

PROCESSO ADMINISTRATIVO N°: 005648/2019

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - PARECER JURÍDICO - LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS - TOMADA DE PREÇOS N° 003/2019 - RECURSO ADMINISTRATIVO - FASE DE HABILITAÇÃO - IMPROVIMENTO.

I - RELATÓRIO

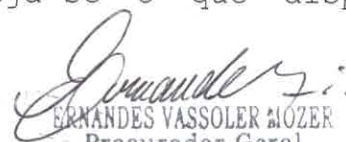
Os autos foram remetidos a Procuradoria Municipal para manifestar-se acerca do recurso administrativo tempestivamente interposto pela empresa, **G. F. P. CONSTRUTORA EIRELI** (fls. 942/945-verso), no âmbito da Tomada de Preços n° 003/2019, insurgindo-se dos termos da decisão do Presidente da CPL que a INABILITOU, por descumprimento da Cláusula IX, item 6, alínea "a" do Edital (fls. 928/936).

Tempestivamente a empresa **G. F. P. CONSTRUTORA EIRELI** interpôs recurso administrativo, para anular a decisão da CPL que a inabilitou (fls. 942/946), sob os fundamentos de que sua inabilitação por não demonstrar situação financeira mínima fixada no edital, e que a municipalidade ilegalmente exige cumulativamente patrimônio líquido e seguro garantia, o que afrontaria a Súmula 275 do TCU.

II - FUNDAMENTAÇÃO

O recurso administrativo fora interposto no prazo e na forma prescrita em lei, tal como previsto no artigo 109, inciso I, letra "a" da Lei n.º 8.666/93, pelo que deve ser conhecido.

De análise da documentação acostada e do que se extrai da decisão do Presidente da CPL, verifica-se que a inabilitação da Recorrente se deu por não atender o que dispõe o Item 5 do capítulo IX letra a e seguintes, veja-se o que dispõe o edital:



ERNANDES VASSOLER MOZER
Procurador Geral
OAB/ES N° 20.425
Decreto N° 007/2017

6 - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

a) VALOR DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO correspondente a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

b) Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, certificado por contabilista registrado no Conselho Regional de Contabilidade competente, contendo termo de abertura, termo de encerramento e demonstração do resultado do exercício extraídos do livro diário e registrados no órgão competente, comprovando a boa situação financeira da licitante, podendo ser atualizado por índices oficiais na hipótese de encerrados há mais de 03 (três) meses da data de sua apresentação, vedada a substituição por Balancetes e Balanços provisórios;

(...)

c) Comprovação, através do Balanço Patrimonial, de Índice de Liquidez Geral - ILG, Índice de Solvência Geral - ISG e Índice de Liquidez Corrente - ILC igual ou superior a 1,00 (um);

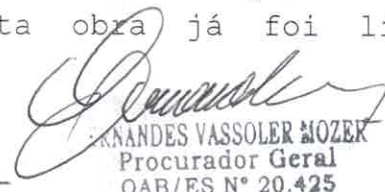
c.1) As fórmulas para o cálculo dos índices referidos acima são os seguintes:

(...)

c.2) OS CÁLCULOS A QUE SE REFEREM ESTE ITEM DEVERÃO SER ASSINADOS PELO REPRESENTANTE LEGAL DO LICITANTE E PELO CONTADOR, CONSTANDO O NÚMERO DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE - CRC.

Considerando que o valor estimado do contrato fora mensurado em R\$ 1.612.094,54 (um milhão, seiscentos e doze mil, noventa e quatro reais e cinqüenta quatro centavos), desse modo, a Recorrente obrigatoriamente deveria apresentar patrimônio líquido não inferior a R\$ 161.209,45 (cento e sessenta um mil duzentos e nove reais e quarenta cinco centavos). Todavia, os documentos contábeis apresentados pela Recorrente informam patrimônio líquido de R\$ 138.239,93 (cento e trinta oito mil duzentos e trinta nove reais e noventa três centavos), abaixo do exigido no edital.

A cláusula editalícia que prevê exigência do patrimônio líquido está em absoluta consonância ao que dispõe a Lei de Licitações e Contratos, no art. 31, § 2º. Tal exigência não é mera discricionariedade da Administração Pública, pois traduz-se em dever de cautela nas contratações públicas. Ademais, a obra a ser contratada é de grande vulto para os padrões municipais, coincidentemente esta obra já foi licitada e



FRANDES VASSOLER MOZER
Procurador Geral
OAB/ES Nº 20.425
Decreto Nº 007/2017

contratada, mas a empresa anteriormente contratada, alegando não dispor de saúde financeira, não executou o contrato obrigando a Administração Pública realizar novo certame para o mesmo objeto.

Verifica-se ainda, que do teor de suas razões recursais, não se extrai quaisquer fundamentos capazes de desconstituir a decisão da CPL que o inabilitou, pois está amparada na lei e prevista no edital, que não foi impugnado neste item, gozando de força e eficácia.

Todavia, quanto à alegação de ilegalidade contida no edital, pois há exigência cumulativa de patrimônio líquido e garantia contratual, pois afrontaria em tese o que dispõe o §2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93 e a Súmula nº 275 do Tribunal de Contas da União, razão não assiste ao Recorrente.

Depreende-se do art. 31 §2º da Lei de Licitações e Contratos o caráter alternativo das exigências:

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, **ou** ainda as **garantias previstas no § 1º do art. 56** desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

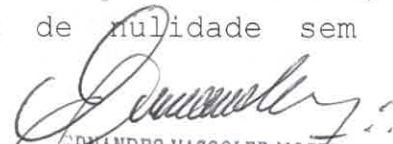
Todavia, a exigência de que o "Município de Rio Novo do Sul, ao seu critério, **poderá** exigir prestação de garantia, na forma do art. 56 da Lei nº 8.666/93", não é tratada no edital como condição de habilitação, apenas poderá ser exigida do licitante vencedor durante a execução do contrato, isto é, como condicionante para o pagamento de cada medição. Portanto, não tendo o condão de restringir a competitividade do certame, o que a norma veda em absoluto. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Contas da União através do Acórdão 2743/2016 Plenário, que segue transcrito:

A exigência de garantia de participação na licitação, concomitantemente com a de patrimônio líquido mínimo ou de capital social mínimo, afronta o disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993, ainda que a prestação de garantia seja exigida como requisito autônomo de habilitação, deslocada no edital das exigências de qualificação econômico-financeira. Ao apreciar

ERNADES VASSOLER MOZER
Procurador Geral
OAB/ES Nº 20.425

representações contra a Concorrência 01/2014 promovida pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), cujo objeto é a concessão de área da União para ampliação, modernização, manutenção e exploração de serviços de transporte ferroviário de passageiros na Estrada de Ferro do Corcovado - Trem do Corcovado, no trecho Cosme Velho-Corcovado/RJ, o relator inicialmente determinara a suspensão cautelar do certame diante das irregularidades apontadas, entre elas a inobservância às disposições do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993, cumulação de patrimônio líquido com garantia da proposta para fins qualificação econômico-financeira. Ao examinar o mérito, o relator confirmou a irregularidade em questão, "apesar de a previsão de garantia de manutenção de proposta não estar incluída no item editalício específico da qualificação econômico-financeira (isto é, no subitem 8.2.9.2 do Edital, Peça 10, p. 23), a Lei 8.666/1993 a inclui no rol da documentação relativa à qualificação econômico-financeira. Há, portanto, cumulação de dois requisitos para a qualificação econômico-financeira sem o devido amparo legal: exigência de patrimônio líquido igual ou superior a 5% (parte final do subitem 8.2.9.2.2 do Edital) e de garantia de manutenção de proposta de 1% (subitem 8.2 e 8.2.1 do Edital), ambos sobre o valor estimado do futuro contrato". Destacou a jurisprudência pacífica do Tribunal nesse sentido, inclusive o Enunciado da Súmula de Jurisprudência do TCU 275: "Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços". Ainda em reforço, o relator mencionou o Acórdão 1.905/2009 Plenário, para destacar que mesmo sendo a prestação de garantia apresentada como requisito autônomo de habilitação, deslocada no edital do item das exigências de qualificação econômico-financeira, não deixa de ser uma exigência da espécie, pois está prevista na lei como tal, e, portanto, irregular se cumulada com comprovação de patrimônio líquido mínimo ou de capital social mínimo. Não obstante a falha apurada, concluiu o relator não haver nos autos elementos contundentes a demonstrar que tal ocorrência fora determinante para comprometer a competitividade do certame e direcionar o resultado ao único concorrente da licitação, de modo a justificar a anulação do certame. Desse modo, e considerando a relevância e a necessidade do serviço, propôs considerar as representações parcialmente procedentes, revogar a medida cautelar e dar ciência da irregularidade ao ICMBio, no que foi acompanhado pelo Colegiado. Acórdão 2743/2016 Plenário-TCU, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

Além das teses e fundamentos trazidos pelo Recorrente não serem capazes de modificar a decisão que inabilitou, pois não há no Direito Brasileiro causa de nulidade sem a devida



ARNANDES VASSOLER MOZER
Procurador Geral
OAB/ES N° 20.425

demonstração de prejuízo, conforme dicção do princípio "*pas de nullité sans grief*".

Cediço que a Administração Pública deve anular os atos administrativos ilegais é amplo e deriva do poder de autotutela. No curso do processo administrativo é possível que sejam detectados alguns defeitos passíveis ou não de sanção.

Todavia no tocante à nulidade, Marçal Justen Filho em sua obra Curso de Direito Administrativo assinala que:

A nulidade deriva da incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes. Se certo ato concreto realiza os valores, ainda que por vias indiretas, não pode receber tratamento jurídico equivalente ao reservado para atos reprováveis. Se um ato, apesar de não ser o adequado, realizar as finalidades legítimas, não pode ser equiparado a um ato cuja prática reprovável deve ser banida.

A nulidade consiste num defeito complexo, formado pela (a) discordância formal com um modelo normativo e que é (b) instrumento de infração aos valores consagrados pelo direito. De modo que, se não houver a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente), não se configurará invalidade jurídica.

Aliás, a doutrina do direito administrativo intuiu essa necessidade, afirmando o postulado de *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem dano).

A doutrina administrativista consagrou o postulado *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo, ou seja, o ato processual não será declarado nulo quando não causar prejuízo, permitindo que os objetivos do Estado sejam alcançados, ainda que haja alguma irregularidade ou desconformidade com o direito, incapaz de gerar lesão ou prejuízo.

De acordo com Cássio Scarpinella Bueno em seu livro, Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, o saneamento da nulidade é a regra; o não aproveitamento do ato e do que ele representa para o processo, de seus efeitos, portanto, é exceção.

A decisão sobre a anulação ou não de um ato eivado de vício deve ser tomada em função da melhor forma de satisfazer o

[assinatura]

[assinatura]

[assinatura]
BERNANDES VASSOLER MOZER
Procurador Geral
OAB/ES Nº 20.425
Decreto Nº 007/2017

interesse público. Odete Medauar, avaliando o tema, destaca que:

Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que em determinadas circunstâncias e ante pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-lo, em benefício do interesse público, para que as consequências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões, até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato [ODETE, Medauar. Direito Administrativo Moderno, RT, São Paulo, 1996, p. 180].

Até mesmo Celso Antônio Bandeira de Mello, ferrenho defensor do princípio da legalidade, concorda que, em alguns casos, o ato viciado pode ser mantido:

Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida [MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 13ª ed., 2001, Malheiros Editores, p. 419].

Dessa forma, na análise acerca da anulação de ato administrativo, deve ser considerado o postulado *pas de nullité sans grief*, devendo haver prova da existência de prejuízo.

Em suma, eventual nulidade no processo licitatório exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, sendo, pois, aplicável o princípio *pas de nullité sans grief*.

Como o seguro não é condição para a habilitação e o recorrente não apresentou o patrimônio líquido exigido (única exigência habilitatória), não existem razões suficientes para modificação da decisão exarada pelo Presidente da CPL, pois, a questionada cláusula de habilitação está de acordo com o teor da lei e da súmula nº 275 do Tribunal de Contas da União, vez que exigiu apenas patrimônio líquido como condição de habilitação.

Ademais, postulado processual, mesmo que em âmbito administrativo, é o interesse de agir, que diante do pedido

HERNANDES VASSOLER MOZER
Procurador Geral
OAB/ES Nº 20.425
Decreto Nº 007/2017

principal do recorrente (não cumulação de garantias econômicas), só seria possível por aquele licitante que já houvesse demonstrado ter a capacidade econômica de execução, o que não foi apresentado pela recorrente na fase oportuna de habilitação, sendo impossível, portanto, que reclame algo que não lhe atingiu, não podendo utilizar-se de suposição de direito para ser beneficiado com uma habilitação fictícia, quando na verdade real não demonstrou possuir o único quesito de habilitação econômica financeira exigido, qual seja, patrimônio líquido.

Por derradeiro, a exigência de garantia contratual, como consignado no edital da licitação em apreço, guarda ressonância com determinação do próprio TCU, evidenciando as distinções editalícias acerca das matérias que não devem se confundir com acúmulo de exigências habilitatórias, veja-se:

ACÓRDÃO Nº 1883/2011 - TCU - 1ª Câmara

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 c/c os arts. 143, incisos III e V, alínea a, 237, inciso VII, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, aprovado pela Resolução n. 155/2002, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente, e encaminhar cópia das peças de fls. 337/342 e desta deliberação à interessada, promovendo-se, em seguida, o arquivamento dos autos, sem prejuízo de fazer a seguinte determinação, de acordo com o parecer da Secex/MS:

1. Processo TC-025.956/2010-8 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Interessada: Empresa Lygia Maria Fonseca de Albuquerque Ltda. (36.794.717/0001-08).

1.2. Órgão/Entidade: Base Aérea de Campo Grande/MS - MD/CA.

1.3. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo em Mato Grosso do Sul (Secex/MS).

1.4. Advogado constituído nos autos: não há.

1.5. Determinação:

1.5.1. à Base Aérea de Campo Grande que, nos próximos procedimentos licitatórios, observe rigorosamente o art. 56 da Lei n. 8.666/1993, exigindo a comprovação da prestação da garantia no momento da celebração do respectivo termo contratual, em obediência ao entendimento jurisprudencial desta Corte de Contas (Subitem 9.4.3 do Acórdão n. 401/2008 - Plenário e subitem 8.2, alínea e, da Decisão n. 518/2000 - Plenário).

Destarte, diante da regularidade das exigências e do procedimento, conforme demonstrado, constata-se que não

ERNANDES VASSOLER MOZER
Procurador Geral
OAB/ES Nº 20.425

Assiste razão ao recurso ora interposto pela empresa G. F. P. Construtora EIRELI.

III - CONCLUSÃO

Ex positis, opina esta Procuradoria Municipal pela manutenção da decisão proferida pelo Presidente da CPL, que decidiu pela **inabilitação** da recorrente.

Este é o parecer da PROCURADORIA exarado em 08 (oito) laudas, que a seguir remetemos ao Chefe do Poder Executivo Municipal para proferir decisão.

Rio Novo do Sul/ES, 22 de novembro de 2019.



HEVELYNE HEMERLY DE ALMEIDA DUTRA

Matrícula nº 3087-2

OAB/ES nº 18.113

De acordo. À apreciação do Procurador Geral do Município.

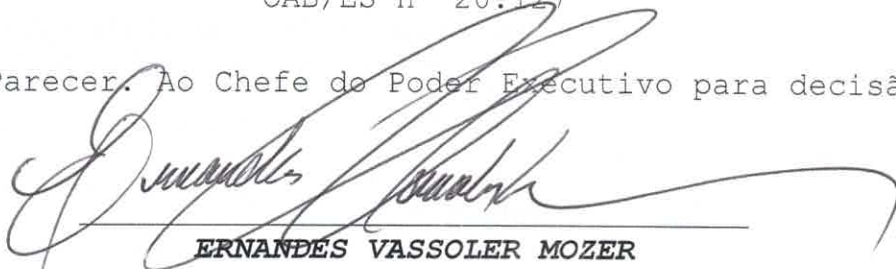


MARCOS VASCONCELLOS PAULA

Matrícula nº 1678-0

OAB/ES nº 20.127

Aprovo o Parecer. Ao Chefe do Poder Executivo para decisão.



ERNANDES VASSOLER MOZER

Procurador Geral

Dec. Individual nº 0007/2017

20.425

Processo Administrativo n.º 005648/2019

Excelentíssimo Prefeito Municipal,

Segue parecer jurídico (fls. 991-994v) opinando pela permanência da **INABILITAÇÃO** da empresa G.F.P. CONSTRUTORA EIRELI.

Procuradoria Geral do Município, aos 26 dias de Novembro de 2019.



ERNANDES VASSOLER MOZER

Procurador Geral - Decreto Individual n.º 07/2017

OAB/ES n.º 20.425