividade". Em seu voto, o relator ressaltou que, "tomando-se como referência e mantido o valor global oferecido" pela representante, "as constatadas divergências de valores entre suas propostas de preços e respectivas composições detalhadas de custos se resolvem exclusivamente pela retificação dessas composições, sem necessidade de modificações ou ajustes em quaisquer dos valores lançados nas propostas de preços a título de valores unitários, totais por subitem, totais por item". Para o relator, o excessivo rigor da comissão de licitação do Senac/PE ao decidir pela desclassificação da proposta de preços vantajosa apresentada pela representante, sem antes lançar mão da possibilidade de saneamento da falha detectada, enseja a nulidade dessa decisão, "por afronta aos princípios da razoabilidade, da ampla competitividade dos certames e da busca de economicidade nas contratações". De acordo com o relator, sua conclusão "não se fundamenta na Lei 8.666/1993, mas em princípios gerais de licitação, em especial naqueles três citados logo acima, dos quais, segundo jurisprudência pacífica do TCU, as entidades do Sistema S não podem se esquivar". Além disso, entendeu pertinente que a anulação apontada como necessária se estendesse a todas as licitantes desclassificadas, devendo a comissão de licitação do Senac/PE, se optar pela continuidade do certame, proceder ao reexame de todas as propostas de preço que lhe foram apresentadas à época. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar procedente a representação, sem prejuízo de fixar prazo para o Senac/PE adotar, no âmbito da Concorrência 001/CPL/2017, as providências necessárias à "anulação do ato de desclassificação das empresas licitantes e dos demais atos dele decorrentes, retornando, no caso de optar pela continuidade da licitação, à fase de avaliação das propostas, dessa feita sob a ótica do entendimento jurisprudencial adotado como razões de decidir na presente Representação, informando ao TCU as medidas adotadas". (Acórdão 2742/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz.)

Portanto, ante a jurisprudência pacificada do Tribunal de Contas da União, indica-se ao Pregoeiro que interprete a cláusula no sentido de avaliar, em cada caso, se



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

a eventual falha na proposta é passível de correção, devendo sempre considerar a necessidade da Administração em obter a proposta mais vantajosa.

Ademais, o rol de documentos necessários à habilitação dos licitantes está disposto nos arts. 27 à 31 da Lei nº 8.666/1993. Portanto, a necessidade de assinar uma declaração de inexistência de fato impeditivo, por exemplo é, por si só, desarrazoada e fora da melhor interpretação da Lei nº 8.666/1993, razão pela qual, também, deverá ser retirada do Edital, o mesmo se aplicando à qualquer outro documento que não esteja previsto no rol da Lei nº 8.666/1993.

Assim, tem-se que o rol de documentos de habilitação inserto nos arts. 27 à 31 da Lei nº 8.666/1993 é taxativo, o que impossibilita a cobrança, no Edital, de requisitos de habilitação diversos, mesmo que transmutados e retirados do rol indicativo do Edital. O fato é que, dentro da redação editalícia, provavelmente a ausência dessas declarações significará, senão a inabilitação de um licitante, a desclassificação de sua proposta, gerando, de toda forma, vício à competitividade do certame licitatório, aplicando-se também às declarações insertas nos itens 21.4.2, 21.4.3 e 21.4.5.

O Tribunal de Contas da União é uníssono ao afirmar:

Abstenha-se de exigir a apresentação de certidões negativas de infrações trabalhistas, de infrações à legislação de proteção à criança e ao adolescente, de feitos trabalhistas de 1ª e 2ª instâncias e de débito salarial, todas emitidas pelo Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE); bem assim de protestos (Registro Geral de Imóveis, Tributos e Documentos, Pessoa Jurídica e Protestos), expedida pelo Cartório de Protestos da sede e, se houver, da(s) filial(is) do licitante, destituída de previsão legal que a ampare, extrapolando o rol taxativo traçado pela Lei nº 8.666/1993. (Acórdão TCU nº 3.197/2010 - Plenário)

É irregular a inabilitação ou a desclassificação de empresa licitante por não ter indicado os seus dados bancários, pois tal informação, além de não estar prevista no rol taxativo dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993, que estabelecem os documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação, pode ser obtida mediante simples diligência.

O Tribunal apreciou recursos de reconsideração interpostos em face do Acórdão 1.709/2015 Primeira Câmara, mediante o qual, no âmbito das contas ordinárias do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro (IFTM), exercício de 2000, julgara irregulares as contas dos responsáveis, aplicando-lhes a multa do art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992. A irregularidade consistira na desclassificação indevida de



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

empresa que oferecera melhor proposta no âmbito de concorrência para a contratação de serviços de reforma e ampliação, orçados em R\$ 3.496.478,22, pelo fato de não ter indicado os dados bancários, exigência consignada no edital. Reafirmando os fundamentos do acórdão recorrido, o relator asseverou, seguindo o representante do MPTCU, que *“a Lei 8.666/1993 contempla rol taxativo de documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação das licitações, dentre os quais não se inclui a indicação de dados bancários”*. Além disso, prosseguiu, *“seria razoável esperar conduta diversa dos membros da comissão de licitação, que permitiram a desclassificação da proposta mais vantajosa para a Administração em razão de uma falha formal que poderia ser sanada mediante simples diligência”*. Acompanhando o voto do relator, o Colegiado conheceu dos recursos para, no mérito, negar-lhes provimento. **Acórdão 5883/2016 Primeira Câmara, Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Bruno Dantas.**

Portanto, as declarações que não estão no rol taxativo da Lei nº 8.666/1993 não podem ter poder de inabilitar qualquer licitante ou, ainda, de desclassificar suas propostas.

Dentro desse prisma, percebe-se, no Edital, documentos que estão fora do rol taxativo acima evidenciado, tais quais:

- a) Certidão do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS);
- b) Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa;
- c) Lista de inidôneos (CADICON), mantida pelo TCU;
- d) Certidão específica da Junta Comercial, bem como de inteiro teor;

Portanto, tendo em vista a jurisprudência e interpretação legal dominante, os itens são excessivos e significam cláusulas restritivas à competitividade do Certame.

Frise-se que, inobstante não constar no rol taxativo, a consulta, pelo Pregoeiro, acerca de condenações por improbidade administrativa e inidoneidade declarada, além de eventual pena de suspensão temporária o que, observado no caso em espécie, obviamente acarretará na inabilitação do Licitante, mas tais certidões nunca podem ser requeridas no rol de documentos de habilitação.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

No que concerne à qualificação técnica, tem-se que a parte final do item 19.1.2.2 é ilegal. Explica-se. Não há qualquer imperativo legal que obrigue a apresentação de atestado de capacidade técnica em conjunto com as Notas Fiscais. Os Tribunais Pátrios já decidiram dessa maneira:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR AS SANÇÕES IMPOSTAS E IMPEDIR A SUSPENSÃO DO CREDENCIAMENTO DA IMPETRANTE DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES.

Não é lícito à Administração Pública fazer exigência que a lei não faz (artigo 30, II, da lei nº. 8.666/93). Sendo assim, a vinculação de comprovação da capacidade técnica por meio de apresentação das respectivas notas fiscais traduz-se ilegal e desarrazoada, violando direito líquido e certo do impetrante. (TJAC Tribunal Pleno, MS nº 5011276320108010000/AC, rel. Juiz Arquilau de Castro Melo, de 13/04/2011)

Portanto, resta consignado que, apenas quando houver fundada dúvida acerca da veracidade dos Atestados de Capacidade Técnica apresentados, caberá ao pregoeiro, através de diligência, solicitar documentos que comprovem a real existência daquela relação contratual havida, posto que, no Estado de Direito brasileiro, prima-se pelo princípio de que a boa-fé é presumida.

Afora estes pontos, verifica-se total cumprimento ao disposto no art. 40 da Lei nº 8.666/1993, com os requisitos indicados nos incisos do referido texto legal.

É o parecer, S.M.J.

Soure (PA), 22 de janeiro de 2021.

Ely Benevides de Sousa Neto
Assessor Jurídico – OAB/PA 12.502