

CONCORRÊNCIA Nº 251/2019 - PMBC

Objeto: Contratação de empresa ou consórcio de empresas para a execução dos serviços e obras de dragagem e aterro hidráulico com terraplenagem para o preenchimento artificial com areia na Praia Central de Balneário Camboriú - SC, incluindo a realização dos serviços e operações necessárias e suficientes à entrega final do objeto, na forma do projeto básico, projeto executivo e demais documentos que integram o processo licitatório.

JULGAMENTO DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

I - RELATÓRIO

Tratam-se dos recursos administrativos interpostos pelas licitantes **ENTERPA ENGENHARIA LTDA.**¹, inscrita no CNPJ sob o nº 47.892.906/0001-21; **VAN OORD SERVIÇOS DE OPERAÇÕES MARÍTIMAS LTDA.**², inscrita no CNPJ sob o nº 30.276.927/0001-10; **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA**³, formado pelas empresas Dragabras Serviços de Dragagem Ltda., inscrita no CNPJ nº 08.202.938/0001-04, e Ster Engenharia Ltda., inscrita no CNPJ nº 33.048.240/0001-15; e **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL**⁴, formado pelas empresas DTA Engenharia Ltda., inscrita no CNPJ nº 02.385.674/0001-87, e Jan de Nul do Brasil Dragagem Ltda., inscrita no CNPJ nº 08.651.815/0001-42, em face da decisão proferida pela Comissão Permanente de Licitação, que as declarou inabilitadas no processo licitatório em epígrafe.

A **ENTERPA ENGENHARIA LTDA.** foi inabilitada por falta de condição de participação, conforme determina o subitem 9.4.3 do edital, em razão de duas condenações que ensejaram a proibição de contratar com o Poder Público, com fulcro no art. 12 da Lei nº 8.429/1992; e também foi inabilitada com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital, em razão de ter apresentado garantia bancária em desacordo com o subitem 6.1.3, alínea "d", do edital e com o art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993.

A **VAN OORD SERVIÇOS DE OPERAÇÕES MARÍTIMAS LTDA.** foi inabilitada com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital, em razão de não ter apresentado atestado de capacidade técnica que atendesse a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital.

O **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA** foi inabilitado com fulcro no subitem 9.7, alínea "a" c/c 3.7, alínea "e", do edital, em razão de a Ster Engenharia Ltda. não ter apresentado as demonstrações financeiras exigidas no subitem 6.1.3, alínea "c", do edital.

O **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** foi inabilitado com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital, em razão de não ter apresentado atestado de capacidade técnica que atendesse a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital.

Todas as licitantes recorreram, requerendo fosse reconsiderada a decisão que as inabilitou.

Comunicado às demais licitantes na forma prevista no subitem 11.5 do edital, impugnam os recursos o **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA**^{5 6 7}, requerendo fosse mantida a inabilitação das demais licitantes, e o **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL**⁸, no qual pugna pela manutenção da decisão que inabilitou as demais licitantes.

É o relatório. Passa-se ao julgamento.

II - ADMISSIBILIDADE

Verifica-se que os recursos foram apresentados tempestivamente, por meio de instrumento e forma adequados, objetivando a reforma da decisão exarada pela Comissão Permanente de Licitação, não havendo fato impeditivo para o pleito, restando, portanto, atendidos aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual o conhecimento dos mesmos é medida que se impõe.

III – MÉRITO

1) Quanto ao recurso da ENTERPA ENGENHARIA LTDA.

Inicialmente, denota-se que a recorrente foi inabilitada com fulcro no subitem 9.4.3, por falta de condição de participação, em razão de a mesma ter sido condenada à proibição de contratar com o Poder Público pelo Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, e também com fulcro no subitem 9.7, alínea “a”, em razão de ter apresentado garantia bancária em desacordo com o subitem 6.1.3, alínea “d”, do edital e com o art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993.

Preliminarmente, **cumprir destacar que a alegação da recorrente de que todas as demais licitantes foram inabilitadas por falta de aptidão técnica não procede**, visto que o CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER foi inabilitado em razão do não atendimento dos requisitos de qualificação econômico-financeira.

Visto isso, passamos ao mérito.

a) Quanto à inabilitação por falta de condição de participação

No tocante à inabilitação da recorrente por falta de condição de participação, com fulcro no subitem 9.4.3 do edital, extrai-se da ata da retomada da sessão de abertura e julgamento da habilitação (fls. 3.922/3.926-V):

Quando da verificação da condição prévia ao exame da habilitação, na forma prevista no subitem 9.4 do edital, o resultado da Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União, conforme previsto no subitem 9.4 do edital, acusou a existência de registros em nome da licitante no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade. O documento obtido quando da pesquisa (fls. 3.849/3.849-V) apresenta a seguinte informação:

Resultado da consulta: Constam Registros

Existe(m) o(s) processo(s) a seguir para a empresa consultada: 10012088920148260073, 00085355620008260053

Para acessar a certidão original no portal do órgão gestor, clique [AQUI](#).

Pesquisando junto ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, a CPL apurou que o processo autuado sob o nº 1001208-89.2014.8.26.0073 diz respeito a uma ação de responsabilidade civil por ato de improbidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Enterpa Engenharia Ltda. e outros.

A referida ação foi julgada em primeiro e segundo grau e a Enterpa Engenharia Ltda. foi condenada à proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos, além de multa.

Ainda no sítio eletrônico do TJSP, foi possível verificar que o processo autuado sob o nº 0008535-56.2000.8.26.0053 também diz respeito a uma ação de responsabilidade civil por ato de improbidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Enterpa Engenharia Ltda. e outros.

Esta ação também foi julgada em primeiro e segundo grau e assim como a primeira, ensejou a condenação da Enterpa Engenharia Ltda. à proibição de contratar com o Poder Público.

Diante deste cenário, a CPL consultou a Procuradoria-Geral do Município de Balneário Camboriú por meio do Memorando 19.274/2020 (fls. 3.757/3.757-V), tendo a procuradoria respondido aos quesitos nos termos abaixo:

PERGUNTA 1: Existe condenação que impeça a ENTERPA ENGENHARIA LTDA. [...] de contratar com o Poder Público ou participar de licitação?

RESPOSTA: Sim. Tendo em vista que os recursos especial e extraordinário (já interpostos e ainda não analisados) não possuem efeito suspensivo automático, bem como que não consta dos autos de ambos os processos a existência de decisão judicial que lhes confira tal efeito, pode-se concluir que as condenações de proibição para contratar com o Poder Público proferidas nas ações judiciais suprarreferidas passaram a produzir os seus efeitos a partir das datas de publicação dos seus respectivos acórdãos. Inclusive porque, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1523385/PE, j. em 13/09/2016), a aplicação da penalidade de proibição de contratar com o Poder Público prevista no art. 12 da Lei n.º 8.429/1992 não depende do trânsito em julgado da sentença condenatória, diferentemente da imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos, que, nos termos do art. 20 da mesma lei, depende expressamente do referido evento processual;

PERGUNTA 2: A mera presença de registro em nome da empresa quando da Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica do TCU enseja a proibição da mesma participar de licitações com este Município?

RESPOSTA: O banco de dados público organizado com informações relativas à existência de atos de proibição de contratar com a Administração Pública tem por objetivo facilitar o acesso do Poder Público e demais interessados a tais informações. No entanto, a efetiva proibição sempre decorrerá de ato decisório praticado no âmbito de processo judicial ou administrativo;

PERGUNTA 3: As sentenças e/ou acórdãos das ações citadas anteriormente transitaram em julgado?

RESPOSTA: Não. Conforme relato supra, ambos os processos judiciais encontram-se em fase de exame de admissibilidade dos recursos especial e extraordinários interpostos, os quais não possuem efeito suspensivo;

PERGUNTA 4: As decisões proferidas nos processos nº 0008535-56.2000.8.26.0053 e nº 1001208-89.2014.8.26.0073, promovidas pelo MPSP, produzem algum efeito parcial ou provisório que impeça a ENTERPA ENGENHARIA LTDA. de participar nesta licitação?

RESPOSTA: Sim, conforme já esclarecido acima.

Dessa forma, considerando que, conforme a manifestação da Procuradoria-Geral do Município, os acórdãos proferidos nos processos autuados sob os números nº 1001208-89.2014.8.26.0073 e nº 0008535-56.2000.8.26.0053 impedem a ENTERPA ENGENHARIA LTDA. de contratar com o Poder Público, ficando a mesma **INABILITADA** por falta de condição de participação, com fulcro no subitem 9.4.3 do edital.

O subitem 9.4 do edital estabelece:

9.4. Como condição prévia ao exame da documentação de habilitação da licitante, a Comissão Permanente de Licitação verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação, mediante consulta aos seguintes cadastros:

- a) Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS;
- b) Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP;
- c) Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade.

Foi durante a verificação acima, realizada por meio da Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União – TCU⁹, que compila os dados dos cadastros acima, **que foram encontrados os dois registros em nome da recorrente (fls. 3.849/3.849-V) que levaram à apuração das condenações que ensejaram a inabilitação por falta de condição de participação nos termos do subitem 9.4.3 do edital:**

9.4.3. Constatada a existência de sanção ou causa de impedimento, a Comissão Permanente de Licitação reputará a licitante inabilitada, por falta de condição de participação.

Em suas razões (fls. 3.954/3.992), a recorrente sustenta que ambos os processos não transitaram em julgado, pendendo recurso especial e extraordinário junto ao Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF, motivo pelo qual defende que as condenações ainda não produziram efeitos, arguindo que a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) é omissa quanto ao momento em que deve ser imposta a sanção de proibição de contratar.

A recorrente invoca o art. 5º, LVII, da CRFB/1988 e alega que na sessão realizada em fevereiro, anulada pelo Despacho Decisório de Anulação Parcial da Licitação proferido no dia nove de março de 2020 (fls. 2.561/2.562), foram verificados os registros destes processos e que estes não foram considerados fatores impeditivos para sua participação.

Citou ainda o parecer exarado pela Procuradoria Geral do Município, no qual o parecerista, naquela oportunidade, manifestou o entendimento de que não haveria óbice para a participação da recorrente em razão de os dois processos não terem transitado em julgado (fls. 2.429/2.431-V).

Na sequência, aduz que a Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica no sítio eletrônico do TCU informa a existência de registros e não de sanção que impeça a sua participação no certame e que não há qualquer sanção lançada em nome da recorrente nos cadastros indicados no edital.

Ao final, alega que houve excesso por parte da Comissão Permanente de Licitação quando a inabilitou com base na existência de ações e até mesmo de condenações, em razão de não ter havido o trânsito em julgado dos respectivos acórdãos.

Em apertada síntese, estas são as razões do recurso.

Comunicado às demais licitantes na forma prevista no subitem 11.5 do edital, o **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA** e o **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** impugnam o recurso.

O **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA** defende a manutenção da inabilitação sob o fundamento de que as duas decisões que condenaram a recorrente à proibição de contratar com o Poder Público já produzem efeitos e não dependem do trânsito em julgado, informando que este é o entendimento adotado pelo STJ.

Prossegue aduzindo que a interposição dos recursos especial e extraordinário não implicam no efeito suspensivo automático e que não há nos processos nenhum ato que confira aos recursos o efeito suspensivo, de modo que os efeitos da condenação se operam de imediato.

Por sua vez, o **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** sustenta que a inabilitação da recorrente foi correta em razão de não haver nos processos decisão que conceda efeito suspensivo e que a aplicação analógica da presunção de inocência não se aplica no caso em tela em razão de a esfera administrativa não se confundir com a esfera penal em que essa garantia persiste até o trânsito em julgado.

Ao final que diferente da condenação à perda de função pública, a proibição de contratar com o poder público é reconhecida STJ.

Em suma, são estas as razões apresentadas em sede de impugnação ao recurso.

Pois bem, em um primeiro momento, é oportuno avaliar que se tratam os registros encontrados pela Comissão Permanente de Licitação quando da verificação prévia do subitem 9.4 do edital.

O primeiro registro diz respeito à Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, autuada sob o nº 1001208-89.2014.8.26.0073, da 2ª Vara Cível da Comarca de Avaré – SP, na qual foi proferida sentença condenando a recorrente, entre outras penas, à proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos (fls. 4.032/4.037-V):

ANTE O EXPOSTO, julgo parcialmente procedente a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, a fim de CONDENAR:

[...] 3) **ENTERPA ENGENHARIA LTDA. nas seguintes sanções previstas no inciso III, do art. 12, da Lei nº 8.429/92:** a) pagamento de multa civil equivalente a 20 vezes a remuneração percebida pelo ex-prefeito em janeiro de 2011, corrigida desde então e até o efetivo pagamento; **b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, também pelo prazo de 3 anos;** [grifou-se]

A r. sentença foi confirmada pelo TJSP em abril de 2019, quando a 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação, mantendo a decisão de primeiro grau em seus exatos termos (fls. 4.038/4.044-V).

O segundo registro diz respeito à Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, autuada sob o nº 0008535-56.2000.8.26.0053, da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo – SP, na qual a recorrente também foi condenada à proibição de contratar com o Poder Público (fls. 4.045/4.061-V):

[...] Por fim, **condeno a ENTERPA ENGENHARIA S/A a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de três anos,** [grifou-se]

A r. sentença foi confirmada pelo TJSP em junho de 2019, quando a 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso de apelação, mantendo incólume a decisão de primeiro grau (fls. 4.062/4.068-V).

Foram interpostos recursos extraordinário e especial em face de ambos os acórdãos, ainda não julgados pelas instâncias superiores.

Bom, **a existência destas condenações não foi contestada pela recorrente** e a controvérsia gira em torno dos efeitos das decisões judiciais que condenaram a recorrente à proibição de contratar com o Poder Público na forma do art. 12 da Lei de Improbidade Civil e se é necessário aguardar o trânsito em julgado para que se cumpram as sentenças.

Para a recorrente, as decisões somente produziram efeitos após o trânsito em julgado, de modo que sua inabilitação por falta de condição de participação seria incorreta.

No entanto, tal argumento não merece guarida.

Isso porque a Lei de Improbidade Administrativa prevê que apenas a imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos exigem o trânsito em julgado da sentença condenatória, **sendo omissa no que diz respeito à proibição de contratar com o Poder Público.**

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, ao analisar os efeitos atribuídos ao recurso de apelação em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, aplicou subsidiariamente a Ação de Improbidade Civil a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO DE APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. EXCEÇÃO.

1. Cinge-se a questão a saber se, ante a omissão da Lei de Improbidade Administrativa no que se refere aos efeitos atribuídos ao recurso de Apelação, deve-se aplicar subsidiariamente as regras previstas na Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) ou no Código de Processo Civil.

2. Nos termos do art. 20 da Lei 8.429/1992 - LIA, a imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos apenas se dá com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

3. Por outro lado, em relação às penalidades de ressarcimento ao erário, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo período de cinco anos, não existe na Lei de Improbidade Administrativa a mesma previsão, sendo omissa quanto a esse aspecto.

4. Deve-se aplicar subsidiariamente à Ação de Improbidade Administrativa a Lei 7.347/1985, que estabeleceu a Ação Civil Pública, porquanto a primeira é uma modalidade da segunda, na defesa da moralidade administrativa.

5. Por se tratar de Ação Civil Pública, portanto, não se aplica a norma do art. 520 do CPC/1973 (art. 1.012/CPC/2015), uma vez que esta é regra geral em relação àquela, que é norma de caráter especial.

6. A concessão do efeito suspensivo, em tais casos, somente ocorrerá em situações excepcionais, quando demonstrada a possibilidade de dano irreparável ao réu, conforme dispõe o art. 14 do referido diploma legal [...].

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1523385/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016)

Logo, percebe-se que os recursos apresentados em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa possuem apenas o efeito devolutivo, **ocorrendo a concessão do efeito suspensivo somente em situações excepcionais e quando determinadas pelo juízo.**

Não obstante, o Ministério Público Federal publicou no ano de 2016 a obra "Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação", de autoria do Sr. Alexandre Amaral Gavronski, no qual é abordado o principal tema das razões do presente recurso:

1.3.2 A necessidade de trânsito em julgado para a efetivação da perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos (LIA, art. 20) e, a *contrario sensu*, o cabimento de cumprimento provisório para as demais sanções

O art. 20, caput, da LIA, exige o trânsito em julgado para a efetivação de duas das sanções a que os réus ímprobos podem ser condenados: a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos. **Por lógica interpretação a contrario sensu, para todas as demais sanções cabe cumprimento antes do trânsito em julgado, i.é, provisório**¹⁰. [grifou-se]

Corroborando este entendimento, a Procuradoria Geral deste Município emitiu o parecer citado na ata da sessão de retomada da sessão de abertura e julgamento da habilitação, no qual reconheceu a existência de condenação que impede a recorrente de contratar com o Poder Público:

Sim. Tendo em vista que os recursos especial e extraordinário (já interpostos e ainda não analisados) não possuem efeito suspensivo automático, bem como que não consta dos autos de ambos os processos a existência de decisão judicial que lhes confira tal efeito, **pode-se concluir que as condenações de proibição para contratar com o Poder Público proferidas nas ações judiciais suprarreferidas passaram a produzir os seus efeitos a partir das datas de publicação dos seus respectivos acórdãos.** Inclusive porque, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça [...], a aplicação da penalidade de proibição de contratar com o Poder Público prevista no art. 12 da Lei n.º 8.429/1992 não depende do trânsito em julgado da sentença condenatória, [...]. [grifou-se]

Este também foi o entendimento adotado pela Procuradoria Geral do Município de Londrina – PR quando instada a se manifestar sobre uma situação em que a empresa licitante havia sido condenada à proibição de contratar com o Poder Público com fulcro na Lei de Improbidade Administrativa, oportunidade em que opinou pela execução provisória da sentença:

[...] embora a sentença condenatória ainda não tenha trânsito em julgado, dada a possibilidade de interposição de recursos às instâncias especial e extraordinária, sua execução provisória mostra-se plenamente possível, de forma a impedir a participação dos réus [...]. Explico.

Como se sabe, tanto o recurso especial quanto o extraordinário não são dotados de efeito suspensivo. Isso significa que, **uma vez proferido julgamento colegiado pelos tribunais de segundo grau, o respectivo acórdão passa a ter eficácia imediata.** O efeito suspensivo apenas será atribuído ao recurso mediante expressa decisão (tutela provisória) do tribunal de origem ou do tribunal superior. É o que dispõem os artigos 995 e 1.029, § 5º do Código de Processo Civil.

Tratando-se de ação civil pública de improbidade administrativa (como no caso em análise), a regra não se altera, embora tenha outro fundamento legal. Nesses casos, incide a regra do artigo 14 da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Popular), segundo a qual "o juiz pode conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte".

Ou seja, no âmbito das ações civis públicas de improbidade a regra geral é de recebimento dos recursos apenas no efeito devolutivo, podendo o juiz ou tribunal, de forma excepcional, atribuir efeito suspensivo. Nesse sentido, aliás, a jurisprudência do STJ (AREsp. 990.810).

Embora no presente caso os recursos de apelação tenham (invidentemente, na minha humilde visão) sido recebidos no duplo efeito [...], com o julgamento dos recursos pelo órgão colegiado do E. Tribunal de Justiça do Paraná torna-se possível dar início à execução provisória da condenação, ao menos no que tange à pena de "proibição, pelo prazo de cinco anos, de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários". [...]

Voltando ao caso concreto, tem-se que a licitante [...], em razão das penas que lhes foram impostas pelo Poder Judiciário em sentença condenatória ainda sem trânsito em julgado, mas mantida por órgão colegiado do Tribunal de segundo grau, estão impedidos de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 5 (cinco) anos, o que inclui eventual contratação no âmbito do pregão em andamento.

O risco de dano à Municipalidade - e, por consequência, ao interesse público - é evidente, porquanto, findo o certame, o ente público não poderá deixar de contratar o licitante vencedor, ainda que sobre ele recaia condenação pela prática de atos nefastos, cujos efeitos são sentidos e, por isso, repudiados por toda a sociedade¹¹.

Ainda no tocante à exequibilidade das sanções por ato de improbidade administrativa, Wallace Paiva Martins Junior, professor titular Universidade Católica de Santos, escreve que:

A exequibilidade das sanções da Lei 8.429/1992 obedece às normas processuais civis salvo a perda da função e a suspensão dos direitos políticos à vista de exceção expressa. Com efeito, o *caput* do art. 20 estabelece que "a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória". É assaz relevante anotar que a exequibilidade das sanções baliza-se pela liturgia procedimental da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), cuja regra referente ao recebimento dos recursos é o efeito devolutivo apenas, e que prevalece por sua especialidade em relação ao Código de Processo Civil¹².

Dessa forma, evidencia-se que as penas decorrentes de ato de improbidade administrativa, ressalvada a exceção prevista no art. 20 da Lei nº 8.429/1992, não condicionam sua exequibilidade ao trânsito em julgado.

Assim, considerando que não foi prolatada nenhuma decisão conferindo efeito suspensivo aos recursos interpostos em face dos acórdãos que confirmaram sua condenação à proibição de contratar com o Poder Público, restam aplicáveis os efeitos da sentença, ficando a recorrente inabilitada por falta de condição de participação, nos termos do subitem 9.4.3 do edital:

9.4. Como condição prévia ao exame da documentação de habilitação da licitante, **a Comissão Permanente de Licitação verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação**, mediante consulta aos seguintes cadastros:

[...]

9.4.3. **Constatada a existência de sanção ou causa de impedimento, a Comissão Permanente de Licitação reputará a licitante inabilitada, por falta de condição de participação.** [grifou-se]

Aqui, é oportuno destacar que a recorrente requereu no Processo nº 0008535-56.2000.8.26.0053 a concessão de efeito suspensivo, **oportunidade em que reconheceu que a inserção no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade impossibilita sua participação em licitações**, todavia, o pleito restou indeferido pelo TJSP (fls. 4.069/4.071).

Nas razões recursais, a recorrente sustenta que na primeira sessão realizada em fevereiro, a qual restou anulada, as condenações não foram consideradas causa de impedimento e que o parecer emitido pela Procuradoria Geral do Município naquela oportunidade informou o entendimento de que não havia óbice para sua participação no certame (fls. 2.429/2.431-V), arguindo que a Comissão Permanente de Licitação deveria considerar o parecer emitido quando daquela consulta, sob o argumento de que a situação jurídica não foi alterada.

Tal tese não merece prosperar.

O opinativo da Procuradoria Geral do Município citado foi emitido em fevereiro, por sua vez, a sessão de abertura e julgamento em que foi proferida a decisão recorrida ocorreu em junho deste ano, quase quatro meses depois, de modo que, por cautela, foi efetuada nova consulta com o fito de aferir os efeitos das decisões condenatórias encontradas quando da verificação prévia.

Em razão da distribuição interna do órgão, foi acionado um procurador diferente do primeiro, responsável pelo parecer citado nas razões de recurso, que, em seu parecer opinativo, manifestou o entendimento colacionado anteriormente, reconhecendo a existência de condenações que impedem a recorrente de contratar com o Poder Público, **concluindo que tais condenações passaram a produzir os seus efeitos a partir das datas de publicação dos seus respectivos acórdãos.**

É oportuno analisar as consultas formuladas à Procuradoria Geral do Município, vejamos:

Quando da primeira consulta (fls. 2430), realizada em fevereiro deste ano, foram formulados os seguintes quesitos à Procuradoria Geral do Município acerca das condenações sofridas pela recorrente:

1º. **Houve o trânsito em julgado de decisão** cujo efeito impeça a ENTERPA ENGENHARIA LTDA. (CNPJ nº 47.892.906/0001-21) de contratar com o Poder Público ou participar de licitação?

2º. A mera **presença de registro em nome da empresa** quando da Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica do TCU **enseja a proibição da mesma participar de licitações com este Município?**

3º. **As sentenças das ações citadas anteriormente transitaram em julgado?** [grifou-se]

Os quesitos foram respondidos nos termos abaixo (fls. 2.431):

Conforme consulta realizada e documentos anexos, a empresa Enterpa Engenharia Ltda está proibida de contratar com o poder público pelo prazo de 3 anos, conforme processos 0008535-56.2000.8.26.0053 e 1001208-89.2014.8.26.0073 em trâmite no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Referidas decisões ainda não transitaram em julgado, visto que foram interpostos recursos extraordinário e especial, que sequer passaram ainda pelo juízo de admissibilidade.

Uma vez que não transitaram em julgado as decisões acima, o registro da empresa junto ao Tribunal de Contas da União foi prematuro ou apenas teve o caráter de informar a existência do processo. Em todo o caso, **tal registro não pode impedir a empresa de participar de licitações**, o que ocorrerá somente quando não houver mais recursos a serem interpostos. [grifou-se]

Como visto, os quesitos formulados possuíam dois temas centrais: **se houve o trânsito em julgado das condenações** e se **a existência dos registros impediria a participação da empresa em licitações**.

Já a segunda consulta (fls. 3.829/3.829-V), realizada em junho, contou com os seguintes quesitos:

1º. **Existe condenação que impeça a ENTERPA ENGENHARIA LTDA. [...] de contratar com o Poder Público ou participar de licitação?**

2º. A mera presença de registro em nome da empresa quando da Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica do TCU enseja a proibição da mesma participar de licitações com este Município?

3º. As sentenças e/ou acórdãos das ações citadas [...] transitaram em julgado?

4º. **As decisões proferidas nos processos nº 0008535-56.2000.8.26.0053 e nº 1001208-89.2014.8.26.0073, promovidas pelo MPSP, produzem algum efeito parcial ou provisório que impeça a ENTERPA ENGENHARIA LTDA. de participar nesta licitação?** [grifou-se]

Esta consulta foi respondida nos termos abaixo:

1- Sim. Tendo em vista que os recursos especial e extraordinário (já interpostos e ainda não analisados) não possuem efeito suspensivo automático, bem como que não consta dos autos de ambos os processos a existência de decisão judicial que lhes confira tal efeito, pode-se concluir que as condenações de proibição para contratar com o Poder Público proferidas nas ações judiciais suprarreferidas passaram a produzir os seus efeitos a partir das datas de publicação dos seus respectivos acórdãos. Inclusive porque, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1523385/PE [...]), a aplicação da penalidade de proibição de contratar com o Poder Público prevista no art. 12 da Lei n.º 8.429/1992 não depende do trânsito em julgado da sentença condenatória, diferentemente da imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos, que, nos termos do art. 20 da mesma lei, depende expressamente do referido evento processual;

2- O banco de dados público organizado com informações relativas à existência de atos de proibição de contratar com a Administração Pública tem por objetivo facilitar o acesso do Poder Público e demais interessados a tais informações. No entanto, a efetiva proibição sempre decorrerá de ato decisório praticado no âmbito de processo judicial ou administrativo;

3- Não. Conforme relato supra, ambos os processos judiciais encontram-se em fase de exame de admissibilidade dos recursos especial e extraordinários interpostos, os quais não possuem efeito suspensivo;

4- Sim, conforme já esclarecido acima

Percebe-se que na segunda consulta foram abordados, além dos quesitos formulados anteriores, temas que não foram objeto de questionamento na primeira, são eles: **a existência de condenação que proíba a recorrente de contratar com o Poder Público ou participar de licitação e se as decisões judiciais produzem algum efeito parcial ou provisório que impedissem a recorrente de participar nesta licitação.**

A nosso ver, um parecer não contraria o outro.

No primeiro parecer, o Exmo. Procurador Municipal responsável pela manifestação respondeu objetivamente aos quesitos que lhe foram apresentados, informando que **não houve o trânsito em julgado das decisões** e que **a mera existência de registros quando da Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica do TCU não impede a licitante de participar em licitação.**

Já no segundo parecer, o Exmo. Procurador Municipal responsável pelo documento, corroborou as respostas apresentadas pelo primeiro, tendo informado que **não houve o trânsito em julgado** e que **a existência de registros nos cadastros não importa na efetividade da sanção**, frisando que tais bancos de dados objetivam facilitar o acesso à informação, mas que **a efetiva proibição sempre decorre do ato decisório praticado no âmbito de processo judicial ou administrativo.**

Ora, em verdade, o segundo complementa o primeiro, visto que, além de corroborar as informações prestadas anteriormente, **esclarece que não é o registro nos bancos de dados que enseja a aplicação da pena, mas sim a decisão judicial ou administrativa que impute sanções ao apenado.**

Percebe-se que os quesitos formulados quando da primeira consulta **não contemplaram a eficácia das decisões que ensejaram a proibição de contratar com o Poder Público**, limitando-se aquela somente à questão do trânsito em julgado, não abordando as peculiaridades da Lei de Improbidade Administrativa, todavia, **isso não se repetiu na segunda consulta, quando questionou-se a existência de condenação que impedissem a recorrente de contratar com o Poder Público**, oportunidade em que foram informadas as duas condenações que produzem efeitos desde as publicações dos respectivos acórdãos.

Embora não haja dissonância entre os dois pareceres, é oportuno discorrer acerca da natureza destes documentos, os quais podem ser classificados como facultativos, que, conforme a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, citado por Felipe Faiwichow Estefam,

[...] consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, sem que qualquer norma jurídica determine sua solicitação, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio¹³.

O parecer de natureza facultativa não é vinculante à autoridade competente pela decisão. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do STF:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

1. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) **quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo**; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir [...].

(MS 24631, Relator: Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 09/08/2007, p. 01-02-2008)

Logo, ainda que o primeiro parecer jurídico fosse no sentido de entender que a decisão judicial que proibiu a recorrente de contratar com o Poder Público produzisse efeitos apenas após o trânsito em julgado, o que não é o caso, a autoridade competente não estaria obrigada a acatá-lo em razão da

natureza facultativa do mesmo, ainda mais considerando a fundamentação supra que afasta qualquer dúvida acerca da efetividade das condenações e a correta inabilitação da recorrente.

Quanto à alegação de que as condenações não foram consideradas causa de impedimento para a participação da recorrente neste certame, conforme o julgamento da habilitação realizado em fevereiro deste ano, percebe-se que de aquela decisão foi equivocada, visto que não foi observado o cumprimento provisório da condenação por ato de improbidade cujo recurso não tenha sido recebido com o efeito suspensivo, de modo que naquela oportunidade a recorrente já encontrava-se proibida de contratar com o Poder Público e, conseqüentemente, conforme prescreve o subitem 9.4.3 do edital, lhe faltava condição de participação no processo licitatório.

Todavia, a recorrente restou inabilitada naquele julgamento por outros motivos, de modo que o equívoco não importou prejuízo ao processo e, não bastasse isso, **aquela decisão restou anulada junto de todos os atos que sucederam a publicação do 1º Termo de Errata**, em razão de a Administração não ter reaberto, naquela oportunidade, o prazo para apresentação das propostas após as modificações do instrumento convocatório.

No presente julgamento, que é o objeto deste recurso, a Comissão Permanente de Licitação apurou que os registros encontrados dizem respeito a processos em que foram proferidas condenações que proíbem a recorrente de contratar com o Poder Público, motivo pelo qual a mesma foi inabilitada por falta de condição de participação.

Por último, a recorrente se insurge quanto à Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica realizada no sítio eletrônico do TCU, sob o argumento de que este cadastro não informa o registro de sanção que impeça sua participação no certame, mas sim de procedimento judicial.

Pois bem, a Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica no TCU representa uma ferramenta que compila os resultados obtidos em diferentes cadastros, conforme informado no sítio eletrônico do TCU:

Apresenta o resultado consolidado de consultas eletrônicas realizadas diretamente nos bancos de dados de órgãos públicos. Atualmente a consulta abrange os seguintes cadastros: - Licitantes Inidôneos (TCU) - Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade (CNJ) - Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Portal da Transparência) - Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Portal da Transparência)¹⁴ [grifou-se]

A Comissão Permanente de Licitação emprega a ferramenta para apurar a existência de registro em qualquer um dos cadastros informados no subitem 9.4 do edital.

Logicamente, como frisado nos pareceres jurídicos, a mera existência do registro não significa a efetivação da pena, motivo pelo qual foram consultados os processos judiciais informados no banco de dados, nos quais sim, foram emitidas decisões que impedem a recorrente de contratar com o Poder Público e, conseqüentemente, ensejam sua inabilitação.

Frisa-se aqui que os bancos de dados representam uma ferramenta para o acesso à informação, ou seja, são apenas um meio para apurar a existência de condenação que proíba a empresa de participar de licitações ou de contratar com o Poder Público, **o que produz efeitos jurídicos de fato, são as decisões prolatadas nas esferas jurídica ou administrativa que apliquem as sanções previstas em lei.**

O próprio edital não deixa dúvida de que a consulta aos cadastros representa um meio para atingir a finalidade prevista no subitem 9.4, quando expressa no subitem 9.4.3 que **a inabilitação por falta de condição de participação se dará quando for constatada a existência de sanção ou causa de impedimento em nome da licitante e não quando se verificar registro nos cadastros.**

Por fim, a inabilitação por falta de condição de participação de empresa condenada por ato de improbidade administrativa à proibição de contratar com o Poder Público representa medida que garante a efetivação das decisões proferidas na esfera judicial, zelando pela dignidade da justiça e, principalmente, resguardando o interesse público, visto que o ato tutela a segurança da contratação.

Dessa feita, considerando os fundamentos expostos, não merece qualquer reparo a decisão que inabilitou a recorrente por falta de condição de participação, com fulcro no subitem 9.4.3 do edital, em razão das condenações proferidas na Ação Civil Pública autuada sob o nº 0008535-56.2000.8.26.0053 e na Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 1001208-89.2014.8.26.0073, que proibiram a Enterpa Engenharia Ltda. de contratar com o Poder Público.

b) Quanto à inabilitação em razão da apresentação de garantia em desacordo com o subitem 6.1.3, alínea “d”, do edital e art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/1993

Quanto à inabilitação da recorrente com fulcro no subitem 9.7, alínea “a”, do edital, em razão de ter apresentada garantia em desacordo com o subitem 6.1.3, alínea “d”, do edital e o art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993, extrai-se da ata da retomada da sessão de abertura e julgamento da habilitação:

[...] considerando que em razão da impossibilidade de efetuar a consulta prevista no subitem 9.4 do edital devido à instabilidade no sítio eletrônico do Portal da Transparência, mantido pela Controladoria-geral da União, no dia da sessão inaugural, foi dado prosseguimento à conferência da habilitação para que se realizasse a consulta aos referidos cadastros durante a instrução do certame, os demais documentos da licitante foram analisados pela CPL e pelos representantes presentes, oportunidade em que a carta de fiança apresentada foi objeto de impugnação nos termos do item 2, “b”, “l”, desta ata.

Conforme relatado anteriormente, foi promovida diligência para apurar se a Trust Company - Lions Merchant Bank S/A, companhia que emitiu a carta de fiança apresentada pela ENTERPA [...], é uma instituição bancária autorizada pelo Banco Central do Brasil e se o documento supre a exigência prevista no subitem 6.1.3, alínea “d”, do edital, em consonância para com o art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1994.

A consulta ao Módulo de Emissão de Certidão para Entidades Supervisionadas - "CERTIAUT", mantido pelo Banco Central do Brasil, retornou o seguinte resultado (fls. 3.866): "Situação atual da instituição não permite emissão da certidão".

O resultado da consulta esclarece que a empresa emissora da carta de fiança apresentada pela licitante como garantia da proposta não está autorizada pelo Banco Central do Brasil, ou seja, a emissora da carta de fiança não preenche os requisitos legais para ser considerada instituição bancária, de modo que o documento apresentado não é uma fiança bancária.

Ademais, as informações apresentadas pela licitante e a Trust Company - Lions Merchant Bank S/A em sede de diligência não evidenciaram a regular situação da emissora da carta de fiança junto ao Banco Central do Brasil, de modo que o documento não preenche os requisitos de admissibilidade previstos no subitem 6.1.3, alínea “d”, do edital, em consonância para com o art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993.

Dessa forma, considerando que a **ENTERPA ENGENHARIA LTDA.** apresentou a garantia de proposta que não satisfaz as exigências legais e editalícias, fica a licitante **INABILITADA**, com fulcro no subitem 9.7, alínea “a”, do edital.

O subitem 6.1.3, alínea “d”, do edital, condiciona a habilitação à apresentação de:

6.1. Para fins de habilitação, as licitantes devem apresentar no ENVELOPE Nº 1 – HABILITAÇÃO, devidamente lacrado, os seguintes documentos:

6.1.3. Qualificação econômico-financeira:

d) Garantia de proposta no valor de R\$ 851.363,29 (oitocentos e cinquenta e um mil trezentos e sessenta e três reais e vinte e nove centavos), cabendo à licitante optar por uma das seguintes modalidades: CAUÇÃO EM DINHEIRO, FIANÇA BANCÁRIA ou SEGURO GARANTIA, na forma do art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.

A exigência de garantia de proposta encontra previsão no art. 31, III, da Lei nº 8.666/1993:

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

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Por sua vez, art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, disciplina as modalidades de garantia elegíveis:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

Quando efetuada a consulta junto ao Módulo de Emissão de Certidão para Entidades Supervisionadas - "CERTIAUT"¹⁵, apurou-se que a emissora da fiança apresentada pela recorrente não está autorizada pelo Banco Central do Brasil, de modo que a garantia apresentada pela licitante não supre a exigência prevista no subitem 9.1.3, alínea "c", do edital c/c o art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993, motivo pelo qual foi inabilitada, com fulcro no subitem 9.7, alínea "a":

9.7. Será considerada inabilitada a licitante que:

a) Deixar de apresentar ou **apresentar os documentos em desconformidade para com as exigências contidas neste edital**; [grifou-se]

Em suas razões, a recorrente sustenta que a Trust Company Lions Merchant Bank S/A, inscrita no CNPJ nº 91.480.806/0001-89, emissora da carta fiança, possui todas as condições de arcar com eventual desistência da licitante e que a referida companhia tem emitido fianças para diversos entes públicos.

Colaciona a crítica de Marçal Justen Filho à garantia de proposta, no qual é arguido que tal exigência seria ilegal, sob o argumento de que contraria o art. 37, XXI, da CRFB/1988.

A recorrente aduz que a emissora da carta fiança está autorizada pelo Banco Central do Brasil, sob o argumento de que a própria entidade recebeu as garantias da companhia fiduciária, motivo pelo qual pleiteia o reconhecimento da validade da "carta de fiança bancária" apresentada.

São estas as razões do recurso.

Comunicado às demais licitantes na forma prevista no subitem 11.5 do edital, o **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA** e o **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** impugnam o recurso.

O **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA** defende que a inabilitação da recorrente foi adequada e que a Administração não pode aceitar como garantia uma fiança emitida por instituição não bancária, colacionando diversos julgados nesse sentido.

O **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** aduz que a legislação é clara quanto à faculdade de exigir garantia e que a recorrente não observou o art. 56 da Lei nº 8.666/1993, vez que a própria instituição emissora da carta fiança admite pendências junto do Banco Central do Brasil.

Preliminarmente, é oportuno apurar o argumento de que a exigência de garantia de proposta é ilegal por violar o art. 37, XXI, da CRFB/1988, conforme o trecho da obra Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de Marçal Justen Filho, colacionado pela recorrente.

No que pese os argumentos apresentados, a tese de que a garantia de proposta representa exigência ilegal não merece prosperar.

Isso porque o art. 31, III, da Lei Geral de Licitações, editada sob a égide da CRFB/1988, autoriza a Administração a exigir como condição de habilitação a apresentação de garantia limitada à um por cento do valor estimado do objeto da contratação, nas modalidades estabelecidas no art. 56, § 1º.

A garantia de proposta é legal e visa garantir a consistência das propostas, especialmente se for considerada a dinâmica das modalidades regulamentadas pela Lei nº 8.666/1993, como é o caso da concorrência em apreço.

A recorrente, em suas razões, colaciona o art. 5º, I, da Lei nº 10.520/2002, que veda a exigência de garantia de proposta nas licitações realizadas sob a modalidade pregão, todavia, tal comparação não se mostra adequada.

Isso porque no pregão, caso a vencedora não celebre o contrato, é permitido à Administração chamar as demais licitantes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato, nos termos e condições apresentados nas ofertas destas, ainda que negociáveis com o fito de atingir o menor valor, ficando a licitante obrigada a atender a convocação contanto que esta ocorra dentro do prazo da validade da proposta, conforme inteligência dos artigos 4º, XXIII, e 7º da Lei nº 10.520/2002.

Agora, em se tratando de uma concorrência, caso a licitante vencedora não assine o termo de contrato, é facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto ao preço, conforme prescreve o art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, não ficando a segunda colocada ou demais licitantes obrigadas a atender a convocação, ainda que esta se dê dentro do prazo da validade da proposta.

Percebe-se que as consequências decorrentes da não assinatura do contrato no pregão são menores que na concorrência, visto que nesta, as demais licitantes não estão obrigadas a atender a convocação para celebrar o ajuste.

Assim, revela-se adequada a exigência de garantia de proposta, com o fito dar consistência às propostas e resguardando o interesse público e a integridade da licitação.

Ademais, não bastasse a legalidade da exigência da apresentação da garantia de proposta, prevista do subitem 6.1.3, alínea "d", **verifica-se que a recorrente não contestou esta disposição dentro do prazo conferido para impugnação do edital.**

Ora, o edital está disponível desde o mês de março deste ano e mesmo assim, a recorrente ficou inerte, não apresentando qualquer impugnação em face dos termos do instrumento convocatório, de modo que lhe decaiu o direito de revisão de seu conteúdo.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - [...] INABILITAÇÃO DE EMPRESA LICITANTE [...] - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PRÉVIA AO EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. [...] A Administração Pública está restrita ao conteúdo do edital da licitação, sendo facultada a qualquer cidadão sua impugnação (§§ 1º e 2º e 'caput' do art. 41 da Lei Federal n. 8.666/1993). **Ausente a discussão prévia sobre o conteúdo do instrumento convocatório, decai o interessado do direito de revisão de seu conteúdo.** (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.002561-7, de Campos Novos, r. Jaime Ramos, 4ª Câmara de Direito Público, j. 03-09-2015) [grifou-se]

Por fim, quanto à tese preliminar, é vedado à Administração desconsiderar a apresentação de garantia de proposta com uma condição de habilitação, visto que tal exigência está prevista de maneira explícita no edital, sob pena de violar o princípio da veiculação ao instrumento convocatório:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Quanto ao mérito, denota-se que a discussão se cinge à não admissibilidade da carta de fiança apresentada pela recorrente, **emitida por instituição não bancária**, como fiança bancária, nos termos do art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993, em atendimento à exigência do subitem 9.1.3, alínea "d", do edital.

Pois bem, conforme relatado na ata da sessão de retomada da sessão de abertura e julgamento da habilitação, a consulta realizada pelo CNPJ da emissora da carta de fiança no Sistema de Emissão de Certidões para Entidades Supervisionadas, ferramenta que permite emitir certidão acerca de autorização para funcionamento concedida pelo Banco Central do Brasil, informou o seguinte resultado: "Situação atual da instituição não permite emissão da certidão".

Percebe-se que a Trust Company Lions Merchant Bank S/A não está autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil, de modo que a carta de fiança por ela emitida não preenche os requisitos para ser considerada uma fiança bancária, nos termos do art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993, não atendendo à exigência editalícia prevista no subitem 9.1.3, alínea "d", do edital.

Diferentemente do que é alegado pela recorrente, a emissora da fiança não está autorizada a emitir fiança bancária e, não foram apresentados nas razões de recurso qualquer documento ou comprovação de que a mesma é reconhecida como uma instituição bancária autorizada pelo Banco Central do Brasil nos termos da Lei nº 4.595/1964, não havendo qualquer elemento que enseje a desconsideração do resultado no Sistema de Emissão de Certidões para Entidades Supervisionadas.

A alegação de que outros órgãos aceitaram garantias prestadas pela companhia fiduciária, ainda que confirmada, não fundamentaria a admissão da fiança emitida por instituição não bancária como documento capaz de suprir a exigência prevista no subitem 9.1.3, alínea "d", do edital, pois tal ato contrariaria o art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993.

Nesse sentido, é oportuno colacionar a lição de Marçal Justen Filho, autor citado pela própria recorrente, que discorrendo sobre o art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993, escreve:

A Lei somente se admite fiança bancária para garantia da contratação. Portanto, não é possível pretender caucionar títulos de crédito ou promover garantia pessoal de outra natureza.¹⁶

A jurisprudência do TCU revela ser pacífico o entendimento de que o rol de garantias previsto no art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 é exaustivo e que a fiança bancária tratada no inciso III somente pode ser emitida por instituição bancária.

Nesse sentido, colaciona-se o Acórdão 2.467/2017 do TCU, que trata de um caso em que uma empresa, em processo de recuperação judicial, apresentou carta de fiança emitida por instituição não bancária, oportunidade em que o Plenário confirmou o entendimento acima:

[...] No tocante à garantia contratual, identificou-se que foi utilizada carta de fiança emitida pela empresa [...], modalidade que não consta do rol exaustivo de garantias admitidas no § 1º do art. 56 da Lei 8.666/1993, quais sejam: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária. [...]

A Universidade reconhece que a garantia apresentada pela contratada não equivale à fiança bancária elencada no referido dispositivo da Lei das Licitações e Contratos, já que a empresa emitente não é instituição financeira devidamente cadastrada no Banco Central do Brasil.

A construtora, por seu turno, afirma que a circunstância de estar em regime de recuperação judicial impossibilita a formalização de seguro-garantia ou de fiança fornecida por instituição bancária e que, ademais, não dispõe de condições financeiras de providenciar a garantia em forma de caução em dinheiro.

Reclama que a não aceitação do título oferecido, com base na interpretação literal do Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, acaba por afrontar a finalidade do instituto da recuperação judicial, na forma disciplinada na Lei 11.101/2005, e que a exigência de que apresente garantia em modalidades às quais as instituições

financeiras e securitárias não lhe franqueiam acesso corresponde à criação de obstáculo intransponível à continuidade da presente contratação e à celebração de contratos com a Administração Pública, inviabilizando, na prática, a superação da difícil situação de crise econômico-financeira em que se encontra e o alcance do plano de recuperação aprovado com esse fim.

Diante disso, **defende a aplicação ao presente caso de uma interpretação extensiva do art. 56, § 1º, inciso III, da Lei 8.666/1993, com a finalidade de validar a modalidade de garantia prestada.**

Aduz, em acréscimo, que a carta de fiança apresentada é dotada da solidez e da segurança requeridas pelo legislador e corresponde ao instrumento de garantia que lhe é atualmente acessível, na condição de empresa em regime de recuperação judicial, e que os serviços fidejussórios da Maxximus são de grande aceitação e já foram prestados a diversas instituições públicas e privadas, "inclusive o próprio TCU", e que a aludida instituição fidejussória foi responsável por carta de fiança assecuratória referente às obras das Olimpíadas do Rio de Janeiro. [...]

Na instrução à peça 45, [...] a Unidade Técnica expõe as razões pelas quais os argumentos da contratada não podem, em sua essência, ser acolhidos.

Sustenta que o § 1º do artigo 56 da Lei 8.666/1993 expressa com clareza que, para o legislador, a natureza bancária da instituição que concede a fiança é fator essencial à garantia fiduciária das contratações públicas, entendimento fartamente corroborado pela jurisprudência e pela doutrina, que apontam para a necessidade de interpretação literal da norma.

Concordo com a análise feita pela Unidade Técnica, porquanto de fato inexistente fundamento a justificar uma leitura flexível do dispositivo legal, como pleiteado.

[...] Parece lógico inferir que empresas em recuperação judicial encontrem dificuldades na obtenção de garantias, provavelmente maiores que as enfrentadas por outros concorrentes, mas, não lhes sendo impossível a apresentação das salvaguardas elencadas no § 1º do art. 56 da Lei 8.666/1993, uma flexibilização da interpretação do regramento significaria a concessão a essas empresas de prerrogativas e distinções não previstas em lei que certamente implicariam o ferimento do princípio da isonomia. [...]

Convém, portanto, com vistas a evitar esse tipo de ocorrência em novas contratações, dar ciência à universidade de que a fiança bancária disposta no art. 56, § 1º, inciso III, da Lei 8.666/1993 deve ser emitida por instituição financeira autorizada a operar pelo Banco Central do Brasil.

(Acórdão 2.467/2017, Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro) [grifou-se]

Corroborando esse entendimento:

REPRESENTAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. CLÁUSULAS RESTRITIVAS À COMPETITIVIDADE. OITIVA. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. EXAME DE MÉRITO. PROCEDÊNCIA. ASSINATURA DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME E DOS ATOS DELE DECORRENTES. CIÊNCIAS. ARQUIVAMENTO. [...]

Não sendo o Trade Merchant Bank um banco, a fiança emitida por essa instituição, além de não poder ser considerada fiança bancária, não tem a segurança proporcionada pelo controle do Banco Central do Brasil.

(TCU. TC-010.108/2015-7. Relator: Ministro-Substituto AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI. Data de Julgamento: 06/04/2016, Plenário). [grifou-se]

No tocante à interpretação do artigo 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993, o Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Paraná apresentou seguinte manifestação:

Consulta. Interpretação do artigo 56, § 1º, inciso III, da Lei Federal n.º 8.666/93. Garantias contratuais. *Numerus clausus*. Primazia ao princípio da legalidade. **Inadmissibilidade de outra modalidade de fiança que não a bancária.**[...]

Ainda que a dinâmica da administração pública possa permitir, em determinados casos, a flexibilização do princípio da legalidade, superando-se a compreensão clássica da restrita e incondicional obediência à lei como única forma de administrar o setor público, o que pode remeter o gestor à completa inação frente às dificuldades que os tempos atuais apresentam, **no presente caso, por envolver situação de efetivo risco aos interesses e ao patrimônio público, a letra de lei, em seus exatos termos, deve, efetivamente, prevalecer sobre uma interpretação ampliativa, que autorize sua inobservância por mera conveniência do mercado.**

[...] em que pese o fato de a Lei de Licitações ter sido publicada há mais de vinte anos, não se pode subestimar o fundamento de que se reveste à limitação da fiança de que trata o inciso III do dispositivo citado, àquela emitida por instituições bancárias.

A propósito, deve-se ressaltar a maior segurança de trabalhar com instituições bancárias, cujas operações estão integralmente sujeitas ao controle do Banco Central do Brasil, e cuja expertise para a aferição da efetiva possibilidade da concessão da garantia não pode ser menosprezada, ainda mais, em se tratando da salvaguarda dos interesses e do patrimônio público.

[...] **uma vez que, a fim de cercar os interesses públicos de maior segurança, a Lei de Licitações elegeu como modalidade de fiança, apenas, a bancária, é incabível ao gestor adotar outra.**

(Processo nº 474198/16- Acórdão nº 5947/16 - Tribunal Pleno) [grifou-se]

Ademais, a matéria já foi discutida nos tribunais, cuja jurisprudência reforça a coerência da interpretação literal das modalidades de garantias autorizadas pela Lei de Licitações, **merecendo destaque o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, quando, em sede de agravo de instrumento, avaliou uma carta fiança apresentada pela Trust Company Lions Merchant Bank S/A:**

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto [...] contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília, nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela ora agravante [...].

Na referida ação mandamental, a impetrante se insurgiu contra os atos praticados pelas autoridades coatoras acima referidas, que não admitiram a garantia (fiança bancária) apresentada pela impetrante [...].

Pela decisão ora recorrida, o MM. Juiz “a quo” indeferiu o pedido liminar, por considerar não haver ilegalidade nos atos impugnados, **destacando que a fiança bancária não foi prestada por “instituição financeira (banco) reconhecida pelo Banco Central, de forma oficial”.**

A impetrante interpôs o presente recurso, reiterando a argumentação expendida na petição inicial dos autos da ação originária. Sustentou, em síntese, a idoneidade da garantia contratual apresentada, destacando que o Banco Central do Brasil admite a fiança bancária prestada pela “LIONS MERCHANT BANK S/A” “para garantir seus próprios contratos”, e que se trata de “instituição financeira com alta credibilidade, que vem cumprindo um papel preponderante na economia do País, garantindo inúmeros contratos públicos e privados para potenciais empresas”.

A agravante acrescentou que a autoridade agravada deve aceitar a referida garantia, por se tratar de uma irregularidade formal e sua não aceitação constitui uma exacerbação de formalismo. Asseverou que o art. 56, § 1º, inciso III, da Lei n. 8.666/93, estabelece uma faculdade ao contratado quanto à escolha da modalidade de garantia contratual a ser prestada, e que a garantia possui caráter acessório, não sendo “*fundamental para a execução de um contrato público*”. [...]

Com efeito, a liminar postulada pela impetrante, ora agravante, não pode ser deferida, porquanto a fundamentação do “*writ*” não se mostra relevante. **Isso porque o art. 56, § 1º, inciso III, da Lei n. 8.666/93, estabelece a fiança bancária como uma das modalidades de garantia contratual.**

Em observância à referida disposição legal, o edital de licitação dispôs, expressamente, em sua cláusula 7ª, § 1º, inciso III, **a fiança bancária como forma de garantia contratual.**

Note-se que as disposições, legal e editalícia, qualificam esta modalidade de garantia, exigindo que a fiança seja bancária, exatamente para que o fiador seja um banco, que assumirá, caso necessário, as obrigações assumidas pela contratada.

A impetrante, ora agravante, sustenta a possibilidade de uma sociedade anônima que atua como “*única companhia fiduciária operando no Brasil*” (“*Trust Company – Lions Merchant Bank S/A*”), seja a fiadora do contrato firmado com o BRB.

Ocorre que, em consulta ao sítio eletrônico da precitada sociedade anônima (“Trust Company – Lions Merchant Bank”), esta reconhece que “não há regulamentação de suas atividades por parte do Governo Federal.” Nesse passo, não há como compelir o BRB a aceitar uma fiança que não seja bancária.

Não se trata, como alegado pela ora agravante, de uma mera irregularidade formal ou de um excesso de formalismo. A valer, a qualificação da fiança, para que esta seja bancária, decorre da necessidade de que o garante (fiador) seja uma instituição financeira com lastro para assumir o cumprimento da obrigação contratual, devendo, sim, ter suas atividades regulamentadas pelo Banco Central.

Com relação à alegação de que a “Trust Company – Lions Merchant Bank S/A” já tenha atuado como fiadora em outros contratos firmados com a Administração Pública, inclusive com o próprio Banco Central do Brasil – BACEN, cumpre assinalar que tal fato não impõe ao BRB a obrigação de se vincular a um garantidor que desenvolve suas atividades sem a devida regulamentação junto ao órgão fiscalizador de atividades bancárias. [...]

(TJDFT – Agravo de Instrumento. Processo nº 0725167-45.2019.8.07.0000. Rel. Des. Nidia Correa Lima. j. 19/11/2019). [grifou-se]

Ainda no TJDFT:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. GARANTIA PARA CONCORRÊNCIA. EXIGÊNCIA DE CARTA FIANÇA. APRESENTAÇÃO DE CARTA FIANÇA NÃO BANCÁRIA. EXCLUSÃO DO CERTAME. LEGALIDADE.

Em vista do princípio da legalidade estrita a que está vinculada a Administração Pública, não existe margem de discricionariedade que possibilite a aceitação de outras formas de garantia que não as expressamente previstas na legislação.

Considerando que a Lei nº 8.666/93, ao disciplinar as garantias a serem exigidas dos participantes de licitação, **estabeleceu que a carta fiança apresentada pelos concorrentes somente deve ser expedida por instituição bancária**, não se vislumbra ilegalidade no ato de inabilitação da autora agravante, por ter esta apresentado carta fiança expedida por instituição não bancária.

Agravo conhecido e não provido.

(TJDFT- AGI 20140020247357 DF 0024939-87.2014.8.07.0000, Rel.: Des. Ana Cantarino, j. 22/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/05/2014) [grifou-se]

Igual entendimento foi manifestado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EXCLUSÃO DE EMPRESA DA DISPUTA. GARANTIA IDÔNEA PARA A EVENTUAL EXECUÇÃO DO CONTRATO. FIANÇA BANCÁRIA. REINCLUSÃO NO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULO EXPEDIDO POR ENTIDADE SEM NATUREZA BANCÁRIA. REJEIÇÃO PELA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. LEGALIDADE. DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADOÇÃO DOS FUNDAMENTOS. [...]

3 - A exigência de apresentação de garantia, nos termos do art. 56, parágrafo 1.º, da Lei n.º 8.666/93, a prescrever que, 'A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras', não está maculada de ilegalidade e pode representar etapa na habilitação dos candidatos. O item 5.1.3, alínea 'c', relativa à qualificação econômico-financeira, determina a comprovação de garantia de proposta no valor de R\$116.488,48 [...] para a construção da terceira etapa do Batalhão de Infantaria Especial da Aeronáutica em Recife/PE, referindo-se expressamente ao dispositivo mencionado da Lei de Licitações e Contratos.

4 - No caso, a ofertada pela Construtora impetrante foi emitida pela Capital Merchant Bank. Ocorre que, a despeito do termo inglês traduzível por 'banco', a empresa não se configura como entidade bancária dentro de nosso ordenamento jurídico.

5 - Merecem destaque as seguintes informações a integrar a manifestação da autoridade coatora, antes da concessão da liminar, conforme previsto no art. 7.º, inciso I, da Lei n.º 12.016/09: 'A impetrante, na tentativa de cumprir o Edital e a Lei n.º 8.666/93 apresentou Carta de Fiança, firmada pela empresa 'Capital Merchant Bank', porém, a emitente da Carta de Fiança NÃO é uma Instituição Bancária, em consequência, o documento apresentado NÃO é uma FIANÇA BANCÁRIA. A empresa 'Capital Merchant Bank' é uma pessoa jurídica de direito privado, porém, não é uma instituição bancária, trata-se, na verdade, de uma empresa de assessoria e consultoria a financiamentos, fusões e aquisições, conforme se verifica no 'site' da empresa: A variante brasileira não é uma entidade bancária. Na verdade, o Brasil não tem 'Merchant Banks', mas entidades como o Capital Merchant Bank, que estão envolvidos na atividade de Merchant Banking. [...] Caso a Administração Pública receba fiança sem o necessário lastro que garanta o adimplemento da obrigação assumida, tal conduta representa violação à lei e põe em risco a continuidade dos serviços públicos. [...]

(Processo: 00098146920124058300, Apelação/Reexame Necessário - 26222, Des. Fed. José Maria Lucena, Primeira Turma, j.: 22/05/2014, p. 29/05/2014) [grifou-se]

Considerando a jurisprudência cima, fica evidenciado que a fiança apresentada pela recorrente não pode ser aceita em razão de ter sido emitida por instituição não bancária, não preenchendo os requisitos para ser considerada uma fiança bancária, nos termos do art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993, não atendendo ao subitem 9.1.3, alínea "d", do edital, que exige a apresentação de:

d) Garantia de proposta no valor de R\$ 851.363,29 (oitocentos e cinquenta e um mil trezentos e sessenta e três reais e vinte e nove centavos), **cabendo à licitante optar por uma das seguintes modalidades: CAUÇÃO EM DINHEIRO, FIANÇA BANCÁRIA ou SEGURO GARANTIA, na forma do art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.** [grifou-se]

Assim, não merece qualquer reparo a decisão que inabilitou a recorrente, com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital, em razão de a mesma não ter apresentado garantia de proposta na forma prevista pelo subitem 6.1.3, alínea "d", do edital, em consonância para com o art. 56, § 1º, III, da Lei Geral de Licitações.

Dessa forma, considerando os fundamentos expostos anteriormente, o não acolhimento do recurso da **ENTERPA ENGENHARIA LTDA.** e a manutenção da decisão recorrida são medidas que se impõem.

2) Quanto ao recurso da VAN OORD SERVIÇOS DE OPERAÇÕES MARÍTIMAS LTDA.

Inicialmente, denota-se que a recorrente foi inabilitada com fulcro no subitem 9.7, alínea "b", em razão de não ter apresentado atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga com quantidade igual ou superior a quinhentos mil metros cúbicos, conforme exigido pelo subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital.

Extraí-se da ata da retomada da sessão de abertura e julgamento da habilitação:

Foram apresentadas impugnações no sentido de que a licitante não apresentou atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga com quantidade igual ou superior a quinhentos mil metros cúbicos, conforme exigido pelo subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital.

Considerando se tratar de tema estritamente técnico, cuja análise demanda expertise na área de engenharia, a CPL solicitou manifestação do órgão técnico deste Município (fls. 3.749/3.751-V).

Instado a se manifestar, o órgão técnico proferiu às fls. 3.761/3.767 o entendimento de que a licitante não atendeu as condições de qualificação técnico-operacional previstas no edital.

Dentre os documentos apresentados pela licitante, foram juntados atestados de capacidade técnica que dizem respeito à execução de obras em portos marítimos, incluindo o aterramento, o que denota o não atendimento à exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, que condiciona a habilitação à apresentação de atestado de capacidade técnica que comprove a execução de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga.

Dessa feita, visto não ter apresentado atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga com quantidade igual ou superior a quinhentos mil metros cúbicos, conforme exigido pelo subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, fica a licitante **INABILITADA**, com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital.

O subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital estabelece:

6.1. Para fins de habilitação, as licitantes devem apresentar no ENVELOPE Nº 1 – HABILITAÇÃO, devidamente lacrado, os seguintes documentos:

6.1.5. Quanto à qualificação técnico-operacional:

b) Atestado de capacidade técnica emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, acompanhado da respectiva Certidões de Acervo Técnico, que comprovem a prestação de serviços anteriores com as seguintes características:

2. Execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga, com características semelhantes às do objeto da licitação ou de maior porte e complexidade, com quantidade igual ou superior a 500.000 m³ (quinhentos mil metros cúbicos).

Por fim, o subitem 9.7, alínea "a", do edital, prescreve:

9.7. Será considerada inabilitada a licitante que:

a) Deixar de apresentar ou apresentar os documentos em desconformidade para com as exigências contidas neste edital;

Em suas razões, a recorrente sustenta que atendeu as condições necessária à qualificação técnico-operacional e que apresentou atestados de capacidade técnica que tratam da execução de obras de maior porte e complexidade, destacando os atestados de fls. 3.017, 3.031 e 3.088, defendendo que o aterro hidráulico realizado em área portuária é uma obra de maior complexidade.

Defende que o edital prevê a admissão de atestados que comprovem a execução de obra com característica semelhante às do objeto da licitação ou de maior porte e complexidade e que exigir atestado referente à execução de obra idêntica ao licitado viola o art. 30, § 3º, da Lei nº 8.666/1993.

Aduz que integra o grupo Van Oord, o que, segundo a recorrente, lhe confere o reconhecimento de ser uma das maiores e mais bem-conceituadas empresas de obras marítimas de todo o mundo e ao final, cita o princípio da razoabilidade e requer seja reconsiderada a decisão que a inabilitou.

Em apertada síntese, são estas as razões recursais.

Comunicado às demais licitantes na forma prevista no subitem 11.5 do edital, o **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA** e o **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** impugnam o recurso.

O **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA** defende a decadência do direito à impugnação do edital e que exigir experiência anterior idêntica ao objeto licitado é permitido por lei, sendo justificável quando há correlação entre a habilitação e os serviços a serem desempenhados pela vencedora.

Aduz que o Projeto Básico é elaborado em torno da necessidade do engordamento de praia e afirma que engordamento de praia marítima e execução de obra em porto são obras completamente distintas, seja pela condição meteorológica, geológico e de logística.

Continua explanando sobre as diferenças entre o objeto da licitação e uma obra realizada em porto e conclui refutando a alegação da recorrente integrar um grupo internacional sob o argumento de que o certificado para fins de comprovação técnica deve ser apresentado em nome da licitante, não se admitindo comprovação por meio de empresa coligada.

O **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** defende a manutenção da inabilitação da recorrente sob o argumento de que os documentos por ela apresentados foram avaliados pelo órgão técnico, que entendeu que a licitante não atendeu os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

Em suma, são estas as razões apresentadas em sede de impugnação ao recurso.

Pois bem, o motivo que ensejou a inabilitação da recorrente diz respeito à qualificação técnica, que, na lição de Marçal Justen Filho, "consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado"¹⁷.

A condição não atendida pela recorrente trata, mais precisamente, da qualificação técnico-operacional, que "consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública"¹⁸.

A qualificação técnico-operacional está prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2 do edital, que exige a apresentação de atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga, com características semelhantes às do objeto da licitação ou de maior porte e complexidade, com quantidade igual ou superior a 500.000 m³.

A recorrente **admite não ter apresentado atestado de capacidade técnica acompanhado das certidões de acervo técnico que comprovem a execução de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga** e a controvérsia gira em torno do reconhecimento da execução de aterro hidráulico em porto com uso de draga como obra de maior porte e complexidade em vista do objeto da licitação.

Ademais, denota-se das razões recursais que a recorrente sustenta que os atestados de fls. 3.017, 3.031, 3.065 e 3.088 suprem a exigência do subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital, o que importa no reconhecimento tácito de que os demais atestados por ela apresentados não satisfazem esta exigência.

Por ser uma questão estritamente técnica, a Comissão Permanente de Licitação remeteu a digitalização dos atestados apresentados pela recorrente (assim como os atestados apresentados pelas demais licitantes) para análise e manifestação do órgão técnico, por meio do Memorando 18.868/2020 (fls. 3.749/3.751-V)), encaminhado para o Secretário de Planejamento Urbano e Gestão Orçamentária.

Por meio do memorando mencionado anteriormente, o órgão foi instado a se manifestar acerca da qualificação técnica das licitantes, sendo-lhes questionados, entre outros quesitos, se a recorrente atendeu à exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital:

[...] **solicitamos manifestação acerca dos documentos apresentados para comprovar a qualificação técnico-operacional das licitantes**, observando a exigência prevista no subitem 6.1.4, alínea “b”, item 1, do edital:¹

6.1. Para fins de habilitação, as licitantes devem apresentar no ENVELOPE Nº 1 – HABILITAÇÃO, devidamente lacrado, os seguintes documentos: (...)

6.1.5. Quanto à qualificação técnico-operacional: (...)

b) Atestado de capacidade técnica emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, acompanhado da respetiva Certidões de Acervo Técnico, que comprovem a prestação de serviços anteriores com as seguintes características: [...]

2. Execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga, com características semelhantes às do objeto da licitação ou de maior porte e complexidade, com quantidade igual ou superior a 500.000 m³ (quinhentos mil metros cúbicos).

Para tanto, solicitamos sejam respondidos os seguintes quesitos: [...]

VAN OORD SERVIÇOS DE OPERAÇÕES MARÍTIMAS LTDA. [...]

6.2. A partir da análise dos documentos juntados às fls. 3.017/3.019-V (Doc. 15), questiona-se: [...]

b) A licitante atendeu a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital? [...]

6.3. A partir da análise dos documentos juntados às fls. 3.031/3.037-V (Doc. 16), questiona-se: [...]

b) A licitante atendeu a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital? [...]

6.6. A partir da análise dos documentos juntados às fls. 3.065/3.066-V (Doc. 19), questiona-se: [...]

b) A licitante atendeu a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital? [grifou-se]

Percebe-se que o documento de fls. 3.086/3.091-V, citado nas razões recursais, trata de um atestado emitido no exterior para a Van Oord Middle East Limited (Filial Dubai), acompanhado da respectiva tradução juramentada, ou seja, não representa um atestado de capacidade técnica emitida para a recorrente, de modo que não foi considerado para fins de habilitação, motivo pelo qual não foi encaminhado para manifestação do órgão técnico.

¹ A redação adequada é subitem 6.1.5, “b”, itens 1 e 2, do edital, todavia, o dispositivo correto foi transcrito na sequência e consta nos quesitos informados, de modo que o equívoco não prejudicou a interpretação.

Após o processamento do memorando na unidade técnica, retornou a resposta por meio do Despacho 4: 18.868/2020 (fls. 3.764-V/3.767), emitido por um dos engenheiros que atuam no órgão e ratificado pelo Diretor Departamento de Planejamento e Gestão Orçamentária e pelo Secretário de Planejamento e Gestão Orçamentária:

RESPOSTAS A QUESITOS [...]

VAN OORD SERVIÇOS DE OPERAÇÕES MARÍTIMAS LTDA. [...]

6.2 – Doc. 15 [...]

b) não atende – fl. 3.017 – atende por ser hidráulica mas não indica o volume. O Atestado de Execução de Serviços da SUAPE atende fl.3.018 mas não é CAT-CREA. [...]

6.3- Doc. 16 [...]

b) não atende – fl. 3.031 – atende por ser hidráulica mas não indica o volume. O Atestado de Execução de Serviços da SUAPE atende fl.3.032 mas não é CAT-CREA. [...]

6.6- DOC. 19 [...]

b) não atende – fl. 3.065 – atende por ser hidráulica mas não indica o volume. O Atestado de Execução de Serviços Atlântico Sul atende mas não é CAT-CREA.

Denota-se da manifestação supra, proferida pela Secretaria de Planejamento Urbano e Gestão Orçamentária e ratificado por um dos subscritores do Projeto Básico, que a recorrente não logrou êxito em comprovar o atendimento às exigências previstas no subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital.

Há de se destacar que a redação do **Memorando 18.868/2020** é explícita quando questiona ao órgão técnico se cada um dos atestados apresentados pelas licitantes supre a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital, observando os termos deste dispositivo, que foi citado no referido documento.

O subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital, como observado pela recorrente, condiciona a habilitação à apresentação de atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga, com características semelhantes às do objeto da licitação **ou de maior porte e complexidade**, com quantidade igual ou superior a 500.000 m³.

Tal informação é conhecida pelo órgão técnico, constando, inclusive, nos itens 38.1 do Projeto Básico, subscrito por uma das autoridades que ratificaram a manifestação:

38.1. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA-OPERACIONAL

Serão obrigatórios Atestados de Capacidade Técnica Operacional em nome da empresa PROPONENTE, expedidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, que comprovem a prestação de serviços anteriores com as seguintes características:

Tabela 6 – Objeto da Qualificação Técnico-Operacional da Proponente

SERVIÇOS	QUANTIDADE
Execução de aterro hidráulico em praias marítimas também conhecidos como “engordamento de praia”, “nutrição de praia” ou “preenchimento artificial de praia”, com características semelhantes às do objeto da licitação ou de maior porte e complexidade , com draga auto transportadora de arrasto – THSD.	Igual ou superior a 500.000 m ³ (quinhentos mil metros cúbicos).

[grifou-se]

Dessa forma, é possível deduzir que o órgão técnico, quando da análise dos atestados de capacidade técnica apresentados pelas licitantes, avaliou se estes comprovavam a execução de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga ou a execução de obra de maior porte e complexidade.

Logo, quando a Secretaria de Planejamento Urbano e Gestão Orçamentária emite manifestação no sentido de que os documentos não suprem a exigência estabelecida no instrumento convocatório, a conclusão lógica é de que estes não dizem respeito tanto à execução de aterro hidráulico quanto à execução de obra de maior porte e complexidade.

Visto isso, resta evidenciado que a tese sustentada pela recorrente, qual seja, de que os atestados por ela apresentados dizem respeito a obra de maior porte e complexidade, já foi objeto de análise por parte do órgão técnico deste Município, que detém a expertise necessária para avaliar tal alegação, não havendo nas razões de recurso qualquer elemento que merecesse maior observação.

No mais, é oportuno destacar que o edital **não exige das licitantes a execução prévia de obra idêntica ao objeto da licitação**, como faz crer a recorrente, admitindo-se a apresentação de atestado de capacidade técnica que compreenda obra de maior porte ou complexidade comparada ao objeto licitado, conforme prescreve o art. 30, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, o que também não foi atendido pela licitante, conforme exposto anteriormente.

Assim, **considerando a manifestação do órgão técnico de que a recorrente não supriu a exigência relativa à qualificação técnico-operacional**, não resta outra decisão senão a inabilitação.

Dispensar interpretação diversa contrariaria as disposições do edital, ao qual a Administração encontra-se vinculada, nos termos do art. 41 da Lei Geral de Licitações, o que representaria a violação aos princípios da isonomia, pois dispensaria tratamento diferenciado à recorrente em prejuízo das demais licitantes, e da vinculação ao instrumento convocatório, ambos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Quanto ao tema, colhe-se da jurisprudência do TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EMPRESA INABILITADA POR NÃO APRESENTAR OS DOCUMENTOS RELATIVOS À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. DEVER DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CONDIÇÕES A TODOS OS CONCORRENTES, INSCULPIDOS, RESPECTIVAMENTE, NO ART. 41 DA LEI 8.666/90 E NO ART. 37, XXI, DA CARTA MAIOR. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À HABILITAÇÃO NO CERTAME. RECURSO DESPROVIDO. "Na salvaguarda do procedimento licitatório, exurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame" [...] (TJSC, Mandado de Segurança n. 4001882-22.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-05-2020). [grifou-se]

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NO ENVELOPE DA PROPOSTA TÉCNICA DA PRIMEIRA COLOCADA NO CERTAME, CONSISTENTE NA INOBSERVÂNCIA DO ITEM 6.1. DO EDITAL. PLANO DE COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA ENTREGUE, EM TESE, EM FORMATO DIVERSO DO EXIGIDO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. AUSÊNCIA DE QUALQUER ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (TJSC, Apelação Cível n. 0301256-45.2017.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 18-06-2019).

Não obstante, como levantado na impugnação ao recurso, a recorrente não apresentou qualquer impugnação prévia em face dos termos do instrumento convocatório, de modo que lhe decaiu o direito de revisão de seu conteúdo.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO SEGURANÇA - LICITAÇÃO - [...] INABILITAÇÃO DE EMPRESA LICITANTE [...] - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PRÉVIA AO EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. [...] A Administração Pública está restrita ao conteúdo do edital da licitação, sendo facultada a qualquer cidadão sua impugnação (§§ 1º e 2º e 'caput' do art. 41 da Lei Federal n. 8.666/1993). **Ausente a discussão prévia sobre o conteúdo do instrumento convocatório, decai o interessado do direito de revisão de seu conteúdo.** (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.002561-7, de Campos Novos, r. Jaime Ramos, 4ª Câmara de Direito Público, j. 03-09-2015) [grifou-se]

Ainda no tocante à questão da comprovação da execução de aterro hidráulico de acordo com o estabelecido no subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital, merece ênfase a relevância da comprovação deste requisito em razão do objeto licitado, conforme a manifestação referente à primeira sessão (que restou anulada), em que o foi frisado que o objeto final é o aterro hidráulico (fls. 2.440).

Por fim, quanto à alegação de que integra um grupo de renome internacional com vasto acervo técnico, o edital estabelece no subitem 6.7 que os documentos devem ser apresentados em nome da licitante (com exceção de alguns dos documentos necessários à qualificação técnico-profissional, que devem estar emitidos em nome do responsável técnico indicado).

Nesse sentido, colhe-se o entendimento manifestado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG quando da apuração da Denúncia n. 796.105, interposta em face do Procedimento Licitatório na modalidade Concorrência Pública n. 01/2009 deflagrado pela Secretaria de Estado de Saúde, de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada:

Cediço é que a comprovação da qualificação técnica tem como finalidade gerar para a administração a presunção de que se o licitante já executou com sucesso objeto similar terá condições para assim fazê-lo novamente. Essa presunção se forma com base na experiência obtida pelo licitante com o exercício dessas atividades pretéritas.

Desta forma, considerando que o grupo econômico é formado por empresas diversas, cada qual com sua personalidade jurídica, entende este Órgão Técnico que uma empresa não pode ser qualificada tecnicamente utilizando-se de atestados que comprovem atividades de outra empresa, ainda que do mesmo grupo econômico¹⁹.

E prossegue citando a orientação da consultoria Zênite sobre o assunto:

(...) Sendo assim, para comprovar que possui aptidão compatível com o disposto no instrumento convocatório da licitação, uma empresa não pode se valer da qualificação técnica de outra pessoa jurídica respaldada no simples fato de que ambas pertencem ao mesmo grupo econômico. Trata-se de empresas com personalidade jurídica distinta, por meio da qual adquirem direitos e obrigações que as individualizam perante o grupo.

Dessa feita, considerando os fundamentos expostos, não merece qualquer reparo a decisão que inabilitou a recorrente com fulcro no subitem 9.7, alínea “a”, do edital, em razão de a mesma não ter apresentado atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga, conforme exigido pelo subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital, de modo que o não acolhimento do recurso da **VAN OORD SERVIÇOS DE OPERAÇÕES MARÍTIMAS LTDA.** e a manutenção da decisão recorrida são medidas que se impõem.

3) Quanto ao recurso do CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA

Inicialmente, denota-se que a recorrente foi inabilitada com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", em razão de não ter apresentado o demonstrativo de cálculo dos índices financeiros de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral da Ster Engenharia Ltda., uma das empresas que compõe o consórcio, descumprindo a exigência prevista no subitem 3.7, alínea "e" c/c o subitem 6.1.3, alínea "c", do edital, conforme se extrai da ata da retomada da sessão de abertura e julgamento da habilitação:

[...], a licitante não apresentou no ENVELOPE Nº 01 - HABILITAÇÃO a demonstração financeira dos índices exigida no subitem 6.1.3, alínea "c", do edital da STER ENGENHARIA LTDA., integrante do consórcio.

A ausência da demonstração dos índices financeiros na forma prevista no subitem 6.1.3, alínea "c", do edital enseja a inabilitação da licitante, sendo que o instrumento convocatório trata do tema de maneira explícita a informar na nota do dispositivo mencionado anteriormente que:

NOTA: Será **INABILITADA** a licitante que **não apresentar qualquer um dos índices acima ou que apresentar índice com resultado INFERIOR a 1 (um)**.

Ademais, o edital prevê no subitem 3.7, alínea "e", que uma das condições para a admissão de empresas em consórcio é a apresentação, por parte de cada consorciada, de todos os documentos exigidos no subitem 6.1.3, o que inclui a demonstração financeira não apresentada pela STER ENGENHARIA LTDA.

Por este motivos, fica a licitante **INABILITADA**, com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital.

O subitem 3.7, alínea "e", do edital estabelece:

3.7. Será admitida a participação de empresas em consórcio, desde que atendidas as exigências abaixo, além das demais condições estabelecidas neste edital:

e) Apresentação, por parte de cada empresa consorciada, **de todos os documentos exigidos nos subitens 6.1.1, 6.1.2, 6.1.3, alíneas "a", "b" e "c", e 6.1.5, alínea "a",** deste edital.

Por sua vez, o subitem 6.1.3, alínea "c", do edital prevê:

6.1. Para fins de habilitação, as licitantes devem apresentar no ENVELOPE Nº 1 – HABILITAÇÃO, devidamente lacrado, os seguintes documentos:

6.1.3. Qualificação econômico-financeira:

c) Demonstração financeira, assinada pelo contador responsável e por sócio ou responsável legal da licitante, compatível com os dados do balanço patrimonial, que comprove a boa saúde financeira da licitante, que será avaliada pelos índices de LIQUIDEZ GERAL, LIQUIDEZ CORRENTE e SOLVÊNCIA GERAL, iguais ou maiores que 1 (um), resultantes da aplicação das fórmulas abaixo:

1. Índice de LIQUIDEZ GERAL com valor igual ou maior que 1,0 (um), obtido pela fórmula:

$$\text{LIQUIDEZ GERAL} = \frac{\text{ATIVO CIRCULANTE} + \text{REALIZÁVEL A LONGO PRAZO}}{\text{PASSIVO CIRCULANTE} + \text{EXIGÍVEL A LONGO PRAZO}} \geq 1,0$$

2. Índice de LIQUIDEZ CORRENTE com valor igual ou maior que 1,0 (um), obtido pela fórmula:

$$\text{LIQUIDEZ CORRENTE} = \frac{\text{ATIVO CIRCULANTE}}{\text{PASSIVO CIRCULANTE}} \geq 1,0$$

3. Índice de SOLVÊNCIA GERAL com valor igual ou maior que 1,0 (um), obtido pela fórmula:

$$\text{SOLVÊNCIA GERAL} = \frac{\text{ATIVO TOTAL}}{\text{PASSIVO CIRCULANTE + EXIGÍVEL A LONGO PRAZO}} \geq 1,0$$

NOTA: Será INABILITADA a licitante que não apresentar qualquer um dos índices acima ou que apresentar índice com resultado INFERIOR a 1 (um).

Por fim, o subitem 9.7, alínea "a", do edital prescreve:

9.7. Será considerada inabilitada a licitante que:

a) Deixar de apresentar ou apresentar os documentos em desconformidade para com as exigências contidas neste edital;

Em suas razões, a recorrente sustenta ter comprovado sua qualificação econômico-financeira sob o argumento de que o Município de Balneário Camboriú aderiu ao Sistema de Serviços Gerais – SISG, o que possibilitaria a verificação dos índices financeiros da Ster Engenharia Ltda. por meio do emprego da ferramenta Calculadora Financeira, disponibilizada no portal COMPRASNET aos órgãos cadastrados no SISG, mediante os dados constantes no balanço patrimonial apresentado pela empresa.

Aduz que a exigência do demonstrativo dos índices não está prevista no art. 31 da Lei Geral de Licitações, que, sob sua óptica, limita a comprovação da boa saúde financeira da licitante à apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício, documentos apresentados pela recorrente.

Sustenta que a inabilitação em razão da não apresentação do demonstrativo de cálculo dos índices representa medida demasiada e que a reconsideração não feriria o Princípio da Isonomia.

Argumenta que o patrimônio líquido das empresas que constituem o consórcio, demonstra a capacidade econômico-financeira da recorrente e que sua inabilitação configura formalismo exacerbado e fere o Princípio da Supremacia do Interesse Público, motivos pelos quais requer seja reconsiderada a decisão.

Em suma, são estas as razões apresentadas em sede de impugnação ao recurso.

Em apertada síntese, são estas as razões recursais.

Comunicado às demais licitantes na forma prevista no subitem 11.5 do edital, o **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** impugnou o recurso, defendendo a manutenção da decisão recorrida.

A impugnante aduz que o edital prevê de maneira inequívoca a inabilitação da licitante que não apresentar a demonstração financeira contendo os índices informados no subitem 6.1.3, alínea "c", de modo que a decisão não merece reforma.

Sustenta que embora os princípios invocados pela recorrente devam ser observados, a incidência do formalismo moderado não pode desregular as exigências editalícia, sob pena de impor risco ao interesse público.

Por fim, aduz que a exigência não configura risco à competitividade do certame e que eventual flexibilização em prol da recorrente caracterizaria tratamento desigual, importando em ato atentatório à isonomia e competitividade do procedimento licitatório, requerendo a manutenção da inabilitação.

Pois bem, o motivo que ensejou a inabilitação da recorrente foi a não apresentação da demonstração financeira da Ster Engenharia Ltda., integrante do consórcio, conforme exigido pelo subitem 6.1.3, alínea "c", do edital.

Preliminarmente, é oportuno destacar que a exigibilidade da demonstração financeira informando os índices referentes ao balanço patrimonial encontra previsão no art. 31, § 5º, da Lei Geral de Licitações, de modo que a exigência contida no edital não representa medida que comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo da licitação.

O art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/1993 expressa:

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Logo, não procede o argumento de que a exigência da demonstração financeira seria ilegal, visto que o subitem 6.1.3, alínea "c", do edital está de acordo com a legislação de regência.

Não obstante, a recorrente não apresentou qualquer impugnação prévia em face dos termos do instrumento convocatório, de modo que lhe decaiu o direito de revisão de seu conteúdo.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO SEGURANÇA - LICITAÇÃO - [...] INABILITAÇÃO DE EMPRESA LICITANTE [...] - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PRÉVIA AO EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. [...] A Administração Pública está restrita ao conteúdo do edital da licitação, sendo facultada a qualquer cidadão sua impugnação (§§ 1º e 2º e 'caput' do art. 41 da Lei Federal n. 8.666/1993). **Ausente a discussão prévia sobre o conteúdo do instrumento convocatório, decaiu o interessado do direito de revisão de seu conteúdo.** (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.002561-7, de Campos Novos, r. Jaime Ramos, 4ª Câmara de Direito Público, j. 03-09-2015) [grifou-se]

Quanto ao mérito, a tese de que os índices financeiros da Ster Engenharia Ltda. poderiam ser verificados pela Comissão Permanente de Licitação por meio de ferramenta disponibilizada no portal COMPRASNET não procede.

Ora, o que a recorrente pretende é transmitir para a Administração a obrigação de buscar os documentos que deveriam constar originalmente da proposta, o que é estritamente vedado pelo art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, que determina:

§ 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.**

Como visto anteriormente, **a inabilitação se deu em razão de a empresa ter deixado de atender requisito legal expressamente previsto no edital**, ou seja, a decisão que a inabilitou apenas seguiu as regras pré-estabelecidas no instrumento convocatório.

Aqui há de se destacar que não bastasse o fato de **a NOTA prevista no subitem 6.1.3, alínea "c", deixar claro que a não apresentação dos índices enseja a inabilitação da licitante**, assim como o subitem 9.7 prever a inabilitação da empresa que deixar de apresentar os documentos exigidos no edital, o subitem 3.7.1, fazendo remissão ao subitem 3.7, estabelece que:

3.7.1. **A não apresentação** ou apresentação em desconformidade **de qualquer um dos documentos referidos acima**, ou ainda, o não atendimento dos índices fixados no edital, por qualquer uma das empresas, INABILITARÁ o consórcio.

Logo, não se verifica qualquer vício que macule a decisão que inabilitou a recorrente.

Frisa-se que as normas e condições estabelecidas no edital não podem ser descumpridas, sob pena de infringência ao art. 41 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA LEGAL DE CERTIDÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. As previsões editalícias vinculam, com força de lei, o procedimento licitatório, sendo proibida a habilitação de concorrentes que delas se distanciem, em especial quando não apresentada certidão cuja exigência está prevista em norma legal. (TJSC, Apelação Cível n. 0005027-50.2013.8.24.0038, de Joinville, r. Des. Sônia Maria Schmitz, Quarta Câmara de Direito Público, j. 11-05-2017)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PLEITO DE HABILITAÇÃO NO CERTAME NEGADO. DOCUMENTOS APRESENTADOS QUE NÃO ATENDEM ÀS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO EDITAL. PREVISÃO EDITALÍCIA. DEVER DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CONDIÇÕES A TODOS OS CONCORRENTES, INSCULPIDOS, RESPECTIVAMENTE, NO ART. 41 DA LEI 8.666/90 E NO ART. 37, XXI, DA CARTA MAIOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame" [...]. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4020260-60.2018.8.24.0000, da Capital, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 08-10-2019).

[...] LICITAÇÃO - VINCULAÇÃO AO EDITAL [...]. Ainda que, por vezes, o formalismo extrapole o razoável no julgamento das licitações, há exigências técnicas que não podem ser desconsideradas na medida em que interfiram na justiça da disputa. A atenção aos termos do edital aparece como uma garantia de todos: dos licitantes, que se submeterão a análise uniforme; do interesse público, o qual, diante dos reclamos importantes, terá a perspectiva de contratação por particular idôneo. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação Cível n. 0002586-39.2011.8.24.0015, de Canoinhas, r. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 07-12-2017)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. CONTRATO. EDITAL. VINCULAÇÃO. As previsões editalícias vinculam, com força de lei, o procedimento licitatório e tudo o que dele sobrevier, inclusive o contrato, sendo proibido aos contratantes delas se distanciareem, sob pena de malferirem os princípios da isonomia e da competitividade. (TJSC - ACV n. 2006.021932-2, de Chapecó, r. Des^a. Sônia Maria Schmitz, j. 27-10-2009)

Não é diferente o entendimento doutrinário, conforme lição de Marçal Justen Filho:

O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada²⁰.

Assim, considerando ser dever da Administração dar fiel cumprimento aos termos do edital, a arguição no sentido de haver formalismo exacerbado na decisão não merece prosperar, ainda mais tendo em vista que a apresentação da demonstração financeira informando os índices financeiros compatíveis com o balanço patrimonial para a aferição da saúde financeira da empresa, se encontra elencada no rol de documentos exigíveis para fins de habilitação (art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/1993).

Enfrentando um caso similar ao presente, o TJSC manifestou entendimento de que o erro ou a ausência das demonstrações financeiras é motivo para a inabilitação no certame, conforme denota-se da decisão colacionada abaixo:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇO. FASE DE HABILITAÇÃO. CONCORRENTE DESCLASSIFICADO. PREVISÃO EDITALÍCIA. NECESSIDADE DE JUNTADA DO CÁLCULO DOS ÍNDICES CONTÁBEIS PARA EVIDENCIAR A SITUAÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2010.052298-5, de Lages, rel. Des. José Volpato de Souza, 4ª Câmara de Direito Público, j. 24-11-2011) [grifou-se]

Aqui, é oportuno citar um trecho da manifestação do Procurador de Justiça, citada na decisão colacionada acima e cujos fundamentos foram adotados como razão de decidir:

A comissão responsável pelo procedimento licitatório logicamente, impende ressaltar por oportuno, **competete conferir os documentos e cálculos apresentados, mas não a obrigação, como insistentemente pretendem fazer crer as apelantes, de resolver, por conta própria, a referida expressão matemática.** Portanto, **ante a ausência do documento necessário para aferir a boa situação econômico-financeira das licitantes,** ora recorrentes, **não há se falar em ilegalidade ou abusividade no ato administrativo que determinou a inabilitação de ambas no Certame, e por conseguinte, em violação a qualquer direito,** muito menos líquido e certo a ser amparado na via mandamental eleita.

Não se diga, de outra parte, que a exigência do cálculo dos índices contábeis envolva mero capricho de cunho formal da comissão licitante, uma vez que a situação econômico-financeira das empresas concorrentes poderia ser averiguada por meio dos demais documentos apresentados, pois, **se a exigência daqueles cálculos se encontra prevista no regulamento do Certame e na própria Lei de Licitações (art. 31, § 5º), com a finalidade de evitar qualquer subjetividade na análise da qualificação financeira das empresas licitantes, resulta evidente sua indispensabilidade.** [...]

Aliás, se a questão, como alegam, envolvia simples equação aritmética, deveriam, naquela oportunidade, ter tido as impetrantes a cautela de entregar o cálculo faltante, justamente para evitar que posterior cassação da medida liminar inviabilizasse o prosseguimento delas na Tomada de Preços n. 02/2009 - SEMASA, uma vez que o momento oportuno restou precluso em face da realização da audiência do dia 20 de outubro de 2009" (fls. 180-181 da ACMS n. 2010.052298-5).

Por fim, flexibilizar as regras previstas no edital, ao qual a Administração encontra-se vinculada, nos termos do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, representaria violação aos princípios da isonomia, pois dispensaria tratamento diferenciado à recorrente em prejuízo das demais licitantes, e da vinculação ao instrumento convocatório, ambos previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

Dessa feita, considerando os fundamentos expostos, não merece qualquer reparo a decisão que inabilitou a recorrente com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", c/c 3.7, alínea "e" do edital (e também com fulcro no subitem 3.7.1 do edital), em razão de uma das empresas do consórcio não ter apresentado as demonstrações financeiras, conforme exigido pelo subitem 6.1.3, alínea "c", c/c 3.7, alínea "e", do edital, de modo que o não acolhimento do recurso do **CONSÓRCIO DRAGABRAS/STER** e a manutenção da decisão recorrida são medidas que se impõem.

4) Quanto ao recurso do CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL

Inicialmente, denota-se que a recorrente foi inabilitada com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", em razão de não ter apresentado atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga com quantidade igual ou superior a quinhentos mil metros cúbicos, conforme exigido pelo subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, conforme se extrai da ata da retomada da sessão de abertura e julgamento da habilitação:

Foram apresentadas impugnações no sentido de que a licitante não apresentou atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga com quantidade igual ou superior a quinhentos mil metros cúbicos, conforme exigido pelo subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital.

Considerando se tratar de tema estritamente técnico, cuja análise demanda expertise na área de engenharia, a CPL solicitou manifestação do órgão técnico deste Município (fls. 3.749/3.751-V).

Instado a se manifestar, o órgão técnico proferiu às fls. 3.761/3.767 o entendimento de que o atestado de fls. 3.330/3.334 supriria a exigência do subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital.

No entanto, conforme visto no item 4, "a", "I", desta ata, o atestado que supriria à exigência do subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, juntado às fls. 3.330/3.334, fora emitido para o "Consórcio Edcon – Jan de Nul", sem especificar o percentual de execução de cada consorciada, motivo pelo qual foi promovida diligência com o fito de esclarecer a questão.

Conforme relatado no item 4, "a", "I", desta ata, o instrumento particular de constituição do "Consórcio Edcon – Jan de Nul", formado pelas empresas Jan de Nul do Brasil Ltda. e Edcon Comércio e Construções Ltda., responsável pela execução da obra do atestado citado anteriormente, estabelece em sua cláusula oitava as obrigações específicas de cada consorciada:

8.1.1 A JDN obriga-se à: (i) realizar dragagem marítima, providenciando equipamento, tubulação terrestre submersível e flutuante; (ii) providenciar a contratação de Responsável para a indicação/supervisão de operações na praia, com manipulação de tubulação terrestre e espalhamento com Bulldozer, 24 (vinte e quatro) horas por dia, nos 7 (sete) dias da semana; (iii) providenciar a mobilização e desmobilização de equipamento de draga e tubulação; (iv) providenciar o armazenamento de tubulação submersível e instalação marítima; e (v) providenciar o armazenamento de tubulação flutuante e instalação marítima.

8.1.2. A EDCON obriga-se à: (i) realizar a administração local; (ii) realizar serviços preliminares à execução da obra; (iii) realizar o espalhamento de material na faixa de areia de praia, com disponibilização em tempo integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, nos 7 (sete) dias da semana durante a execução do Contrato, dos seguintes equipamentos: 1 (uma) Retroescavadeira tipo Cat 325 ou 330; 1 (um) Carregador Frontal tipo Cat 930; e 2 (dois) Bulldozer Cat D6, LGP, além de disponibilizar pessoal para a manipulação da tubulação e efetuar o espalhamento de areia na praia.

Dessa forma, o instrumento particular de constituição do consórcio evidencia que a JAN DE NUL DO BRASIL LTDA. foi responsável pela execução da dragagem, ao passo que a Edcon Comércio e Construções Ltda. foi responsável pelo aterro hidráulico, na obra informada no atestado expedido pela Prefeitura de Fortaleza, de modo que o documento aproveita à licitante no que diz respeito à exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b" item 1, do edital, mas não ao subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital.

Foram apresentados outros atestados de capacidade técnica que dizem respeito à execução de obras em portos marítimos, incluindo o aterramento, o que denota o não atendimento à exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, que condiciona a habilitação à apresentação de atestado de capacidade técnica que comprove a execução de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga.

Dessa feita, visto não ter apresentado atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga com quantidade igual ou superior a quinhentos mil metros cúbicos, conforme exigido pelo subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, fica a licitante **INABILITADA**, com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital.

O subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital estabelece:

6.1. Para fins de habilitação, as licitantes devem apresentar no ENVELOPE Nº 1 – HABILITAÇÃO, devidamente lacrado, os seguintes documentos:

6.1.5. Quanto à qualificação técnico-operacional:

b) Atestado de capacidade técnica emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, acompanhado da respetiva Certidões de Acervo Técnico, que comprovem a prestação de serviços anteriores com as seguintes características:

2. Execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga, com características semelhantes às do objeto da licitação ou de maior porte e complexidade, com quantidade igual ou superior a 500.000 m³ (quinhentos mil metros cúbicos).

Por fim, o subitem 9.7, alínea "a", do edital prescreve:

9.7. Será considerada inabilitada a licitante que:

a) Deixar de apresentar ou apresentar os documentos em desconformidade para com as exigências contidas neste edital;

Em suas razões, a recorrente pugna pela reforma da decisão que a inabilitou sob o argumento de que o atestado de capacidade técnica emitido para o Consórcio Edcon – Jan de Nul pela Prefeitura Municipal de Fortaleza (fls. 3.330/3.334), supre a exigência do subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, alegando que a parcela executada pela Jan de Nul do Brasil Dragagem Ltda. compreende o aterro hidráulico e que a Edcon Comércio e Construções Ltda. ficou encarregada da execução não do aterro hidráulico, mas sim do serviço de terraplenagem.

Teceu comentários sobre trechos do Projeto Básico que, ao seu ver, embasam sua tese, em especial no sentido de que a metodologia da obra objeto desta licitação ensejaria o entendimento de que o aterro hidráulico está inserido no rol de atribuições incumbidas à Jan de Null do Brasil Dragagem Ltda. no termo de constituição de consórcio.

Prossegue com o argumento de que o objeto licitado contempla três tipos distintos de serviço: dragagem, aterro hidráulico e terraplenagem e que a Jan de Null do Brasil Dragagem Ltda. executou os serviços de dragagem e aterro hidráulico na obra atestada no documento de fls. 3.330/3.334.

Ao final, comenta que a Secretaria de Planejamento Urbano e Gestão Orçamentária declarou que o referido atestado atende ao subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital e requer a reconsideração da decisão que a inabilitou.

Em apertada síntese, são estas as razões recursais.

Comunicado às demais licitantes na forma prevista no subitem 11.5 do edital, o **CONSÓRCIO DRAGABRAS-STER ENGENHARIA** impugnou o recurso, defendendo a manutenção da decisão recorrida.

A impugnante aduz que o edital exige a apresentação de um certificado que comprove a execução de obra de dragagem em praia marítima e um certificado que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praia marítima e que os atestados devem informar o que efetivamente o que a empresa executou, frisando que a Administração pode considerar, para fins de qualificação técnica, somente as parcelas efetivamente executadas por licitante que integra consórcio para quem seja emitido atestado de capacidade técnica.

Sustenta que da leitura dos documentos apresentados pela recorrente, tem-se que na obra informada no atestado de fls. 3.330/3.334, a Jan de Nul Dragagem Ltda. executou o serviço de dragagem e a Edcon Comércio e Construções Ltda., o serviço de espalhamento/aterro, enfatizando que o serviço de espalhamento informado naquele atestado é justamente o equivalente ao serviço de aterro hidráulico.

Por fim, argui que o referido atestado não atende ao subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, em razão de os itens A.4.1 e B.4.1 do documento mencionarem apenas o espalhamento de areia, não havendo menção expressa à execução de aterro hidráulico.

Ao final, requer seja mantida a decisão que inabilitou a recorrente.

Em suma, são estas as razões apresentadas em sede de impugnação ao recurso.

Pois bem, o motivo que ensejou a inabilitação da recorrente diz respeito à qualificação técnica, que, na lição de Marçal Justen Filho, "consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado"²¹.

A condição não atendida pela recorrente trata, mais precisamente, da qualificação técnico-operacional, que "consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública"²².

A qualificação técnico-operacional está prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2 do edital, que exige a apresentação de atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga, com características semelhantes às do objeto da licitação ou de maior porte e complexidade, com quantidade igual ou superior a 500.000 m³.

A recorrente afirma que o atestado emitido pela Prefeitura Municipal de Fortaleza para o "Consórcio Edcon – Jan de Nul" (fls. 3.330/3.334) atende ao subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, não fazendo menção a qualquer outro atestado apresentado na habilitação, o que importa no reconhecimento tácito de que os demais atestados de capacidade técnica não suprem esta exigência.

Logo, a controvérsia cinge-se à questão se os serviços executados pela Jan de Nul do Brasil Dragagem Ltda. quando da participação do Consórcio Edcon – Jan de Nul, responsável pela execução do objeto informado no atestado de fls. 3.330/3.334, dizem respeito ao aterro hidráulico, conforme exigido pelo subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital.

Inicialmente, é oportuno analisar se o atestado de fls. 3.330/3.334 atende à exigência prevista no item 2 da alínea "b" do subitem 6.1.5 do edital, visto que, de acordo com a impugnante do recurso, o documento não contemplaria a execução de aterro hidráulico.

Por ser uma questão estritamente técnica, a Comissão Permanente de Licitação remeteu a digitalização do atestado de fls. 3.330/3.334 (assim os atestados apresentados pelas demais licitantes) para análise e manifestação do órgão técnico, por meio do Memorando 18.868/2020 (fls. 3.764-V/3.767), encaminhado para o Secretário de Planejamento Urbano e Gestão Orçamentária.

Por meio do memorando mencionado anteriormente, o órgão foi instado a se manifestar acerca da qualificação técnica das licitantes, sendo-lhes questionados, entre outros quesitos, se a recorrente atendeu à exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital:

A Comissão Permanente de Licitação [...] vem junto a vossa senhoria solicitar manifestação acerca dos quesitos informados abaixo, os quais versam sobre o atendimento das exigências relativas à qualificação técnica [...].

[...] solicitamos manifestação acerca dos documentos apresentados para comprovar a qualificação técnico-operacional das licitantes, observando a exigência prevista no subitem 6.1.4, alínea "b", item 1, do edital:ⁱⁱ

6.1. Para fins de habilitação, as licitantes devem apresentar no ENVELOPE Nº 1 – HABILITAÇÃO, devidamente lacrado, os seguintes documentos: (...)

6.1.5. Quanto à qualificação técnico-operacional: (...)

b) Atestado de capacidade técnica emitido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, acompanhado da respetiva Certidões de Acervo Técnico, que comprovem a prestação de serviços anteriores com as seguintes características: [...]

2. Execução de obra de aterro hidráulico em praias marítimas com uso de draga, com características semelhantes às do objeto da licitação ou de maior porte e complexidade, com quantidade igual ou superior a 500.000 m³ (quinhentos mil metros cúbicos).

Para tanto, solicitamos sejam respondidos os seguintes quesitos: [...]

CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL

7.1. A partir da análise dos documentos juntados às fls. 3.330/3.339-V (Doc. 04), questiona-se: [...]

b) A licitante atendeu a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital? [grifou-se]

Após o processamento do memorando na unidade técnica, retornou a resposta por meio do Despacho 4: 18.868/2020 (fls. 3.764-V/3.767), emitido por um dos engenheiros que atuam no órgão e ratificado pelo Diretor Departamento de Planejamento e Gestão Orçamentária e pelo Secretário de Planejamento e Gestão Orçamentária:

RESPOSTAS A QUESITOS [...]

7. CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL

7.1 – Doc. 04 [...]

b) atende – fl. 3.334 [grifou-se]

É oportuno destacar que a manifestação supra ocorreu em vinte e nove de junho de dois mil e vinte, quando não a diligência requerida às fls. 3.873/3.874-V, datada de dez de agosto, que requereu à recorrente o documento de constituição do Consórcio Edcon – Jan de Nul e esclareceu quais parcelas da obra cada consorciada executou, ainda não havia sido realizada, ou seja, **quando o órgão técnico se manifestou, não havia sido esclarecido quais parcelas da obra informada no atestado foram executadas pela Jan de Nul do Brasil Dragagem Ltda.**

Considerando a ressalva acima, verifica-se da manifestação proferida pela Secretaria de Planejamento Urbano e Gestão Orçamentária e ratificado por um dos subscritores do Projeto Básico, que **o atestado supriu a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, MAS NÃO A RECORRENTE, conforme será explicado a seguir, de modo que a tese apresentada na impugnação ao recurso de que o documento não atende o edital não merece guarida.**

Como visto, o atestado de fls. 3.330/3.334 supre a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, todavia, **o mesmo não pode ser dito da recorrente.**

ⁱⁱ A redação adequada é subitem 6.1.5, "b", itens 1 e 2, do edital, todavia, o dispositivo correto foi transcrito na sequência e consta nos quesitos informados, de modo que o equívoco não prejudicou a interpretação.

Isso porque, conforme depreende-se da leitura da cláusula oitava do Instrumento Particular de Constituição do Consórcio Edcon – Jan de Nul (fls. 3.890/3.899), **a parcela executada pela Jan de Nul do Brasil Dragagem do Brasil Ltda. não contempla o aterro hidráulico.** Vejamos:

CLÁUSULA OITAVA - DAS ETAPAS DE PARTICIPAÇÃO NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

8.1 As partes envidarão seus melhores esforços para execução de forma conjunta os serviços objeto do presente Instrumento, **cabendo, contudo, a cada uma delas, de forma individualizada, as seguintes obrigações específicas:**

8.1.1 A JDN obriga-se à: **(i) realizar dragagem marítima, providenciando equipamento, tubulação terrestre submersível e flutuante;** (ii) providenciar a contratação de Responsável para a indicação/supervisão de operações na praia, com manipulação de tubulação terrestre e espalhamento com Bulldozer, 24 (vinte e quatro) horas por dia, nos 7 (sete) dias da semana; (iii) providenciar a mobilização e desmobilização de equipamento de draga e tubulação; (iv) providenciar o armazenamento de tubulação submersível e instalação marítima; e (v) providenciar o armazenamento de tubulação flutuante e instalação marítima.

8.1.2. **A EDCON obriga-se à:** (i) realizar a administração local; (ii) realizar serviços preliminares à execução da obra; **(iii) realizar o espalhamento de material na faixa de areia de praia, com disponibilização em tempo integral, 24 (vinte e quatro) horas por dia, nos 7 (sete) dias da semana durante a execução do Contrato, dos seguintes equipamentos: 1 (uma) Retroescavadeira tipo Cat 325 ou 330; 1 (um) Carregador Frontal tipo Cat 930; e 2 (dois) Bulldozer Cat D6, LGP, além de disponibilizar pessoal para a manipulação da tubulação e efetuar o espalhamento de areia na praia.** [grifou-se]

Denota-se do trecho acima que competiu individualmente à Edcon Comércio e Construções Ltda. a execução dos serviços de espalhamento de material na faixa de areia de praia com equipamentos de retroescavadeira, carregador frontal e bulldozer além de disponibilizar o pessoal necessário ao espalhamento de areia na praia.

Pois bem, o item 14.1 do Projeto Básico define o conceito de aterro hidráulico:

14. ATERRO HIDRÁULICO

14.1. OBRAS E SERVIÇOS DE CONFORMAÇÃO DO PREENCHIMENTO ARTIFICIAL DA PRAIA

Para os fins deste Projeto é adotada a expressão Aterro Hidráulico para o conjunto de serviços a serem executados por tratores de esteira, pás carregadeiras e escavadeiras hidráulicas, na área da praia, também denominados de “preenchimento artificial”, “engordamento” ou “nutrição da praia”, com areia identificada no projeto executivo. O processo do aterro contempla o confinamento parcial do material de repulsão oriundo da draga que deverá ser disposto na praia de forma a compor o perfil projetado para a praia. O serviço do aterro inicia com a distribuição do material através de uma linha de tubos com o diâmetro desejado, implantado na praia com uma extensão média de 250 metros com, pelo menos, duas bocas de saídas para despejo o material. A linha de terra deverá ter um ramal principal que deverá ser bifurcado para a formação de duas linha de repulsão, sendo uma mais próxima a berma da praia e outra separada em torno de 20 metros.

Verifica-se, portanto, que os serviços indicados na cláusula 8.1.2 do termo de constituição de consórcio contemplam justamente o conjunto de serviços elencado no item 14.1 do Projeto Básico como aterro hidráulico, **em outras palavras, da leitura dos trechos colacionados acima é possível concluir que a Edcon Comércio e Construções Ltda. foi a responsável, de forma individualizada, pela execução do aterro hidráulico,** competindo à Jan de Nul do Brasil Dragagem Ltda. somente os serviços de dragagem, de modo que a recorrente não atende à exigência do subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital.

A alegação de que os serviços descritos na cláusula 8.1.2 do termo de constituição do consórcio dizem respeito somente à terraplenagem não prospera, **visto que o próprio Projeto Básico, parte integrante do instrumento convocatório, define o que entende por aterro hidráulico e, de acordo com esta definição, competiu à Edcon Comércio e Construções Ltda. a execução dos serviços de aterro hidráulico na obra realizada no Município de Fortaleza**, não aproveitando o atestado à Jan de Nul do Brasil Dragagem Ltda.

Não obstante, a leitura do item 3.1.2 da Planilha Orçamentária (Anexo XII do edital) demonstra que o aterro hidráulico compreende justamente o serviço de espalhamento da areia, vejamos:

3	OBRAS DE ALIMENTAÇÃO ARTIFICIAL
3.1	Serviços de Dragagem e <u>Aterro Hidráulico</u>
3.1.1	Dragagem com draga autotransportadora (hopper) - Capacidade mínima da cisterna de 4.500 m³. Profundidade de dragagem (dredging depth) entre 30 e 40 m. Areia a ser explorada na jazida D50 : entre 0,18 mm a 0,22mm. Distancia média até a jazida 7,4 milhas náuticas, considerando profundidade mínima operacional da lança. Distancia da linha de recalque de até a praia (pipe line) conforme capacidade da draga (mínima de 1.750m). Linha de recalque dupla em terra (325 metros) inclusive o deslocamento mecanizado da linha nas etapas ao longo da praia com auxílio de carregadeira e escavadeira hidráulica.
3.1.2	Espalhamento de material de 1ª categoria com trator de esteira e auxílio de escavadeira hidráulica - movimentação de terra e trincheiras de contenção

[grifou-se]

Do trecho colacionado acima é possível deduzir que, como o item 3.1 da Planilha Orçamentária se refere aos serviços de dragagem E aterro hidráulico, o subitem 3.1.1 descreve os serviços de dragagem e o subitem 3.1.2, os serviços de aterro hidráulico, descritos como **“espalhamento de material de 1ª categoria com trator de esteira e auxílio de escavadeira hidráulica - movimentação de terra e trincheiras de contenção”**.

Logo, verifica-se que o atestado emitido pela Prefeitura Municipal de Fortaleza diz respeito à uma obra em que uma empresa estranha ao consórcio DTA/JAN DE NUL executou o aterro hidráulico, de modo que o documento não comprova a qualificação técnico-operacional da recorrente, nos termos exigidos no subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital.

Dessa forma, os argumentos apresentados pela recorrente de que o atestado supre a exigência do subitem 6.1.5, alínea “b”, item 2, do edital e que o mesmo comprova a execução de aterro hidráulico pela Jan de Nul do Brasil Dragagem Ltda. não merecem prosperar.

Aqui, **é oportuno destacar que conferir interpretação diversa das condições e cláusulas do instrumento convocatório macularia de morte todo o processo licitatório**, visto ser vedado à Administração descumprir as normas do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, nos termos do art. 41, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

Não só isso, **desconsiderar a definição de aterro hidráulico prevista no Projeto Básico, parte integrante do edital, quando do julgamento da habilitação, violaria não só o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, mas também o Princípio da Isonomia, visto que configuraria tratamento diferenciado para a recorrente em prejuízo das demais licitantes**, o que desvirtuaria o instituto da licitação, cujos princípios basilares estão previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da

moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Quanto a este tema, colhe-se da jurisprudência do TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. **EMPRESA INABILITADA POR NÃO APRESENTAR OS DOCUMENTOS RELATIVOS À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.** DEVER DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CONDIÇÕES A TODOS OS CONCORRENTES, INSCULPIDOS, RESPECTIVAMENTE, NO ART. 41 DA LEI 8.666/90 E NO ART. 37, XXI, DA CARTA MAIOR. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À HABILITAÇÃO NO CERTAME. RECURSO DESPROVIDO. **"Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame"** [...] (TJSC, Mandado de Segurança n. 4001882-22.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-05-2020). [grifou-se]

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NO ENVELOPE DA PROPOSTA TÉCNICA DA PRIMEIRA COLOCADA NO CERTAME, CONSISTENTE NA INOBSERVÂNCIA DO ITEM 6.1. DO EDITAL. PLANO DE COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA ENTREGUE, EM TESE, EM FORMATO DIVERSO DO EXIGIDO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. AUSÊNCIA DE QUALQUER ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (TJSC, Apelação Cível n. 0301256-45.2017.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 18-06-2019).

Não obstante, a recorrente não apresentou qualquer impugnação prévia em face dos termos do instrumento convocatório, de modo que lhe decaiu o direito de revisão de seu conteúdo.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO SEGURANÇA - LICITAÇÃO - [...] INABILITAÇÃO DE EMPRESA LICITANTE [...] - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PRÉVIA AO EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. [...] A Administração Pública está restrita ao conteúdo do edital da licitação, sendo facultada a qualquer cidadão sua impugnação (§§ 1º e 2º e 'caput' do art. 41 da Lei Federal n. 8.666/1993). **Ausente a discussão prévia sobre o conteúdo do instrumento convocatório, decaiu o interessado do direito de revisão de seu conteúdo.** (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2013.002561-7, de Campos Novos, r. Jaime Ramos, 4ª Câmara de Direito Público, j. 03-09-2015) [grifou-se]

Por fim, no tocante à questão da comprovação da execução de aterro hidráulico de acordo com o estabelecido no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, denota-se a relevância da comprovação deste requisito em razão do objeto licitado da manifestação referente à primeira sessão (que restou anulada), na qual o órgão técnico frisou que o objeto final é o aterro hidráulico (fls. 2.440).

Dessa feita, considerando os fundamentos expostos, não merece qualquer reparo a decisão que inabilitou a recorrente com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital, em razão de a mesma não ter apresentado atestado de capacidade técnica que comprove a execução de obra de **aterro hidráulico em praias marítimas** com uso de draga conforme exigido pelo subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, de modo que o não acolhimento do recurso do **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** e a manutenção da decisão recorrida são medidas que se impõem.

IV - CONCLUSÃO

Com base nos fatos e fundamentos expostos acima, a Comissão Permanente de Licitação, com fundamento no subitem 11.6 do edital, **CONHECE** dos recursos interpostos para, em sede de juízo de reconsideração:

1. **MANTER** a incólume decisão que inabilitou a **ENTERPA ENGENHARIA LTDA.** com fulcro nos subitens 9.4.3 e 9.7, alínea "a", do edital, por falta de condição de participação e pela não apresentação de garantia de proposta na forma prevista no subitem 6.1.3, alínea "d", do edital, em consonância para com o art. 56, § 1º, III, da Lei nº 8.666/1993, respectivamente, permanecendo a licitante **INABILITADA**;
2. **MANTER** a incólume decisão que inabilitou a **VAN OORD SERVIÇOS DE OPERAÇÕES MARÍTIMAS LTDA.** com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital, em razão de a mesma não ter apresentado atestado de capacidade técnica que satisfaça a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, permanecendo a licitante **INABILITADA**;
3. **MANTER** a incólume decisão que inabilitou o **CONSÓRCIO DRAGABRAS/STER** com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", c/c 3.7, alínea "e" do edital (e também 3.7.1 do edital), em razão de a Ster Engenharia Ltda., uma das empresas consorciadas, não ter apresentado as demonstrações financeiras exigidas no subitem 6.1.3, alínea "c", do edital, permanecendo a licitante **INABILITADA**;
4. **MANTER** a incólume decisão que inabilitou o **CONSÓRCIO DTA/JAN DE NUL** com fulcro no subitem 9.7, alínea "a", do edital, em razão de o mesmo não ter apresentado atestado de capacidade técnica que satisfaça a exigência prevista no subitem 6.1.5, alínea "b", item 2, do edital, permanecendo a licitante **INABILITADA**.

Remeta-se o recurso para o Secretário de Compras, na forma do subitem 11.6, do edital.

Balneário Camboriú, SC, 2 de setembro de 2020.

IVAN JOSÉ PACZUK

Comissão Permanente de Licitação
Decreto nº 9.589/2019

MAYARA SEVERIANO

Comissão Permanente de Licitação
Decreto nº 9.589/2019

PAULO R. GUIMARÃES

Comissão Permanente de Licitação
Decreto nº 9.589/2019

- 1 Protocolo 26.515/2020, Código externo: 209.718.614.709 (fls. 3.954/3.992)
- 2 Protocolo 26.615/2020, Código externo: 774.804.920.185 (fls. 3.939/3.953)
- 3 Protocolo 26.545/2020, Código externo: 794.831.750.637 (fls. 3.928/3.938-V)
- 4 Protocolo 26.596/2020, Código externo: 776.749.947.090 (fls. 3.993/3.998)
- 5 Protocolo 27.844/2020, Código externo: 580.652.039.744 (fls. 4.023/4.030)
- 6 Protocolo 27.846/2020, Código externo: 698.596.006.500 (fls. 4.017/4.022-V)
- 7 Protocolo 27.847/2020, Código externo: 902.556.542.312 (fls. 4.013/4.016-V)
- 8 Protocolo 27.867/2020, Código externo: 385.819.905.788 (fls. 4.003/4.012)
- 9 Disponível em: <https://certidoes-apf.apps.tcu.gov.br>

¹⁰ Efetivação das condenações nas ações de responsabilização por improbidade administrativa: manual e roteiro de atuação. 2. ed. Brasília: MPF, 2019. p. 28. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/01_19_manual_efetivacao_das_condenacoes_2_edicao_online.pdf. Consulta em: 27/08/2020.

¹¹ Disponível em: https://sei.londrina.pr.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?9LibXMaGnN7gSpLFOOqUQFziRouBJ5VnVL5b7-UrE5RJicIN3gSRVKhHcuaGNGLTIP5nzuhVeJ30I65-wwdUXrlPItmD1VBvgDsOifwzZJ9sKb8RbnqbCXrvVDgmr9B. Consulta em: 27/08/2020.

¹² Sanções por ato de improbidade administrativa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de-improbidade-administrativa>. Consulta em: 27/08/2020.

¹³ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Responsabilidade e parecer jurídico no exercício da função administrativa. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.20.07.PDF. Acesso em: 28/08/2020.

¹⁴ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/carta-de-servicos/consulta-situacao-de-pessoa-juridica.htm>. Acesso em 28/08/2020.

¹⁵ Disponível em <https://www3.bcb.gov.br/certifaut/emissao/emissao>. Acesso em 28/08/2020.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1.195.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 714.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 736.

¹⁹ TCE/MG. Impossibilidade de apresentação por licitante pertencente a grupo econômico de atestado de qualificação técnica de outra empresa do grupo e de pontuação por atestados como fator diferenciador de avaliação e julgamento. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. v. 73. n. 4. out. nov. dez. 2009. p. 249. Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/684.pdf>. Acesso em: 31/08/2020.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 963.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 714.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 736.