



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

RESPOSTA AO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

PROCESSO N.º : 11974/2019
REQUERENTE : F.F.S. OLIVEIRA - EIRELI
PREGÃO ELETRÔNICO N.º : 201/2019
INTERESSADOS : DEPARTAMENTO DE COMPRAS, LICITAÇÕES E CONTRATOS
SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO
ASSUNTO : ESCLARECIMENTO AO EDITAL

1 RETROSPECTO

Trata-se de solicitação encaminhada em 28/12/2019 e formalizada pela empresa F.F.S. OLIVEIRA – EIRELI, em relação ao Pregão Eletrônico n.º 201/2019, cujo objeto é a *Contratação de prestadora de serviços de mão de obra para execução de serviços de cozinheira, auxiliar de serviços gerais, motorista, operador de máquinas, serventes e profissional de obras para atendimento das demandas das Secretarias Municipais.*

A requerente solicita que seja revisto a ausência de previsão editalícia de correção monetária e juros de mora em caso de atraso nos pagamentos ao fornecedor, solicita esclarecimento quanto a exigência de firma e autenticação em cartório e quanto a exigência de atestado de capacidade técnico operacional, com prazo de comprovação mínima de 12 meses.

Vieram os autos a esta Pregoeira para avaliar a admissibilidade e mérito do esclarecimento.

É o relatório.

2 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O Pedido de Esclarecimento do Edital está prevista nas disposições do art. 23,¹ do Decreto Federal nº 10.024/19, e permite ao cidadão e ao interessado solicitação de pedido de esclarecimento dos termos do edital até o terceiro dia útil anterior à abertura da sessão pública do certame.

O pedido de esclarecimento foi enviado em 28/11/2019, sendo que a sessão pública que visa a abertura das propostas estava marcada para o dia 04/12/2019, às 09 horas, o que denota a sua **tempestividade**.

¹ “Art. 23. Os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório serão enviados ao pregoeiro, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, por meio eletrônico, na forma do edital. § 1º O pregoeiro responderá aos pedidos de esclarecimentos no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento do pedido, e poderá requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos. § 2º As respostas aos pedidos de esclarecimentos serão divulgadas pelo sistema e vincularão os participantes e a administração.”



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

Quanto aos demais pressupostos, o pedido de esclarecimento foi apresentado por parte legítima e interessada, endereçada à autoridade competente, fundamentada e devidamente representada.

Superados os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame do mérito.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS MORATÓRIOS

A correção monetária, na dicção de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, diante do atraso de pagamento por parte do Poder Público "(...) sujeita-o a preservar o valor do crédito de sua contraparte, mediante *correção monetária*".²

A correção incide, nos termos do § 7º do art. 7º da Lei n.º 8.666/93, "... desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento". A obrigação, ainda, é prevista no art. 40, inc. XIV, c, onde se prescreve que incide a correção "... desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento"; e também no inc. III do art. 55, o qual faz referência, do mesmo modo, aos "... critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento".³

Dispõem, ainda, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO e Lucas Rocha FURTADO que a correção financeira incidiria somente nos casos de atraso do pagamento pela Administração Pública:

*"O atraso de pagamento por parte do Poder Público sujeita-o a preservar o valor do crédito de sua contraparte, mediante correção monetária, segundo critérios previstos no ato convocatório (art. 59, §13). Tal correção incidirá, conforme previsto no art. 7º, §7º, "desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento". Outrossim, a mesma obrigação prevista quer no art. 40 disciplinador das cláusulas obrigatórias do edital, em seu inciso XIV, letra "c" (...), quer no art. 55 ..."*⁴

*"A atualização ou correção dos pagamentos devidos pela Administração efetuados fora do prazo fixado no contrato devida independentemente de previsão no instrumento do contrato, ainda que pela lei deva o contrato prever tal cláusula."*⁵

O objetivo da correção monetária é justamente impedir que o credor, por força da erosão da moeda, receba menos do que o efetivamente devido, impedindo que o inadimplente

² BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 595s.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ FURTADO, Lucas da Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 538.



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

enriqueça indevidamente, beneficiando-se da própria mora. A correção monetária é devida, portanto, quando a Administração Pública incorre em atraso nos pagamentos.

Para o STJ, a resposta seria indubitavelmente positiva, pois o atraso do pagamento é um ilícito contratual e, portanto, como tal, deveria ensejar correção monetária, para que o contratado não venha sofrer qualquer prejuízo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. CANALIZAÇÃO DE CÓRREGO. PARCELAS INADIMPLIDAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DE CADA PARCELA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte possui entendimento assente de que, nos casos de descumprimento contratual, a atualização/correção monetária deve incidir a partir da data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela inadimplida. (AgRg no REsp 19.040/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012).

Além dos fundamentos da orientação jurisprudencial, deve-se salientar que a própria Lei nº. 10.192/2001 permite correção monetária nesse caso, conforme dispõe o art. 15 da referida norma, lançado nos seguintes termos:

“Art. 15. Permanecem em vigor as disposições legais relativas à correção monetária de débitos trabalhistas, de débitos resultantes de decisão judicial, de débitos relativos ao ressarcimento em virtude de inadimplemento de obrigações contratuais e do passivo de empresas e instituições sob os regimes de concordata, falência, intervenção e liquidação extrajudicial...” (Grifei)

Ainda, deve-se salientar que o atraso do pagamento, por ser ilícito contratual, representa uma verdadeira violação ao direito do contratado e, como tal, há de resultar no direito ao ressarcimento, que compreende o pagamento de juros moratórios e a correção monetária (arts. 394, 395 397 do Código Civil c/c art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93), a saber:

Código Civil

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Lei nº. 8.666/93



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

No âmbito do TCU, há admissão do pagamento de correção monetária por atraso de pagamentos, devendo a Administração Pública indicar o índice que melhor reflita a variação dos custos da contratação (cf. Acórdão TCU nº 1.931/2004 Plenário). Em Acórdão mais recente, a 1ª Câmara reiterou inclusive essa possibilidade (Acórdão TCU nº 1.920/2011 - Primeira Câmara).

Obviamente, para que esse ilícito ocorra, o atraso deverá ser imputável exclusivamente a ato da Administração Pública. Se o contratado, ao descumprir suas obrigações, deu causa ao pagamento com atraso, não se deve alegar mora em desfavor da Administração Pública, pois, a rigor, não houve inadimplemento do contratante por culpa em sentido *lato*.

Ademais, a incidência de juros moratórios sobre as parcelas pagas em atraso pelo Ente Público é devida mesmo se não houver previsão expressa desse encargo no contrato, pois a omissão no instrumento administrativo atrai a regra do artigo 406 do Código Civil de 2002, segundo dispõe o art. 54 da lei nº. 8.666/93 (transcrito acima), senão vejamos:

“Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.”

O seu objetivo não é qualquer revisão do valor nominal, mas sancionar a Administração e remunerar o valor a que faz jus quem realizou a obra, indenizando a contratada pela falta de pagamento administrativo do valor correto no instante devido.

Assim, em caso de atraso do pagamento imputável exclusivamente à Administração Pública, o contratado terá direito à correção monetária a partir do primeiro dia posterior ao termo final do prazo para pagamento, além dos juros legais decorrentes da mora.

2.2 DA EXIGÊNCIA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA E AUTENTICAÇÃO EM CARTÓRIO

Neste caso, a requerente solicita esclarecimento quanto a exigência de reconhecimento de firma e autenticação em cartório dos documentos nos itens III do ANEXO I do edital, PARÁGRAFO DÉCIMO SEGUNDO da Minuta do Contrato e item 4.1.4 do edital.

Este item, por sua vez detém da seguinte redação “4.1.4. Quando o acolhimento da impugnação implicar alteração do Edital capaz de afetar a formulação das propostas, será designada nova data para a realização deste PREGÃO. A impugnação deverá, obrigatoriamente, estar acompanhada de CPF ou RG, em se tratando de pessoa física, e de CNPJ, em se tratando de pessoa jurídica (por documento original ou cópia autenticada), bem como do respectivo ato constitutivo e procuração, na hipótese de procurador, que comprove que o signatário, efetivamente, representa e possui poderes de representação da impugnante.”



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

Insta salientar que a referido documento pessoal solicitado original ou em cópia autenticada, momento algum solicita que esta autenticação deverá ser realizada em cartório. Sendo de conhecimento de todos a possibilidade de autenticação do documento junto ao órgão, realizado por servidores capacitados e autorizados para tal.

Já os itens III do ANEXO I do edital, PARÁGRAFO DÉCIMO SEGUNDO da Minuta do Contrato, estão equivocados, sendo assim retificado a exclusão dos mesmos do instrumento convocatório e posterior contrato de prestação de serviço. Como é de se observar em todos os demais itens do edital não é solicitado copia autenticada ou firma reconhecida. o que pressupõe que esta pregoeira está aliada a exigência da Lei 13.726/2018.

2.3 DA EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA OPERACIONAL

No entendimento da requerente, o edital em apreço apresenta exigência de qualificação técnica, indicando que o item 11.12.4 estabelece comprovação de aptidão desarrazoada e incompatível com a legislação, de forma a restringir o universo de participantes e violando o art. 30 da Lei nº. 8.666/93, especificamente ao limitar o período mínimo de 1 ano de execução de serviços similares comprovados em atestado(s) de capacidade técnica.

O item atacado possui a seguinte redação:

10.3.5.1.6 Deverá haver a comprovação da experiência mínima de 01 (um) ano na prestação dos serviços, sendo aceito o somatório de atestados de períodos diferentes, não havendo obrigatoriedade de os períodos serem ininterruptos, conforme item 10.7.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG n. 5/2017.

Primeiramente, observa-se que o item acima dispõe sobre a qualificação técnica das licitantes e exige a apresentação de Atestado de Capacidade Técnica, documento este que está regularmente elencado no inciso II do art. 30 da Lei nº. 8.666/93.

Convém destacar que este item deixa claro em sua redação que os requisitos a serem analisados no(s) atestado(s) são oriundos dos estudos e disposições da Instrução Normativa nº. 05/2017, editada pela SEGES – Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, tratando-se de normativa elaborada pela União para o fim de prevenir riscos nas contratações da Administração Pública, sendo que o Tribunal de Contas da União preconiza a obrigatoriedade da sua observância (Acórdão nº. 1214/2013-Plenário).

Mais que isso! O próprio Tribunal de Contas do Estado do Paraná recomenda a sua utilização por todos os seus entes jurisdicionados, inclusive ministrando cursos neste sentido.

Neste ponto, cumpre esclarecer que a alusão à IN nº 05/2017 no edital não significa simplesmente o embasamento legal que autorizaria este Município a utilizar as suas disposições, mas serve de parâmetro para a comprovação da pertinência e necessidade de exigir experiência prévia pelo lapso temporal de três anos, já que contempla vastos estudos e levantamentos efetuados por competente corpo técnico pertencente ao Ministério do Planejamento.



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

constituindo balizamento aos demais entes da federação a justificar a sua previsão, sendo que os próprios Tribunais de Contas apregoam a sua observância.

Em arremate, evidencia-se que o fundamento legal que permite a exigência ventilada é justamente o art. 30, inc. II, da Lei nº. 8.666/93, ao admitir a *comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, conforme delineado abaixo.*

Em seguida, o subitem 11.12.4.1. estabelece que a aptidão técnica deverá ser comprovada em relação aos serviços com características compatíveis com o objeto da licitação e **com o item pertinente à proposta**, tratando-se de qualificação técnica operacional descrita nos termos constantes do dispositivo legal supracitado.

Em relação à qualificação técnica, que é o conjunto de informações que fazem presumir que o licitante tem capacidade para cumprimento das obrigações contratuais, prevê o artigo 30, da Lei nº 8.666/93, que a comprovação da capacidade técnica decorre da apresentação do desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, a saber:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

Acrescente-se a tudo isso o fato de que o item 10.12.4.2. e seguintes do edital tem redação clara e há adequação e pertinência entre o objeto licitado e as exigências prescritas, conforme demonstrado a seguir.

Quanto à comprovação do lapso temporal de 1 ano de execução de serviços similares aos licitados, trata-se de análise de experiência prévia que tem por objetivo constatar a solidez do futuro contratado, visando assegurar a boa execução do objeto, considerando o prazo máximo de contratação até 60 (sessenta) meses, nos termos do artigo 57, inciso II, da Lei 8.666/93.

Corroborando tais justificativas, o Tribunal de Contas da União exarou o Acórdão nº. 1214/2013-Plenário, tecendo aprofundada análise em sede da Representação nº. 006.156/2011-8 e proferindo recomendações à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP) para a contratação e execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal, razão pela qual merecem transcrição os seguintes trechos:

*“Observe-se, ainda, que o mesmo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93, **autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado.** De acordo com o art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos*



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses. Nesse sentido, compreendemos pertinente que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas.

Não obstante a autorização legal, verifica-se que a Administração não fixa exigência relativa a prazo nas licitações e contrata empresas sem experiência, as quais, com o tempo, mostram-se incapazes de cumprir o objeto acordado.

Pesquisa apresentada pelo SEBRAE-SP demonstra que em torno de 58% das empresas de pequeno porte abertas em São Paulo não passam do terceiro ano de existência. Esse dado coaduna com a constatação da Administração Pública de que as empresas estão rescindindo, ou abandonando, os contratos, antes de completados os sessenta meses admitidos por lei.

A lei possui caráter geral, pois se destina a regular todas as situações. Em razão disso, dada a diversidade de possíveis objetos, seria difícil e até temerário a legislação entrar em um nível de detalhe tal a especificar quantidades e percentuais a serem requeridos. O art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93 estabelece que a administração deve exigir que a licitante comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto. Os parágrafos do citado artigo estabelecem algumas regras para tentar evitar abusos ou exigências desarrazoadas, no sentido de garantir a observância do art. 37, inciso XXI, in fine da Constituição Federal, que só permite as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Algumas das restrições feitas pela Lei 8.666/93 relativas às exigências que podem ser estabelecidas são as seguintes: vedação da exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou em locais específicos, proibição de exigências de propriedade e de localização prévia de equipamentos e pessoal. Estando as exigências dentro dos limites autorizados pela lei, não há porque a priori, considerá-las indevidas. O que se deve verificar é sua pertinência para garantir o cumprimento (ou ao menos diminuir o risco de descumprimento) das obrigações das contratadas, sem restringir indevidamente a competitividade das licitações. Entendo que os argumentos utilizados pelo grupo demonstram a adequabilidade dessas exigências, que já foram consideradas legais pelo Tribunal em algumas ocasiões, conforme registrado abaixo. Mencione-se que nos processos abaixo mencionados, a própria 3ª Secex manifestou-se pela legalidade dessas exigências:

– TC 019.549/2010-5 – uma das exigências de qualificação técnica contida no edital foi a de o licitante comprovar experiência mínima de três anos na área dos serviços a serem contratados.

. ementa do Acórdão 2.939/2010-Plenário:

‘É compatível com o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993 a exigência de requisito temporal de atuação do licitante na área do serviço de natureza contínua licitado, desde que por período inferior ao prazo de 60 (sessenta) meses previsto no inciso II do art. 57 daquela Lei.’

. trecho do relatório:

‘4.5 Ademais do acima exposto concluímos, alinhados aos argumentos da Administração, que as exigências postas no edital coadunam-se com os termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, que autoriza a exigência de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, vez que a experiência exigida para habilitação ao certame, inclusive no que se refere a prazo, mostram-se razoáveis e compatíveis com os serviços que serão executados e na área em que serão executados, conforme demonstrado no arrazoado técnico de fls. 69/82.’

. trecho do voto:



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

7. Em segundo lugar, por se tratar de serviço de natureza contínua, que podem se estender por longo período, a exigência temporal de experiência mínima no mercado do objeto também é, em princípio, compatível com o dispositivo legal há pouco mencionado, já que o tempo de atuação é critério relevante para avaliar a solidez do futuro fornecedor e, com isso, assegurar boa execução do objeto.

8. Acrescenta-se que, na situação em foco, o estipulado prazo de três anos de atuação no mercado, conforme reconheceu a Secex/3, é compatível, dada a natureza contínua dos serviços em questão, com o prazo máximo de 60 meses autorizado pelo inciso II do art. 57 da Lei 8.666/1993.

9. Finalmente, destaco que o simples fato de haverem sido habilitadas no certame quinze empresas já é suficiente para demonstrar que as regras inseridas no instrumento convocatório, ao contrário do alegado pela representante, não ferem nem a competitividade da licitação, nem a isonomia entre os interessados.'

– TC 028.029/2010-0 – exigiu-se no edital que o licitante comprovasse o gerenciamento de 20 postos de trabalho, em licitação que tinha por objetivo a contratação de 8 postos, e demonstrasse experiência mínima de 3 anos.

. ementa do Acórdão 8.364/2012-2ª Câmara:

'Em processos licitatórios que se destinem a contratar quantitativo de terceirizados inferiores a 40 (quarenta) postos de trabalho, é válida a exigência de habilitação técnico-operacional de a licitante comprovar que gerencia, na data de publicação do edital, o mínimo de 20 (vinte) empregados terceirizados no âmbito de sua atividade econômica principal e/ou secundária, especificada no seu contrato social registrado na junta comercial competente, bem como no Cadastro de Pessoas Jurídicas da Receita Federal do Brasil'

. trecho do voto:

'4.Com efeito, também entendo que as exigências de experiência mínima de 3 (três) anos no mercado do objeto licitado e de estar gerindo 20 postos, apesar de serem complementares, não se sobrepõem nem são excludentes, tendo em vista que buscam avaliar competências distintas. A primeira atenta para a experiência e a estabilidade da empresa no mercado ao passo que a segunda busca aferir a sua capacidade de gestão de pessoas e a de suportar os custos mínimos de administração inerentes à prestação dos serviços, independentemente do número de postos.
(...)

'7. Consoante estimativas criteriosas feitas pela Segedam e cujos cálculos estão detalhados no relatório que antecede este voto, são precisos pelo menos 20 postos de trabalho para que seja gerada renda suficiente para manter em funcionamento uma empresa que atue na área de prestação de serviços de natureza continuada.

8. Sobre as dificuldades relativas a contratos celebrados com empresas que não conseguem manter seus custos mínimos relatou a Segedam a seguinte situação:

27. Há diversas experiências no TCU, especialmente nas Secretarias de Controle Externo nos Estados, demonstrando que empresas que gerenciam pequenos quantitativos de postos de trabalho não se sustentam ao longo do tempo, logo vão à falência e, não raro, são abandonadas pelos responsáveis/proprietários, que fogem de suas responsabilidades contratuais, deixando os empregados entregues à própria sorte.

28. Nesses casos, a Administração é obrigada a intervir no contrato e buscar soluções tendentes a minimizar os prejuízos a que os empregados ficam sujeitos, efetuando, por exemplo, o pagamento direto dos salários, dos benefícios e das obrigações patronais relativamente às questões trabalhistas e previdenciárias.



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

29. Quando a Administração contrata determinada empresa com capacidades técnico-operacional, profissional e econômico-financeira frágeis, o prejuízo social, econômico e administrativo é certo e enorme. E é justamente desses prejuízos que a Administração do TCU deseja esquivar-se mediante a aplicação, dentre outras regras, da exigência editalícia aqui debatida e defendida.'

83. Por fim, ressalto as informações apresentadas pela Segedam no âmbito do processo acima referido – TC 028.029/2010-0, registrando que após o trabalho do grupo de estudos o TCU passou a fazer as exigências de qualificação apresentadas no presente trabalho, tendo obtido o seguinte resultado:

'31. Desde então, em maior ou menor grau, as novas medidas foram implementadas em 17 (dezesete) editais de pregões eletrônicos do TCU, sem que tivesse havido restrição à competitividade dos certames, conforme tabela de fls. 6-8, anexo 1.

32. Observa-se que nesses 17 procedimentos não houve nenhuma licitação deserta. Ao contrário, a grande maioria das licitações teve número significativo de concorrentes. Destarte, à exceção de uma das licitações, cujo preço global ficou exatamente igual ao estimado pela Administração, as demais tiveram preços cotados abaixo dos estimados.

33. Registre-se, ainda, que o mercado tem aceitado com bastante tranquilidade as exigências fixadas, pois apesar do grande número de concorrentes e de desclassificações por não preencherem os requisitos, um número reduzido de empresas questionaram as qualificações exigidas. Desse modo, entende-se como razoáveis as qualificações atualmente adotadas, inclusive a que trata do quantitativo de postos.' (Grifei)

Em sentido semelhante – entendendo que há situação em que as exigências de experiência anterior são justificáveis – cite-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE GRANDE PORTE. EDITAL. REQUISITOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA. COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR. POSSIBILIDADE.

1. As exigências tendentes a comprovar a capacitação técnica do interessado em contratar com o ente público devem ser concebidas dentro das nuances e particularidades que caracterizam o contrato a ser formalizado, sendo apenas de rigor que estejam pautadas nos princípios que norteiam o interesse público.

2. Em se tratando de licitação de serviços de engenharia de grande porte, não há por que cogitar de ilegalidade da norma editalícia que exige a comprovação de experiência anterior em obra similar à licitada, porquanto concebida com propósito de permitir à Administração Pública avaliar a capacidade técnica dos interessados em com ela contratar nos exatos termos do que prescreve a primeira parte do inciso II do art. 30 da Lei n. 8.666/93: “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...)”.

3. Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos – vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da obra –, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

4. A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público.

5. Recurso especial não-provido. (REsp 295806/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 06/03/2006, p. 275)''

Ressalte-se que não interessa a discussão sobre qual empresa possui mais qualificação ou experiência (se a que apresenta um atestado ou a que apresenta três ou mais) como forma de exclusão de interessadas, mas qual empresa apresenta garantia mínima de que possuirá, ao ser contratada, capacidade para executar os serviços mediante contratação vantajosa para a Administração.

Com efeito, insta consignar que não se olvida que o dispositivo legal em análise buscou corrigir uma distorção de prática que permitia que exigências abusivas de qualificação técnica inviabilizassem a participação de empresas competentes nas licitações, ao vedar exigências que, por excessivas, desproporcionais ou inadequadas, transbordavam o patamar de garantia de segurança mínima na execução do objeto da licitação.

Por outro lado, as limitações à discricionariedade da Administração não devem representar, na mesma medida, aumento dos riscos e criação de oportunidades para que empresas ou profissionais despreparados assumam responsabilidades com as quais não podem arcar.

Oportuno salientar, em desfavor da tese desenvolvida pela Requerente, que a ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente, de modo a comprometer a segurança dos contratos, na medida em que pode causar expressivos prejuízos para o Poder Público.

Nesse sentido, a previsão de exigências de qualificação técnica não deve esbarrar em óbices intransponíveis ou formalismo exacerbado decorrentes de interpretação de dispositivo de lei de forma prejudicial ao interesse público.

Sobre o tema, ainda é propício citar as esclarecedoras lições de Marçal Justen Filho⁶:

"(...) Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnico-operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco o interesse público. A administração Pública poderá contratar sujeito sem a experiência necessária a execução de certo objeto contratual.

Enfim, lei proibindo providências necessárias a salvaguardar o interesse público seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnico-operacional são indispensáveis para salvaguardar o interesse público, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com o princípio da supremacia do interesse público.

Diante disso, deve-se adotar para o art. 30 interpretação conforme à Constituição. A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico-operacional não significa

⁶ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 9ª ed., p. 319 e 321.



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO

Estado do Paraná

vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências.

Destaque-se que a admissibilidade à exigência de requisitos de capacitação técnico-operacional foi explicitamente acolhida pelo C. Tribunal de Contas da União, como se vê da Decisão nº 432/96 (DOU 06.08.96, pp. 14.818/14.819).

(...)

Uma interpretação que se afigura excessiva é aquela de que a capacitação técnica operacional não pode envolver quantitativos mínimos, locais ou prazos máximos. Ou seja, admite-se a exigência de comprovação de experiência anterior, mas se proíbe que o edital condicione a experiência anterior relativamente a dados quantitativos, geográficos ou de natureza similar.

Esse entendimento deriva da aplicação da parte final do inc. I do § 1º, que explicitamente estabelece tal vedação. Ocorre que esse dispositivo disciplina específica e exclusivamente a capacitação técnica profissional. Ou seja, proíbe que a experiência anterior exigida dos profissionais seja restringida através de quantitativos, prazo e assim por diante. O inc. I do § 1º não se refere nem atinge a disciplina da qualificação técnica operacional. Logo, dele apenas se podem extrair regras acerca da qualificação técnica profissional.

Nem seria o caso de aplicar o § 5º, que proíbe exigências não autorizadas por lei. Interpretado o dispositivo de modo literal, ter-se-ia de convir com a ilegalidade da exigência de capacitação técnica operacional – tese, aliás, à qual o autor se filiou no passado. Admitindo-se, porém, que a lei admite exigências de capacitação técnica operacional, ter-se-á de convir que tal se dá através da previsão direta do próprio inc. II do art. 30. Ora, esse dispositivo explicitamente autoriza exigência anterior 'compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação'. Ou seja, o mesmo dispositivo que dá supedâneo à exigência de qualificação técnica operacional se refere a que deverá ele ser compatível em termos de quantidades, prazo e outras características essenciais ao objeto licitado.

Logo, se o objeto for uma ponte com quinhentos metros de extensão, não é possível que a Administração se satisfaça com a comprovação de que o sujeito já construiu uma 'ponte' – eventualmente, com cinco 5 metros de extensão. Sempre que a dimensão quantitativa, o local, o prazo ou qualquer outro dado for essencial à satisfação do interesse público ou retratar algum tipo de dificuldade peculiar, a Administração estará no dever de impor requisito de qualificação técnica operacional fundado nesses dados.

Essa orientação passou a prevalecer no âmbito do TCU, o qual hesitou quanto à melhor solução a adotar. Após algumas divergências, uniformizou-se a jurisprudência daquela Corte no sentido da validade da exigência de quantitativos mínimos a propósito da experiência anterior, desde que o aspecto quantitativo fosse aspecto essencial quanto à identificação do objeto licitado."

Por fim, importante citar o Acórdão nº. 14.951/2018 do TCU no intuito de serem eliminadas as exigências do item 10.3.5.1.6 dos editais em questão alegando a sua impertinência e adequação, observa-se que a Secretaria Municipal de Administração apresentou através dos Memorandos, Notificações e Relatórios anexados a estes autos as justificativas suficientes para legitimar a necessidade de serem mantidas as condições de capacidade técnica vergastadas.

Ora, o Acórdão mencionado deixa claro que as regras da IN nº. 05/2017 em apreço – dentre elas a comprovação de experiência anterior de, no mínimo, de 3 anos – podem ser ple-



MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO
Estado do Paraná

namente utilizadas quando há justificativa bastante para tanto, senão vejamos o trecho a seguir:

“(...) a experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade.” (Grifei)

Assim, por todo o exposto e diante das diversas dificuldades enfrentadas nas primeiras experiências pela Administração Municipal, percebe-se que as exigências postas nos editais coadunam-se com os termos do art. 30, inc. II, da Lei nº 8.666/93, que autoriza a exigência de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características e prazos com o objeto da licitação, uma vez que a experiência exigida para habilitação ao certame, inclusive no que se refere a prazo é **inferior** ao disposto na IN nº.05/2017 (3 anos) e mostra-se razoável e compatível com os serviços que serão prestados e com a forma e dimensão em que serão executados.


Portanto, do ponto de vista técnico e legal, não há fundamento que justifique a alteração das exigências de previsão editalícia de correção monetária e juros de mora e qualificação técnica operacional, concluindo-se pela manutenção das disposições dos editais.

3 CONCLUSÃO

ANTE O EXPOSTO, com fulcro no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 3º, da Lei n.º 8.666/93, opina-se pelo CONHECIMENTO e REJEIÇÃO dos pedidos e solicitações ao edital de Pregão Eletrônico n.º 201/2019, apresentada pela empresa F.F.S. Oliveira - EIRELL, prosseguindo-se com o regular andamento do processo licitatório.

É o parecer.

Francisco Beltrão/PR, 02 de dezembro de 2019.


NÁDIA APARECIDA DALL AGNOL
PREGOEIRA
DECRETO 164/2019