
**ILUSTRÍSSIMO SR.(A) PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE BOM JESUS
– ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

***Nota reflexiva: Súmula 222 – TCU** “as Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.*

Ref.: TOMADA DE PREÇO Nº 003/2021

LIMPMAX CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ/MF nº 10.557.524/0001-31, com endereço especificado no cabeçalho, neste ato representado por seu representante legal, vem, *mui* respeitosamente a presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, conforme na Lei nº 8.666/93, apresentar,

IMPUGNAÇÃO

Aos termos do Edital em referência, na forma que se segue.

PRELIMINAR DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Como é de conhecimento geral, a Lei nº 8.666/93 disciplina o direito de manifestações contrárias ao instrumento convocatório, nos seguintes termos:

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

§ 1º Qualquer **cidadão** é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, **devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação**, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º **Decairá do direito de impugnar** os termos do edital de licitação perante a administração **o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso**, ou a realização de leilão, as falhas ou

irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Pois bem, como podemos verificar na legislação, tempestivo é o presente.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO LIMITADOR DE CLÁUSULAS QUE RESTRINJAM A COMPETITIVIDADE

Mister destacar que o princípio da igualdade entre os licitantes impede a inclusão de cláusulas editalícias que impeçam ou restrinjam o caráter competitivo do certame.

Assim já vem decidindo o Tribunal de Contas da União - TCU:

“O edital de licitação não deve conter quaisquer exigências que sejam impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto a ser licitado, por constituírem restrições ao caráter competitivo, nos termos do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.” **(TCU. Processo TC nº 001.645/2004-2. Acórdão nº 1.748/2004 – Plenário)**

Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade. **(TCU. Acórdão 819/2005 Plenário)**

A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993. **(TCU. Acórdão 1734/2009 Plenário-Sumário)**

“[...] responsabilização dos integrantes da Comissão de Licitação, por não terem manifestado opinião em contrário no julgamento da Tomada de Preços [...], utilizando critério restritivo à competitividade, inobservando o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e caracterizando ofensa aos princípios da isonomia (tratamento desigual), impessoalidade (benefício à licitante), competitividade (restringida pela exigência editalícia ilegal) e legalidade (ausência de lei permitindo a inclusão nos editais de exigência de prévia informação sobre o representante da empresa que efetuará a visita técnica) [...]” **(TCU. Processo TC nº 018.945/2012-0. Acórdão nº 1215/2014)**

Diante disso, o poder discricionário da administração pública fica adstrito a esse aspecto limitador mesmo quando intencione a efetividade da prestação do serviço, pois o objetivo da ampla competitividade é a obtenção da proposta mais vantajosa para o serviço público a ser contratado.

Oportuna a lição de **José dos Santos Carvalho Filho**¹:

“A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam alijados todos os demais, o que seria de se lamentar, tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à Administração melhores condições de contratação. Cumpre, assim, permitir a competitividade entre os interessados, essencial ao próprio instituto da licitação. Como é evidente, esse fundamento se agrega à noção que envolve os princípios da igualdade e da impessoalidade, de obrigatória observância por todos aqueles que integrem os quadros da Administração.”

Acerca da inviabilidade de licitação, colaciono os seguintes arestos:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA DE LIXO - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - PRELIMINAR REJEITADA - FRACIONAMENTO DA LICITAÇÃO - VIABILIDADE - VEDAÇÃO EDITALÍCIA DE FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO - NÃO RAZOABILIDADE - ESTUDO TÉCNICO DE IMPACTO AMBIENTAL - NECESSIDADE - ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA - RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE - INIDONEIDADE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DE SEUS MEMBROS. [...] **5. Importa restrição de competitividade a exigência editalícia que impõe a apresentação de atestados de capacidade técnica sem prévia justificativa para a adoção dos quantitativos constantes do edital** (TJDFT – Ac.: 234178 – Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA – DJ 10/01/2006)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LICITAÇÃO. MEDIDA LIMINAR. **SUSPENSÃO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PRÉVIA OITIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CLÁUSULAS. EDITAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. RESTRIÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME.** 1 - havendo riscos de lesão grave ou de difícil reparação, o poder geral de cautela pode mitigar a exigência de prévia oitiva da administração pública para concessão de liminar, principalmente, havendo risco de dano ao erário público. **2 - as exigências e restrições contidas nas cláusulas editalícias, quando analisadas em conjunto, não podem restringir o caráter competitivo do certame a pretexto apenas de obter-se efetividade na prestação do serviço.** (TJ-DF - AI: 58895620068070000 DF 0005889-56.2006.807.0000, Relator: FERNANDO HABIBE, Data de Julgamento: 17/12/2009, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 20/01/2010, DJ-e Pág. 63)

¹ “Manual de Direito Administrativo” – Editora Lúmen - 15.ª Edição – 2006.

I. DOS FATOS SUBJACENTES E DOS MOTIVOS DE REFORMA

Em análise minuciosa ao referido Edital, a empresa impugnante verificou a existência de exigência editalícia que fere o princípio da competitividade, bem como a dispositivos vedados pela jurisprudência pátria.

Vejamos:

1. Página 13: Entrega da garantia em até 01 (um) dia anterior ao certame.
 - a) Índices maiores que 1,5
 - b) Certidão do CREA visado pelo CREA/RN
 - c) Contrato do engenheiro registrado do CREA
 - d) Entrega da garantia em até 01 (um) dia anterior ao certame.

Diante o exposto, passamos a transcorrer.

II. DA IMPUGNAÇÃO E DO SUBSTRATO JURÍDICO PARA REFORMA

1. DOS ÍNDICES EXIGIDOS EM BALANÇO PATRIMONIAL.

Observa-se no instrumento convocatório exige índices financeiros em desacordo com os parâmetros adotadas pelo Tribunal de Contas da União.

Vejamos:

ET = Endividamento Total - menor ou igual a 1,0
LC = Liquidez Corrente – maior ou igual a 1,5
LG = Liquidez Geral - maior ou igual a 1,5
SG = Solvência Geral - maior ou igual a 1,5

Acerca dos índices usuais em atos convocatórios, destacamos o precedente do Tribunal de Contas da União, que toma como usual, valores variáveis conforme segue abaixo, *in verbis*:

“No caso examinado, observou-se que as exigências editalícias de índices maiores ou iguais a 5 (cinco) estavam muito superiores ao parâmetro normativo. **Do mesmo modo, o grau de endividamento previsto no edital, menor ou igual a 0,16, estaria distante do índice usualmente adotado, que varia de 0,8 a 1,0.** Além disso, em qualquer caso, ainda conforme o relator, seria obrigatório justificar, no processo licitatório, os índices contábeis e valores utilizados, o que não

foi realizado. Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, votou pela aplicação de multa aos responsáveis, no que foi acompanhado pelo Plenário.” (Acórdão TCU n.º 2299/2011-Plenário)

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM CONCORRÊNCIAS COM RECURSOS DO FNDE. CONHECIMENTO. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA. JUSTIFICATIVAS INSUFICIENTES PARA ELIDIR AS IRREGULARIDADES SUSCITADAS. PROCEDÊNCIA. **ANULAÇÃO DO CERTAME. ARQUIVAMENTO. [...]**
“No tocante aos índices de liquidez geral - LG e liquidez corrente LC, o normal é a exigência entre 1,0 a 1,5, e o grau de endividamento - GE entorno de 0,8 a 1,0. Assim, a fixação dos índices - maior ou igual a 5,00 e um grau de endividamento - GE menor ou igual 0,16, como valor limite teve a finalidade de restringir a participação no certame daquelas empresas que apresentassem a razão entre seu ativo e passivo circulante igual ou superior àquele índice, ou seja, que apresentassem a saúde financeira tal que para cada real atinente a dívidas de curto prazo assumidas deveria haver cinco reais em disponibilidade em seu caixa. A exigência de índices contábeis diversos dos usuais, sem a devida fundamentação em estudo aprofundado e específico que demonstre sua necessidade e adequação com relação ao objeto da licitação, afronta o § 5º do art. 31 da Lei 8.666/1993, (Acórdãos 2495/2010-TCU-Plenário, 170/2007-TCU-Plenário e 291/2007-TCU-Plenário). (Acórdão TCU nº 2913-42/14– Plenário)

Na esteira do entendimento da Suprema Corte de Contas, o Tribunal de Contas de Minas Gerais proferiu o seguinte julgamento:

RECURSO ORDINÁRIO CONTRA DECISÃO DA PRIMEIRA CÂMARA QUE JULGOU REPRESENTAÇÃO EM FACE DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA PROMOVIDA POR PREFEITURA MUNICIPAL – EM PRELIMINAR, CONHECIDO O RECURSO – OS VALORES NUMÉRICOS PARA OS ÍNDICES DE LIQUIDEZ CORRENTE E LIQUIDEZ GERAL E PARA O GRAU DE ENDIVIDAMENTO, EXIGIDOS EM CLÁUSULA DO EDITAL, ENCONTRAM-SE FORA DOS LIMITES USUALMENTE ADOTADOS NO MERCADO E NÃO FORAM DEVIDAMENTE JUSTIFICADOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DA LICITAÇÃO – INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 31, § 5º, DA LEI Nº 8.666/93 – RESTRIÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME – AFRONTA AO ART. 3º, § 1º, I, DA LEI Nº 8.666/93 – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO – MANUTENÇÃO DA MULTA AO RESPONSÁVEL, DA ADVERTÊNCIA E DA DETERMINAÇÃO CONTIDAS NA DECISÃO RECORRIDA. **1. Os valores numéricos maiores ou iguais a 2,0 (dois vírgula zero) para os índices de Liquidez Corrente e Liquidez Geral e menor ou igual a 0,30 (zero vírgula trinta) para o Grau de**

Endividamento, exigidos na cláusula 4.2.5.2 do Edital da Concorrência Pública nº 794/2006, mostram-se impertinentes para o específico objeto do contrato, pois não se encontram em conformidade com os valores normalmente adotados no setor de serviços públicos, infringindo a Lei nº 8.666/93. 2. As irregularidades apontadas na decisão recorrida restringem a competitividade no certame, não se tratando de mera falha formal, o que justifica não se retirar a multa aplicada ao Responsável. 3. Mantém-se a advertência para que a Prefeitura Municipal de Uberlândia e seus órgãos passem a observar a Lei nº 8.666/93 nos procedimentos licitatórios futuros, em especial os dispositivos constantes dos arts. 3º e 31, de modo a evitar exigências de comprovação de habilitação econômico financeira mediante inserção de índices que comprometam o princípio da competitividade. 4. Mantém-se, ainda, a determinação para que o contrato decorrente do procedimento licitatório em referência seja objeto de fiscalização por parte desta Corte em futura inspeção. (TCMG - Recurso Ordinário nº 808.260, Rel. Cons. Adriene Andrade, 01.06.11)

Neste norte, requer-se a correção dos índices exigidos em Edital a fim de se amoldar aos níveis aceitáveis pela jurisprudência pátria.

2. DA EXIGÊNCIA DE VISTO EXPEDIDO PELO CREA DISTINTO DA SEDE DA LICITANTE. PRECEDENTES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

O inciso I do artigo 30 da Lei nº 8.666/93, disciplina sobre a exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente dos licitantes e que a profissão e/ou atividade econômica explorada, seja regulamentada por Lei, como é o caso das atividades de engenharia (Lei nº 5.194/1966).

Acerca de tal exigência, o Tribunal de Contas da União – TCU, já se posicionou acerca de tal exigência, **apenas na fase de contratação com a empresa vencedora**, ou seja, após todas as fases licitatórias.

O TCU, em sua jurisprudência, com o advento da Constituição de 1988 e da Lei Geral de Licitações, tem considerado de eficácia limitada o art. 69 da Lei 5.194/66. Nos termos do art.30, inciso I, da Lei 8.666/1993, de fato, a solicitação de registro é condição necessária para a habilitação técnica nos certames licitatórios.

A presença do visto, entretanto, quando se tratar de licitante inscrito em Crea de outro estado, deve ser demandada apenas para fins de início das atividades, não como condição de habilitação.(CAMPELO, Valmir, e CAVALCANTE, Rafael Jardim, Obras Públicas: Comentários a Jurisprudência do TCU, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012, p. 261)

Colaciono os seguintes arestos, *in verbis*:

No caso da exigência do visto do Crea local na certidão de registro no Crea de origem das licitantes, é pacífico o entendimento desta Corte de que o instante apropriado para atendimento de tal requisito é o

momento de início do exercício da atividade, que se dá com a contratação, e não na fase de habilitação, sob pena de comprometimento da competitividade do certame. (destaques acrescidos) (Acórdão 2328/2010-TCU-Plenário)

“[...] 1 – Visto do Crea local na certidão de registro no Crea de origem somente é exigível por ocasião da contratação. (TCU. Processo nº TC-000.051/2010-1. Acórdão nº 1.328/2010 – Plenário)

“... este Tribunal tem jurisprudência firme no sentido de que a exigência de registro ou visto no CREA do local de realização da obra licitada somente dar-se-á no momento da contratação. Nessa linha, cito as Decisões Plenárias 279/1998 e 348/1999, o Acórdão 979/2005-Plenário e o Acórdão 992/2007-Primeira Câmara. 6. O entendimento do Tribunal fundamenta-se no princípio constitucional da universalidade de participação em licitações, impondo-se ao ato convocatório o estabelecimento de regras que garantam a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, vedadas cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame.” (Acórdão nº 772/2009, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz)

“(...) 14. Tem razão a autora ao considerar que é aplicável apenas ao vencedor do certame a exigência, para licitantes de outro Estado, de visto de registro profissional pelo conselho local, já que se trata de requisito essencial para desenvolvimento regular das atividades, nos termos do art. 69 da Lei 5.194/1996, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo. Não seria correto aplicá-la a todos os participantes, o que representaria um ônus desnecessário e que poderia restringir a competitividade da licitação.” TCU – Acórdão 1908/2008 – Plenário – Rel. Min. Aroldo Cedraz.

“[...] não inclui em futuros editais de licitação exigência acerca de que o registro do CREA do local de origem da empresa licitante receba visto do CREA do local de realização das obras, com fins de mera participação em licitação, uma vez que, segundo pacífica jurisprudência desta Corte, o visto somente deve ser exigido quando da contratação [...]” (TCU. Processo nº TC-001.998/1999-4. Acórdão nº 348/1999 – Plenário)

“[...] exigir visto do registro do profissional pelo simples fato de participar da licitação parece ser exigência acima daquela fixada pelo legislador ordinário, o que acaba por restringir, além do necessário, a competitividade do certame. Lembremo-nos de que o art. 30, I, da Lei 8.666/93 exige, para efeitos de qualificação técnica, apenas o registro ou inscrição na entidade profissional competente, não mencionando qualquer necessidade de visto do registro no conselho regional do local da obra, o que reforça o entendimento de que somente

por força do art. 58 da Lei 5.194/66 surge tal necessidade e apenas no momento da contratação.” (TCU. Processo nº TC-011.423/96-0. **Acórdão nº 279/1998 – Plenário**)

Acerca das anotações de responsabilidade técnica e o acervo técnico profissional, o CONFEA editou a RESOLUÇÃO Nº 1.025, DE 30 DE OUTUBRO DE 2009, in verbis:

Art. 49. A Certidão de Acervo Técnico – CAT é o instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos do Crea a anotação da responsabilidade técnica pelas atividades consignadas no acervo técnico do profissional.

[...]

Art. 53. A CAT é válida em todo o território nacional.

Ora, se a CAT tem validade em todo território nacional, resta descabida a especificação do órgão fiscalizador que tenha realizado seu registro.

Têm-se da legislação e da jurisprudência acima colacionada que a exigência de CAT e/ou visto pelo CREA de estado diverso da sede da licitante, que a mesma é ilegal.

Frise-se ainda que, exigir CAT expedido por CREA de estado diverso da sede da licitante, estar, também, a obstaculizar a participação de empresas de outros Estados, **malferindo, assim, o princípio da não-distinção de empresas em razão de sua sede (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993).**

Portanto, permanecer com tal exigência, afronta diretamente a jurisprudência emitida pelo TCU, a qual essa Edilidade encontra-se vinculada por força do princípio da legalidade e da Súmula TCU nº 222.

Desta feita, requer-se a exigência de apresentação de documentos chancelados pelo CREA/RN, por ferir o princípio da não distinção de empresas em razão de sua sede, ferindo inclusive o Princípio a Ampla Concorrência.

3. DA EXIGÊNCIA DE CONTRATO/COMPROVAÇÃO DE VINCULO EMPREGATÍCIO REGISTRADO NO CREA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DESNECESSIDADE.

Há três possibilidades para tal comprovação: Vínculo trabalhista, contratual ou societário. Sendo por contrato, esta comprovação se faz por meio de apresentação de cópia autêntica de instrumento de contrato de prestação de serviço. Este contrato deverá criar um vínculo de RT (responsável técnico) com o licitante.

O vínculo trabalhista é uma opção e não poderá ser uma regra. O TCU já pacífico o assunto:

“abstenha de exigir comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante, uma vez que extrapola as exigências de qualificação técnico-profissional, definidas no art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/1993, e passe a admitir a comprovação da vinculação dos profissionais ao quadro permanente por intermédio de apresentação de contrato de prestação de serviço, de forma consentânea ao posicionamento jurisprudencial da Corte de Contas nos Acórdãos nºs 361/2006-Plenário, 170/2007-Plenário,

892/2008-Plenário e 1.547/2008- Plenário (item 1.5.2, TC-021.108/2008-1)

“...o profissional esteja em condições de desempenhar seus trabalhos de forma efetiva no momento da execução contratual. Sendo assim, o contrato de prestação de serviços regido pela legislação civil comum se revela suficiente para a Administração Pública” (Acórdão n.º 1898/2011-Plenário, TC-011.782/2011-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.07.2011.)

“É desnecessário, para comprovação da capacitação técnico-profissional, que o empregado possua vínculo empregatício, por meio de Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS assinada, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum, tratada no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/1993.” Acórdão 103/2009 Plenário (Sumário)

No caso em apreço, exige-se a apresentação de contrato de prestação de serviço registrado no CREA, este, não previsto na legislação infraconstitucional, tão pouco na jurisprudência dos tribunais pátrios.

Sobre o tema, destacamos:

[...] abstenha-se de exigir, para habilitação em processos licitatórios, documentos além daqueles previstos nos arts. 28 a 31 da Lei 8.666/93, caracterizando restrição ao caráter competitivo do certame **(TCU. Plenário. Processo n. TC-020.795/1994-7. Decisão n. 202/1996.**

Abstenha-se de prever, como exigência de habilitação, requisitos que não estejam contemplados nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993, por ausência de amparo legal e por restringir a competitividade da licitação, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da referida lei. Acórdão 1731/2008 Plenário

Abstenha-se de fazer exigências que excedam aos limites fixados nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 39/2008 Plenário

As exigências de habilitação no certame licitatório devem limitar-se ao mínimo necessário à garantia da execução do futuro contrato. Acórdão 1332/2007 Plenário

Atente para que as exigências de habilitação sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, de modo a atender o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c os arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 112/2007 Plenário

Portanto, exigir do licitante que presente contrato de prestação de serviço registrado no CREA, demonstra-se totalmente desarrazoado, uma vez que o órgão competente para tal registro, tornando-o público na forma da Lei, é realizado pelo cartório

Nestes termos, requer-se a reforma de tal item, a fim que esteja em consonância com a jurisprudência pátria.

4. APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DE GARANTIA

Há uma prática sendo reiteradamente executada em certames licitatórios em diversas partes do país, referente a apresentação antecipada de garantia da proposta.

Como todos nós sabemos, a apresentação antecipada da garantia já vem sendo julgada como ilegal pelos tribunais pátrios, senão vejamos:

As Cortes de Contas entendem que “a lei nº 8.666/93 permite, em determinadas situações, que a qualificação econômico-financeira possa ser demonstrada mediante prestação de garantia (art. 31, III e § 2º). Todavia, **não faz nenhuma exigência de que esta garantia seja entregue antes da abertura dos envelopes referentes à habilitação das licitantes**” (TCU. Acórdão 802/2016 – Plenário).

[...] a exigência da comprovação do recolhimento da caução de participação até o 5º dia útil anterior à abertura das propostas não observa a jurisprudência deste Tribunal, **segundo a qual a data de apresentação de garantias, nos termos do artigo 30, § 2º, da Lei nº 8.666/93, não pode ser diferente da data marcada para a apresentação da documentação de habilitação**” (TCU. Acórdão 381/2009-Plenário)

[...] **se abstenha de fixar em seus editais de licitação data limite para o recolhimento da garantia prevista no art. 31, III, da Lei n. 8.666/1993, sendo esse limite delimitado pelo próprio prazo para a entrega das propostas, respeitando-se os horários de funcionamento do órgão recebedor da garantia**” (TCU. Acórdão nº 557/2010 – Plenário)

[...] não há amparo legal para exigência de garantia antecipada, para assegurar a preservação dos princípios da universalidade e da competitividade, a Administração deverá aceitar a garantia até a data de abertura do certame, horário máximo para a exibição da garantia com vistas a permitir a sua verificação e a expedição do respectivo comprovante, se for o caso” (TCE – MG. Denúncia nº 862.973)

[...] por se tratar de documento típico de qualificação econômico-financeira, a garantia de participação só pode ser exigida “na data de entrega dos envelopes, conforme inteligência do inciso III do artigo 31 da Lei nº 8666/93” (TCE-SP. TC nº 021978/026/11)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM PROCEDIMENTAL PREVISTA NA LEI DE LICITAÇÃO. **EXIGÊNCIA DE GARANTIA ANTES DA HABILITAÇÃO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES.** 01. O procedimento de licitação observa etapas pré-determinadas, fixadas na Lei e no regulamento interno da licitação.

Afere-se a qualificação dos participantes para, em seguida, examinarem-se as propostas daqueles que tiverem demonstrado condições de execução do objeto. **02. Para aferição da qualificação dos licitantes, o art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93, exige que os mesmos ofereçam garantia na fase de habilitação do processo de licitação, e não antes.** 03. Assim, resta ilegítima a exigência editalícia no sentido de que todos os participantes do certame prestem garantia no prazo de cinco dias úteis antes da data de abertura da licitação. **04. Apelação e remessa oficial desprovidas.** (TRF-1 - AMS: 311 DF 2000.01.00.000311-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, Data de Julgamento: 04/06/2007, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 02/07/2007 DJ p.38)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE GARANTIA ANTES DA HABILITAÇÃO EM TOMADA DE PREÇO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Tem-se aqui caso em que edital de licitação exigia a apresentação de garantia em até cinco dias da data da abertura da licitação. **2. De acordo com o art. 31, inc. III, da Lei n. 8.666/93, a apresentação de garantia é requisito para que o licitante seja considerado qualificado no aspecto financeiro-econômico. Como se sabe, a apresentação das qualificações insere-se na fase de habilitação, na esteira do art. 27 daquele mesmo diploma normativo, motivo pelo qual a exigência de garantia antes do referido período é ilegal.** 3. Não ajuda à Administração sustentar que o edital é lei entre as partes e que a decisão que aplica os dispositivos antes mencionados viola o art. 41 da Lei n. 8.666/93, pois, se é verdade que o edital vincula o Poder Público, não é menos verdade que a lei também o faz, em grau ainda mais elevado. 4. Recurso especial não provido (STJ - REsp: 1018107 DF 2007/0301346-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 26/05/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20090612 --> DJe 12/06/2009)

Portanto, para que tais exigências não sejam tomadas como forma de descobrir e/ou antecipar o pronunciamento de possíveis concorrentes, a jurisprudência posicionou-se pela sua ilegalidade ao ponto que a simples apresentação do comprovante de garantia dentro no envelope de habilitação, preenche perfeitamente a necessidade de comprovação.

III. DAS DEMAIS IMPLICAÇÕES COM A IMPUGNAÇÃO.

PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA NA ELABORAÇÃO DO EDITAL/PROJETO BÁSICO. SOLIDARIEDADE DO AGENTE.

Em que pese a Comissão não vincular-se a *priori* aos fundamentos que motivaram a lavratura de pareceres jurídicos e técnicos, destaque-se o que diz a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou **erro grosseiro**. Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

No âmbito de suas responsabilidades, o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta a matéria, prevê:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, **ou cometer erro grosseiro**, no desempenho de suas funções.

§1º Considera-se **erro grosseiro** aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§2º Não será configurado dolo ou **erro grosseiro** do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o **erro grosseiro**.

§3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o **erro grosseiro** do agente público.

§4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§8º O DISPOSTO NESTE ARTIGO NÃO EXIME O AGENTE PÚBLICO DE ATUAR DE FORMA DILIGENTE E EFICIENTE NO CUMPRIMENTO DOS SEUS DEVERES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS.

O Plenário do Tribunal de Contas da União proferiu o Acórdão nº 2.391, em 17/10/2018, sob a Relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que estabeleceu balizas importantes e controversas sobre a responsabilidade dos agentes públicos diante da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sobre a aplicação do art. 28, cujo teor prescreve que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

E a fim de não deixar qualquer dúvida, ou margem para entendimentos diversos daquela decisão, o Acórdão ofertou uma tabela ilustrativa, como podemos observar abaixo:

“83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. **O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário**, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

Gradação do Erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária - acima do normal	Não anulável

84. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam” (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, p. 169) .

85. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual a culpa grave é “a culpa crassa, magna, nímia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis”. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 72)”. (TCU. **Acórdão nº 2391/2018 – P. Rel. Benjamin Zymler. Data. 17/10/2018**)

Para o Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescentados). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado. *In verbis*:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:

I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Observe-se que a responsabilidade do agente público em análise de todo o arcabouço fático-probatório do procedimento licitatório é de suma importância ao atingimento dos princípios que norteiam a administração pública, sob pena de responsabiliza-se por sua omissão.

Diferente de outros períodos, a Comissão de Licitação e/ou o Pregoeiro não tinha responsabilidade sobre atos que anteciparam sua apreciação, ou que *a posteriori*, seja homologado por seu superior hierárquico, CONTUDO, verifica-se que há uma tendência de decisões emanadas pelo TCU, com vinculação imposta pela Súmula nº 222, em responsabilizar os agentes públicos, mesmo que não tenha participado de atos específicos, a exemplo da pesquisa de preço realizada. Vejamos o que diz o Acórdão nº 2.318/2017 – Plenário, e demais arestos atinentes ao caso, *in verbis*:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. PREÇO ACIMA DO VALOR PRATICADO NO MERCADO. RESPONSABILIDADE DO PREGOEIRO E DA AUTORIDADE QUE HOMOLOGOU O CERTAME NA VERIFICAÇÃO DA ACEITABILIDADE DE PREÇOS, ESTIPULAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME E DO CONTRATO DELE DECORRENTE. CIÊNCIA DAS IRREGULARIDADES À ENTIDADE. 1. É da competência do pregoeiro e da autoridade que homologa o certame verificar se houve pesquisa recente de preços junto ao mercado fornecedor do bem licitado e se essa pesquisa orientou-se por critérios aceitáveis. 2. A autoridade que homologa o processo licitatório é solidariamente responsável pelos vícios identificados no procedimento, exceto se forem vícios ocultos, de difícil percepção. 3. O ato de homologação consiste na fiscalização e no controle praticado pela autoridade competente sobre o que foi realizado pelo pregoeiro, com objetivo de aprovar os procedimentos adotados. (TCU. Acórdão nº 2.318/2017 – P. Rel. Marcos Bemquerer. Data. 11/10/2017).

Extrai-se do Voto do supracitado aresto as seguintes citações:

[...] 32. Ou seja, ainda que a pesquisa de preços tenha sido efetuada por outrem, ao pregoeiro e à autoridade superior que homologou o certame cabem verificar se a coleta de preço seguiu critérios aceitáveis, consoante sobressai do magistério jurisprudencial desta Casa de Contas, **verbis**:

Acórdão 4.828/2017 – 2ª Câmara (trecho do voto, rel. min. Ana Arraes)

“11. Os responsáveis não comprovaram a busca no mercado de preço de referência para orientar o orçamento do pregão. No entanto, é da competência da comissão permanente de licitação, do pregoeiro e da autoridade superior verificar se houve recente pesquisa de preço junto a fornecedores do bem a ser licitado e se esta observou critérios aceitáveis.”

Acórdão 4.464/2017 – 2ª Câmara (trecho do voto, rel. min. Aroldo Cedraz)

“14. Acrescento que a jurisprudência do TCU aponta no sentido de que ‘a CPL, **o pregoeiro e a autoridade superior devem verificar: primeiro, se houve pesquisa recente de preço junto a fornecedores do bem e se essa observou critérios aceitáveis**’ (trecho do Voto condutor do Acórdão 3.516/2007 – TCU – Primeira Câmara) . No mesmo sentido o Acórdão 2.147/2014-TCU-Plenário.”

Além disso, o Tribunal (no Acórdão nº 2.318/2017 – Plenário) adota entendimento de que a autoridade homologadora é solidariamente responsável pelos vícios identificados nos procedimentos licitatórios, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis. Assim, a homologação representaria ato de controle, que não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório. *In verbis*:

35. [...] Noutras palavras, **ao ratificar os atos do pregoeiro a gestora igualmente se responsabiliza, visto que a ela caberia arquir eventuais falhas na condução do procedimento**. Essa linha de exegese está em afino com a interpretação desta Corte de Contas conferida à matéria, conforme os excertos adiante destacados da ferramenta de pesquisa do TCU [...]:

Acórdão 1.526/2016 – Plenário (rel. min. Augusto Nardes)

“Pelos vícios ocorridos em procedimento licitatório **cabe a responsabilização solidária da autoridade que homologa o certame**, exceto se as irregularidades decorrerem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis na análise que deve ser procedida por essa autoridade.”

Acórdão 8.744/2016 – 2ª Câmara (rel. min. Raimundo Carreiro)

“Cabe a responsabilização solidária da autoridade que homologa a licitação pelos vícios ocorridos no procedimento licitatório, exceto se as irregularidades decorrerem de vícios ocultos, dificilmente perceptíveis pela autoridade em questão.”

Acórdão 4.843/2017 – 1ª Câmara (rel. min. José Múcio)

“A autoridade homologadora é solidariamente responsável pelos vícios identificados nos procedimentos licitatórios, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis. A homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente, que não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório.”

Em acréscimo, cito o recente entendimento do Plenário desta Corte no sentido de que a ausência de critérios de aceitabilidade de preços unitários constitui erro grosseiro, a atrair, inclusive, a responsabilidade do parecerista jurídico:

“A ausência do critério de aceitabilidade dos preços unitários no edital de licitação para a contratação de obra, em complemento ao critério de

aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico a quem coube o exame da minuta do edital, que deveria saber, como esperado do parecerista médio, quando os dispositivos editalícios estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência sedimentada que regem a matéria submetida a seu parecer.” (TCU. Acórdão 1.695/2018 – Plenário (Relator Ministro Vital do Rêgo)

Acerca de projeto básico deficiente, sem elementos exigidos em lei, destacamos:

Enunciado: A realização de licitação, a assinatura de contrato e o início de obras com adoção de projeto básico deficiente, sem os elementos exigidos em lei, por si só, caracterizam irregularidade grave passível de aplicação de multa aos responsáveis.

VOTO:

28. De ressaltar que, em situações quejandas, o magistério jurisprudencial desta Casa de Contas tem apenado com multa os responsáveis por irregularidades relativas a **projeto básico deficiente e desatualizado**, conforme sobressai da base de dados do TCU (jurisprudência selecionada) (TCU. Acórdão nº 0610/2015 – Plenário)

Enunciado: Relatório de Auditoria. Responsabilidade. A realização de licitação, assinatura de contrato e o início de serviços sem que haja adequado projeto básico para a obra, com os elementos exigidos em lei, levando à necessidade de reformulação do projeto, são condutas graves que conduzem à aplicação da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei n.º 8.443/92. Rejeição de justificativas. Multa. (TCU. Acórdão nº 707/2014 – Plenário)

Enunciado: Relatório de Levantamento de Auditoria. Responsabilidade. A adoção de projeto básico deficiente constitui irregularidade grave passível de aplicação de multa aos responsáveis, independentemente da consumação e da identificação de dano ao erário. Rejeição de justificativas. Multa.

Excerto: [VOTO]

24. Inicialmente, registro que a adoção de projeto básico deficiente constitui, por si só, irregularidade grave passível de gerar multa aos responsáveis, por constituir distanciamento do parâmetro de legalidade estabelecido no regime das licitações. Conforme o art. 7º, § 2º, inciso I c/c o § 6º, da Lei 8.666/1993, tal fato é apto, inclusive a gerar a nulidade da licitação, o que demonstra o seu grau de gravidade, segundo avaliação do legislador ordinário. (TCU. Acórdão nº Acórdão 2158/2015-Plenário. Rel. Marcos Bemquerer. Dt. 26.08.2015)

DA MODIFICAÇÃO DE EDITAL. REINICIO DE PRAZO

Assim prevê a Lei 8.666/93:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

A lei de licitações estabelece que, para que seja possível alterar disposições do instrumento convocatório, se faz necessário a reabertura do prazo definido, sendo que a Administração apenas não o fará quando a alteração não afetar as propostas.

Acerca das modificações que amplie os competidores dos certames, verifica-se a necessidade de tal reabertura, considerando a necessidade das empresas de se organizarem para tal.

Nesse sentido, segue o entendimento do TCU:

(...)atente para a necessidade de divulgação, pela mesma forma que se deu o texto original, das eventuais alterações do instrumento convocatório, com a reabertura do prazo inicialmente estabelecido, mesmo em hipóteses que resultem na ampliação do universo de competidores, a fim de viabilizar que os novos possíveis interessados contem com tempo hábil para a elaboração de suas propostas, com vistas a dar pleno cumprimento ao disposto no § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93; Acórdão nº 1197/2010 – TCU – Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti

“[...] promova a revogação do certame licitatório e a abertura de novo procedimento quando houver modificação substancial do objeto, no intuito de possibilitar a participação de outras empresas que não poderiam executar o objeto originalmente previsto, mas que teriam condições de atender aos novos requisitos estabelecidos, de maneira a resguardar o caráter competitivo da licitação, insculpido no art. 3º, §1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.” Fonte: TCU. Processo nº TC-004.147/2004-3. Acórdão nº 1.261/2004 – Plenário

“[...] 9.3.1. modificações em editais que causem alteração substancial e/ou afetem a formulação das propostas, exigem divulgação pela mesma forma que se deu o texto original e reabertura do prazo inicialmente estabelecido, em respeito aos princípios constantes no art. 2º do RLCSS - Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Sebrae, e ao art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993 [...]” Fonte: TCU. Processo TC nº 013.095/2014-5. Acórdão nº 2078/2014 - Plenário.

Acerca da ampliação do rol de competidores após a modificação no instrumento convocatório, destaca Justen Filho, *in verbis*:

[...] Suponha-se, porém, que um potencial interessado não dispusesse daquele documento e, por decorrência, tivesse deliberado não participar da licitação. Ao suprimir a exigência, a Administração modificou radicalmente as condições da licitação e o sujeito passou a ter interesse concreto e real de participar. Para tanto, deverá dispor do prazo necessário e adequado para elaborar sua proposta e obter os

demais documentos exigidos. (Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed – São Paulo: Dialética, 2010. pág. 259)

AINDA, destaca-se quando da existência de falha sanável, mas o procedimento segue seu caminho sem que se dê espaço à correção a solução sempre culmina na nulidade.

Assim é o entendimento do TCU:

12. Ante todo o exposto, somos de opinião que os responsáveis não lograram justificar o fato de terem tomado conhecimento da divergência entre a data de realização do certame prevista no edital e a data constante dos avisos publicados, sem que tivessem adotado providências visando à fixação de nova data para realização do certame e à publicação dos avisos correspondentes, e, conseqüentemente, terem realizado a licitação em data diversa daquela prevista no edital, em desacordo com o disposto no art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993, principalmente com os princípios básicos da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório, razão pela qual devem ser rejeitadas as suas razões de justificativa.

13. Por fim, cumpre registrar que, embora a UFF não tenha respondido à notificação feita por meio do Ofício 294/2014, como vimos acima, é possível afirmar que a determinação feita no item 9.2 do Acórdão 252/2014-TCU-Plenário foi cumprida pela Universidade, conforme informação prestada pelos responsáveis e confirmada em consulta ao sistema Comprasnet (peça 42) e à página da Imprensa Nacional, onde consta que o aviso de anulação da tomada de preços 14/2013 foi publicado no Diário Oficial da União de 26/2/2014 (peça 41). (TCU - TC 026.088/2013-4 – Plenário)

Diante o exposto, verifica-se a necessidade de reabertura de prazo, para realização de adequações que se fizerem necessárias.

IV. DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer-se seja assinalado prazo à Secretaria pertinente, para a confecção de novo edital, com as devidas modificações, escoimado das irregularidades aqui apontadas, quais sejam, sob pena de serem tomadas todas as medidas judiciais cabíveis.

Nestes termos,
P. Deferimento.

Sousa (PB), 30 de junho de 2021.

LIMP MAX CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA
CNPJ/MF nº 10.557.524/0001-31