

PARECER JURÍDICO

Tipo: Tomada de preços nº 001/2023.

Objeto: Recapeamento Asfáltico

I - BREVE RELATO:

PAVOESTE PAVIMENTAÇÕES LTDA, tempestivamente protocolou recurso administrativo contra decisão da comissão de processo licitatório, pelas seguintes razões:

- Descumprimento pela EMBRAPAV, do item 6.7, alínea 'b', item b.1., tendo em vista que o edital previa para fins de comprovação de possuir profissional no quadro, a apresentação de CTPS ou contrato de trabalho, tendo sido apresentado Certidão do CREA, no qual consta como Empregado, o Sr. Raphael Lisboa;
- Descumprimento pela EMBRAPAV, do item 6.7, alínea 'd', tendo em vista a mesma ter apresentado atestado de capacidade técnica de produção de CBUQ, e não execução;
- Descumprimento pela EMBRAPAV, do item 6.7.1., tendo em vista que a visita técnica, teria sido realizada por Lucas Lopes da Silva, e não por Raphael Lisboa, eis que o edital previa que a mesma deveria "*...ser realizada por Responsável Técnico da licitante, legalmente vinculado nos termos do item 6.7...*"
- Descumprimento pela EMBRAPAV, do item 6.3., alínea 'd', a qual deixou de apresentar a certidão "CEIS".
- Descumprimento pela GETTEL ENGENHARIA, do item 2.2.4., visto que a mesma está impedida de licitar com o Município de Palmitos, com penalidade prevista para término, em 28/01/2024, tratando-se de fato que comprometeria a idoneidade da mesma, eis que em suas palavras, tal situação caracteriza "*...desvio de conduta perante o executar do contrato público firmado com o Município de Palmitos...*"; justificou ainda, que o impedimento de licitar da Recorrida, "*...se estende a qualquer outro órgão ou esfera...*";

Assim, requereu a inabilitação de ambas.

Aberto o prazo para contrarrazões, a EMBRAPAV deixou transcorrer o mesmo sem contraditar os argumentos, já a GETTEL ENGENHARIA, manifestou-se no sentido de que a suspensão em licitar emanada pela Prefeitura Municipal de Palmitos - SC, está sob discussão judicial (Autos nº 5000356-54.2022.8.24.0046 e 5000373-90.2022.8.24.0046), e que, conforme entendimento do TCU, em acórdão sob o nº 269/2019, 2242/2013, 3343/2013, 1003/2015, a suspensão fica adstrita ao Ente do qual emanou a penalidade.

Feito o breve relato, passa-se a análise do mérito.



II - DOS SUPOSTOS DESCUMPRIMENTOS DO EDITAL - EMBRAPAV:

II-A- Quanto à prova de possuir profissional no quadro:

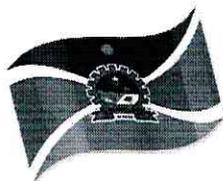
A EMBRAPAV demonstrou através da ART nº 8444116-7, que contratou os serviços do Sr. Rapahel Lisboa, do qual consta do mesmo que tal é Empregado daquela. É comum, não somente o Engenheiro, mas Advogados, Médicos e uma infinidade de profissões, que não estejam vinculados exclusivamente à um contratante, salvo exceções, as quais vem acompanhadas por significativas remunerações e garantias de estabilidade. O que importa é que haja a responsabilidade técnica de profissional, sendo que o vínculo propriamente, é secundário, o que é referendado pela jurisprudência:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONSELHO PROFISSIONAL ATIVIDADE BÁSICA. REVENDEDORA DE IMPLEMENTOS E INSUMOS AGRÍCOLAS. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO. RESPONSABILIDADE TÉCNICA JUNTO AO CREA. (DES) NECESSIDADE. [...] 3. Não se afigura razoável a exigência de que uma empresa que apenas é revendedora de implementos e insumos agrícolas, em geral, tenha em seu quadro de custo um responsável técnico apenas para cumprir um requisito de edital sem qualquer utilidade para qualquer uma das partes, na medida em que tal profissional nada terá a realizar na empresa e nada irá acrescentar à fiscalização do CREA. (TRF 4ª R.; AC 5000415-05.2022.4.04.7007; PR; Décima Segunda Turma; Relª Desª Fed. Gisele Lemke; Julg. 29/03/2023; Publ. PJe 31/03/2023) (grifamos)

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. REFORMA E AMPLIAÇÃO PREDIAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL. QUADRO PERMANENTE DE PESSOAL. QUANTITATIVO MÍNIMO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. [...] 2. A comprovação de vínculo entre o responsável técnico e a empresa licitante, para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional, pode ser realizada mediante a apresentação de cópia da carteira de trabalho, de contrato de prestação de serviços ou de declaração de contratação futura do profissional responsável, acompanhada da anuência deste. 3. A qualificação técnica dos licitantes deve ater-se às parcelas de maior relevância e de valor significativo, as quais devem estar previamente definidas no edital licitatório com clareza, precisão e objetividade. [...] (TCEMG; Den 1084315; Segunda Câmara; Rel. Cons. Subst. Licurgo Mourão; Julg. 02/06/2022; Publ. 29/07/2022)

LICITAÇÃO. CONTRATO. REPRESENTAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LEVANTAMENTO, COMPENSAÇÃO E RECUPERAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. OMISSÃO DE AUTORIZAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE PROFISSIONAL AUTÔNOMO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. IRREGULARIDADE. [...] 2. Na comprovação de vínculo profissional, a falta de previsão da possibilidade de contratação de profissional autônomo infringe a disposição da Súmula nº 25 deste Tribunal. [...] (TCESP; TC 001526/002/12; Primeira Câmara; Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo; Julg. 26/03/2019)

Assim, resta afastada a pretensão no ponto.



II-B- Não apresentação da certidão CEIS:

Que EMBRAPAV teria deixado de apresentar a certidão CEIS, devendo a mesma ser inabilitada.

Em que pese a não apresentação de tal, hodiernamente com o advento da internet, tal pode ser facilmente consultada, inclusive, no próprio terminal utilizado na sala onde se realizam as sessões de licitação.

Assim, facilmente verifica-se que, a Concorrente preenche os requisitos, cabendo esclarecer que a adstrição ao edital, não deve ter o condão de confundir-se com formalismo exacerbado.

Assim, não prospera o inconformismo no ponto.

II-C- Visita técnica realizada por terceira pessoa, que não o técnico:

O próprio item 6.7.1. do edital é claro quanto à exigência, que a mesma deverá ser realizada por responsável técnico "...ou por representante legal da empresa que deverá possuir procuração com firma reconhecida, acompanhado com o Contrato Social da empresa e documentos pessoais."

Mesmo que o edital por si só seja claro, nunca é excesso, acostar entendimento dos Tribunais Superiores:

LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. VISITA TÉCNICA. VISITA À OBRA POR ENGENHEIRO DA LICITANTE. 1) A visita técnica como requisito de habilitação do certame só pode ser exigida de forma excepcional, quando se tratar de condição imprescindível ao conhecimento das particularidades do objeto a ser licitado e desde que esteja devidamente justificada essa opção. 2) Não há previsão legal de que a visita técnica à obra licitada deva ser realizada por engenheiro responsável do próprio quadro da licitante, com a apresentação de Carteira de Identificação Profissional registrada no CREA. 3) Não se pode estabelecer, em edital licitatório, critérios que possam resultar na mitigação do caráter competitivo do certame, com imposições que não possuam fundamento legal que limitem o caráter competitivo da disputa. (TCENT; ReprInt611/2019; Proc. 234265/2015; Tribunal Pleno; Rel. Cons. Luiz Henrique Lima; Julg. 27/08/2019) (grifamos)

Afastada a pretensão no ponto.

II-D- Não comprovação de capacidade técnica:

Aduziu que, houve o descumprimento do item 6.7., mais precisamente, quanto à não comprovação que tivesse executado serviços compatíveis.



De fato, a certidão trazida pela EMBRAPAV, não comprova ser a mesma detentora de aptidão técnica, para que possa dar início à uma contratação, a qual tem origem recursos oriundos da sociedade.

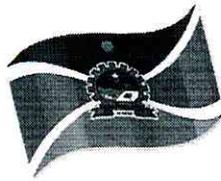
Assim, não podendo a Administração, realizar testes com os interessados em contratar, opina-se pela inabilitação da Recorrida EMBRAPAV.

III - QUANTO À SUSPENSÃO DE LICITAR DA GETTEL ENGENHARIA:

Em que pese o entendimento trazido pela Recorrida, no qual o TCU entende que a penalidade fica adstrita ao Órgão sancionar, a Jurisprudência, tanto do STJ, como do Sodalício Catarinense, tem-se inclinado no sentido de que a mesma se estende à toda Administração Pública, e não exclusivamente ao Órgão sancionador:

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANTERIOR IMPOSIÇÃO A TERCEIRO, PELA COMPANHIA ÁGUAS DE JOINVILLE, DA PENALIDADE DE INABILITAÇÃO PARA PARTICIPAR DE LICITAÇÕES. RESTRIÇÃO NO PRÓPRIO ATO SANCIONADOR DA EFICÁCIA DA SANÇÃO APENAS AO ENTE QUE A IMPÔS. DELIBERAÇÃO MANIFESTAMENTE OPOSTA À JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DO STJ SOBRE O TEMA. "A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública." (STJ, REsp n. 151.567/RJ, Segunda Turma, rel. Ministro Francisco Peçanha Martins) (AC n. 0300213-24.2018.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Ronei Danielli, j. 19-3-2019)" (TJSC, Apelação Cível n. 0305840-73.2018.8.24.0023, da Capital, Primeira Câmara de Direito Público, deste relator, j. 30-4-2019). SANÇÃO DEVIDAMENTE CADASTRADA NO CADASTRO DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS - CEIS E INFORMADA À MUNICIPALIDADE EM REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PROTOCOLIZADO PELA APELANTE. COMPANHIA ADEMAIS CONTROLADA PELO MUNICÍPIO. HIPÓTESE EM QUE NÃO PODERIA O APELADO TER ADMITIDO A PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES DA EMPRESA ANTES INABILITADA. RECURSO A QUE SE EMPRESTA PROVIMENTO PARA CONCEDER A ORDEM E CONFIRMAR A LIMINAR DEFERIDA POR ESTA CÂMARA NO AI N. 5010547-39.2021.8.24.0000. **Processo: 5006174-45.2021.8.24.0038 (Acórdão do Tribunal de Justiça). Relator: Jorge Luiz de Borba. Origem: Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Órgão Julgador: Primeira Câmara de Direito Público. Julgado em: 13/12/2022. Classe: Apelação (grifamos)**

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. EMPRESA VENCEDORA COM REGISTRO DE PENALIDADE DE SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR E CONTRATAR (ART. 87, III, DA LEI N. 8.666/1993) VIGENTE NA DATA DE ABERTURA DO CERTAME. PUNIÇÃO IMPOSTA POR ENTE MUNICIPAL, MAS QUE ALCANÇA TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À ANULAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO A PARTIR DA HABILITAÇÃO DA PARTICIPANTE



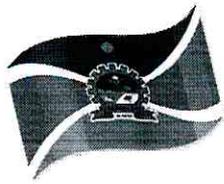
IMPEDIDA. É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que "a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (MS 19.657/DF, rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013)" (STJ, Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.382.362/PR, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 7-3-2017). Assim, está impedida de participar de processo licitatório aberto por ente estadual a empresa a quem foi imposta a penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, ainda que a punição tenha advindo de procedimento administrativo de âmbito municipal. **SEGURANÇA CONCEDIDA. Processo: 4019902-95.2018.8.24.0000 (Acórdão do Tribunal de Justiça). Relator: Odson Cardoso Filho. Origem: Capital. Órgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Público. Julgado em: 28/11/2018. Juiz Prolator: Não informado. Classe: Mandado de Segurança**

Na linha dos precedentes trazidos, ensina Marçal Justen Filho:

Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo Administração, enquanto o inc. IV contém Administração Pública. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, **não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão de participação de licitação a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão.** Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso. A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa. **(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10 ed., São Paulo: Dialética, 2004. págs. 130-131)** (grifamos)

Por analogia, aprovados em concurso público, tem a obrigação de apresentar certidão de antecedentes criminais, independentemente se conste das mesmas, delitos contra a Administração Pública, a fim de que seja verificada sua idoneidade moral pois, não é porque o mesmo está fora dos limites territoriais em que o crime fora cometido, que o mesmo passa a ser correto.

Ou seja, verificado o deslize, fica evidente que faltou esmero por parte da Recorrida com o compromisso assumido na cidade de Palmitos – SC, o que acaba contaminando toda a estrutura de Estado, independentemente se Federal, Estadual ou Municipal; mesmo porque, a impossibilidade de participar de certames, apenas em relação ao Órgão que penalizou, poder-se-ia fazer com que a mesma torna-se inócua, eis que, ainda estaria aberto para que a mesma, pudesse participar em concorrências, nos outros 5.569 Municípios do País, inclusive, naqueles que circundam o penalizante, inclusive, em distâncias insignificantes.



Assim, a alternativa mais acertada a nosso ver, é contrária a comissão de processo licitatório, acolhendo-se as razões da Recorrente, e por consequência, inabilitar a GETTEL ENGENHARIA.

Por fim, mesmo que discutindo judicialmente, não há notícia de decisão liminar que sustasse os efeitos da penalidade.

IV - DISPOSITIVO:

Assim, opinamos pelo conhecimento do inconformismo, vez que tempestivo; no mérito, pelo respectivo **PROVIMENTO**, para:

- a) **INABILITAR** a EMBRAPAV - EMPRESA BRASILEIRA DE PAVIMENTAÇÃO, tendo em vista a não comprovação da capacidade técnica exigida, violando-se assim, o inciso II, do art. 30 da Lei nº 8.666/93;
- b) **INABILITAR** a GETTEL ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES EIRELLI, tendo em vista ter sido suspensa de contratar pela Administração Pública, pelo prazo de 2 (dois) anos, decisão exarada pela Administração Pública Municipal de Palmitos - SC, não havendo momentaneamente, findado o referido termo final (28/01/2024).

O presente é externado de forma estritamente opinativa e não obriga nem vincula a comissão licitante ou o Chefe do Executivo.

Xaxim, 20 de abril de 2023.

Fabio José Dal Magro
OAB/SC 20.041 - Subprocurador


Edilson Antonio Felle
Prefeito Municipal de Xaxim
CPF: 509.596.709.04