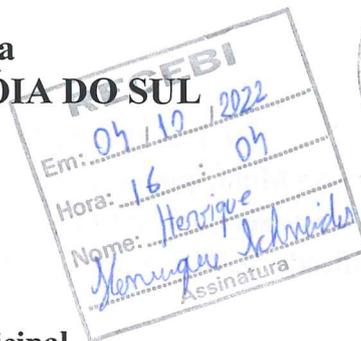




Estado de Santa Catarina
MUNICÍPIO DE LINDÓIA DO SUL



PARECER JURÍDICO

Parecer n. **16/2022**
Requerente: **Prefeito Municipal**
Objeto: **Impugnação ao Edital de Licitação – PL n. 65/2022 / PP n. 19/2022**
Impugnante: **Nigui Produções e Eventos**

RELATÓRIO

1. No Processo de Licitação n. 65/2022, modalidade de Pregão sob a forma presencial n. 19/2022, a empresa Nigui Produções e Eventos protocolou impugnação ao Edital na data de 29/9/2022, sob o n. 100/2022, fls. 113 a 115.

Despacho do Pregoeiro informando que a Impugnação é tempestiva e remetendo o feito para a autoridade superior, fls. 116.

2. Consta da impugnação que:

a) a impugnante é empresa especializada em locações de infraestruturas de sonorização e iluminação de eventos;

b) a exigência de, no mínimo 10 (dez) eventos semelhantes ao objeto do edital (podendo ser formaturas, casamentos, desfiles, cerimonial, eventos corporativos e sociais, bailes de réveillon), em nome da banda citada, mediante apresentação de documentos oficiais como contratos, certidões, atestados de capacidade técnica, entre outros documentos hábeis, a partir de 2015, não sendo aceito somente cartazes e/ou folders para o item 1 é excessiva e inadequada, pois compromete a ampliação da disputa e a seleção da proposta mais vantajosa, impedindo a participação de empresas recém constituídas;

c) a Lei de Licitações em nenhum momento concede a possibilidade de exigir um número mínimo de atestados; a exigência superior a 50% dos bens e serviços pretendidos é ilícita, a não ser que a especificidade do objeto recomende o estabelecimento de tais requisitos.

Por fim, requereu o acolhimento da impugnação para reformar o Edital, retirando a exigência quantitativa mínima.

3. Vista para parecer em 4/10/2022, fls. 116/116v.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Requisitos formais e tempestividade:

1.1. A petição foi protocolada de maneira formal, no setor de atendimento e protocolo do Município. Foi assinada. Não foi anexado ato constitutivo da empresa, mas foi possível a este servidor, em diligência, verificar a representação processual através da emissão do Certificado da Condição de Microempreendedor Individual (documento que segue em anexo).

1.2. Em relação aos prazos para impugnar a licitação tenho que o Decreto n. 10.024/2019 contraria a Lei n. 8.666/93. Filio-me a corrente do artigo publicado por Ana Carolina Coura Vicente Machado no JML Blog, o qual transcrevo:

(...)

Nesta semana entrou em vigor o Decreto nº 10.024, que regulamenta o pregão, em sua forma eletrônica, e o uso da dispensa eletrônica no âmbito da administração pública federal.

Tal decreto promoveu inovações em diversos aspectos do processamento do pregão eletrônico, dentre os quais, o prazo de impugnação ao edital, que passa a ser de até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública[1], nos termos do que dispõe o seu art. 24:

“Impugnação

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento da impugnação.

§ 2º A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação.

§ 3º Acolhida a impugnação contra o edital, será definida e publicada nova data para realização do certame.”

Mas, pela disciplina da Lei nº 8.666, os prazos para impugnação de editais de licitações públicas são outros:

“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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)



§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes.”

Como se vê, segundo a Lei 8.666 o prazo para impugnação do edital por cidadãos (não licitantes) é de até 5 dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, e para os licitantes tal prazo diminui para 2 dias úteis. Já o Decreto 10.024 não faz distinção entre a parte que impugna o edital e estabelece um prazo geral de 3 dias úteis (prazo, portanto, mais restrito para os licitantes do que o prazo da Lei 8.666).

E por isso surge a dúvida: pode o decreto, enquanto ato infralegal destinado a esclarecer o texto da lei para a sua fiel execução, estipular prazos diferentes do previsto em lei geral?

A Lei 8.666, como se sabe, é aplicável de modo subsidiário ao pregão nos casos em que a Lei nº 10.520[2] for omissa, como ocorre, justamente, na questão da impugnação, em que a Lei do Pregão não trata do tema.

Sendo assim, entende-se questionável a previsão de prazo de impugnação de editais de pregão eletrônico de modo contrário à Lei Geral de Licitações, pois, muito embora o Decreto 10.024 não tenha sido editado para regulamentar diretamente a Lei 8.666, mas sim a Lei 10.520, os casos omissos nesta lei, como dito, devem ser resolvidos em função da lei geral.

Nesse sentido, comenta Marçal Justen Filho:

“Os princípios atinentes à atividade administrativa do Estado e garantidores do devido processo administrativo asseguram aos particulares a faculdade de manifestar-se em face de licitação instaurada. Na ausência de solução específica a propósito da questão, aplicar-se-ia o regime do art. 41, § 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93.”[3]

Dessa forma, o novel regulamento acaba por contrariar, indiretamente, a Lei 8.666, ato de hierarquia superior, o que, em nosso entender, é irregular, posto que o decreto, por se tratar de ato infralegal, não pode inovar na ordem jurídica nem se sobrepor à lei ou contrariá-la, já que dela retira seu fundamento de validade.

É como conclui José dos Santos Carvalho Filho ao afirmar que:

“O poder regulamentar é subjacente à lei e pressupõe a existência desta.

(...)

Por essa razão, ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (*contra legem*), pena de sofrer invalidação. **Seu exercício somente pode dar-se *secundum legem***, ou seja, **em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser**. Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico”.[4] (grifou-se)

(...)

[Disponível

em

<https://www.blogjml.com.br/?area=artigo&c=855454c2282297a91c4fe37a90e2eeea>> Acesso em 01/04/2022,].



Inobstante tal observação e posicionamento, verifica-se que a impugnação foi formalizada corretamente e é tempestiva, posto que foi protocolada em 29/9/2022, ou seja, 5 (cinco) dias úteis anteriores a data de abertura da Sessão, esta que se dará no dia 6/10/2022. Por se tratar de licitante, esse prazo é diminuído para 2 (dois) dias úteis.

2. Em relação ao mérito, tem-se que o objeto da impugnação consta no item “6” do Edital, subitem “6.1” que trata dos documentos de habilitação, mais especificamente no relativo à habilitação técnica constante na alínea “o”.

Dispõe a alínea “o” a exigência de capacidade operacional relativa à comprovação de no mínimo 10 (dez) eventos semelhantes ao que requerido pela Administração relativo ao item “1” do anexo “D”, Termo de Referência (TR), que diz respeito a contratação de banda para animar o evento, a citar:

(...)

o) Comprovação de experiência na execução de no mínimo 10 (dez) eventos semelhantes ao objeto deste edital (podendo ser formaturas, casamentos, desfiles, cerimonial, eventos corporativos e sociais, bailes de réveillon), em nome da banda citada, mediante apresentação de documentos oficiais como contratos, certidões, atestados de capacidade técnica, entre outros documentos hábeis, a partir de 2015, não sendo aceito somente cartazes e/ou folders, contudo, os mesmos podem acompanhar os documentos oficiais,(exigível para proponente(s) do ITEM 1).

(...)

Justificou-se o contido na alínea acima citada, subitem “12.3” e “12.3.1” no seguinte sentido:

(...)

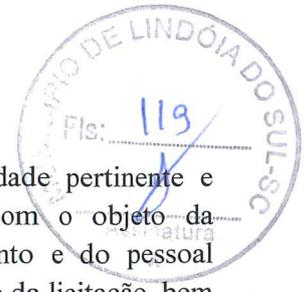
12.3.Comprovação de experiência na execução de no mínimo 10 (dez) eventos semelhantes ao objeto deste edital, em nome da banda citada, mediante apresentação de documentos oficiais como contratos, certidões, atestados de capacidade técnica, entre outros documentos hábeis, a partir de 2015, não sendo aceito somente cartazes e/ou folders, contudo, os mesmos podem acompanhar os documentos oficiais,(exigível para proponente(s) do ITEM 1).

12.3.1 Justifica-se a exigência da comprovação de experiência, devido a fundamental importância da capacidade, qualidade técnica e vasta experiência na execução deste tipo de serviço, que se difere da simples animação de eventos ou bailes tradicionais. Assim sendo, por realizar a 8ª edição da escolha de rainhas e princesas, o município exige experiência de pelo menos 10 (dez) eventos semelhantes, podendo ser formaturas, casamentos, desfiles, cerimonial, eventos corporativos e sociais, bailes de reveillon.

(...)

A Lei n. 8.666/93 assim dispõe:

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



(...)

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;

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

(...)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

(...)

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

(...)

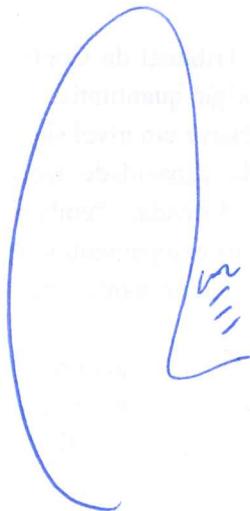
Em artigo publicado em 21 de dezembro de 2017 no site do Blog Zenite, extrai-se que:

Conforme a sistemática adotada pela Lei nº 8.666/93, na etapa de habilitação, entre outros aspectos, a Administração deverá analisar a qualificação técnica dos licitantes, com o objetivo de aferir se dispõem de conhecimento, experiência e aparelhamentos técnico e humano suficientes para satisfazer o contrato a ser celebrado.

Para isso, a Lei de Licitações autoriza a Administração a exigir a comprovação da capacitação técnico-operacional, nos termos de seu art. 30, inc. II, e a comprovação da capacitação técnico-profissional, de acordo com seu art. 30, § 1º, inc. I.

No primeiro caso (capacitação técnico-operacional), a experiência a ser verificada é a da pessoa licitante, devendo comprovar, enquanto organização empresarial, sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Quanto à capacitação técnico-profissional, o foco da exigência é a demonstração da experiência do profissional indicado pelo licitante para atuar como seu responsável técnico.

Não obstante o silêncio legal, o TCU reconheceu, por meio da publicação da Súmula nº 263, que:



para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

(...)

Do voto proferido no Acórdão nº 3.070/2013 – Plenário ainda se extrai a seguinte passagem fazendo remissão à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

72. O grupo de estudos fez constar de seu relatório entendimento do STJ nessa mesma linha (REsp 466.286/SP, Relator Ministro João Otávio Noronha, Segunda Turma, DJ de 20/10/2003):

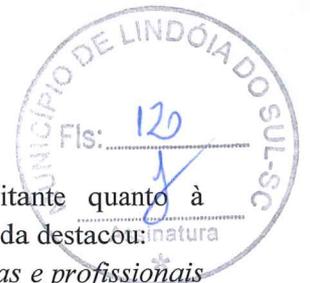
'a melhor inteligência da norma insita no art. 30, § 1º, inc. I (parte final) da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis'.

Com base nesses argumentos, concluiu o TCU que a melhor interpretação a ser dada ao dispositivo é a que permite a exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos relativamente à comprovação de qualificação técnico-profissional. Mas, ao mesmo tempo, a Corte de Contas também adverte que cumpre ao administrador, diante de cada caso, examinar a natureza do objeto a ser contratado e avaliar se a fixação dessa condição se mostra necessária para aferição da qualificação técnico-profissional, devendo, se positivo, expor as justificativas que assim demonstram e atentar para preservar a competitividade da licitação ao máximo possível, mas sem deixar de resguardar o interesse da Administração em contratar empresa que tenha efetivamente condições técnicas de executar o contrato satisfatoriamente.

Em consonância com essa ordem de ideias, o TCU determinou, no Acórdão nº 3.070/2013 – Plenário, que a unidade jurisdicionada, *em futuras licitações, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93), apresente a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame. (Grifamos.)*

Atualmente, no Acórdão nº 534/2016 – Plenário, o Tribunal de Contas da União voltou a decidir ser lícito a Administração exigir quantitativos para comprovação da capacidade técnico-profissional, inclusive em nível superior aos quantitativos exigidos para a demonstração da capacidade técnico-operacional. Isso porque, segundo a conclusão firmada, “embora a experiência da empresa, sua capacidade gerencial e seus equipamentos sejam fatores relevantes, profissionais qualificados são determinantes para o desempenho da contratada”.

Nessa ocasião mais recente, a Min. Relatora ponderou que a jurisprudência do Tribunal evoluiu “para admitir ser possível – e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação – delimitar as características que



devem estar presentes na experiência anterior do licitante quanto à capacidade técnico-operacional e técnico-profissional” e ainda destacou: *(...) é compatível com o interesse público contratar empresas e profissionais com experiência comprovada na execução da obra que se irá executar. A questão não é a exigência da comprovação de experiência anterior, mas a razoabilidade dos parâmetros estipulados. (Grifamos.)*

Com base nesses precedentes, entende-se possível responder que, de acordo com a jurisprudência do TCU, especialmente as decisões mais recentes, é possível exigir quantitativos mínimos para fins de qualificações técnica operacional e profissional em uma mesma licitação.

Para tanto, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93), cumpre à Administração apresentar motivação capaz de evidenciar que essa exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame.

Se for esse o caso, conforme afirmou a Min. Relatora do Acórdão nº 534/2016 – Plenário, não há “problemas em exigir do profissional mais do que se exigiu da firma, consoante apontado pela unidade técnica. A experiência da empresa na execução de obra é importante, mas não determinante. Sem profissional qualificado, a contratada não tem o mesmo desempenho, mesmo que tenha capacidade gerencial e equipamentos”.

No Acórdão nº 3.070/2013 – Plenário, o Min. Relator ainda menciona em seu Voto: “71. No mesmo sentido foi proferido o Acórdão 3.390/2011 – 2ª Câmara, em que o Tribunal acolheu as justificativas apresentadas pelos responsáveis no tocante à exigência de quantidades mínimas em atestados de capacidade técnico-profissional. Também no Acórdão 2.939/2010 – Plenário, de minha relatoria, o Tribunal considerou improcedente representação movida por empresa que questionava, dentre outros aspectos, a exigência de quantitativos mínimos em atestados de capacidade técnico-profissional”. (Disponível em: <https://zenite.blog.br/de-acordo-com-a-jurisprudencia-do-tcu-e-possivel-exigir-quantitativos-minimos-para-qualificacoes-tecnicas-operacional-e-profissional-em-uma-mesma-licitacao-se-positivo-os-quantitativos-precisam-ser/> . Acesso em 4/10/2022.

O TCU no Acórdão 2629/2019 assim dispôs:

É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto se houver justificativa técnica plausível.

Alguns órgãos públicos estavam (e ainda estão) exigindo que os Atestado de Capacidade Técnica, seja de igual quantitativo ao Objeto licitado e às vezes com exigências superior a 100%, o que afronta a legislação vigente, em especial o Art. 30 da lei 8666/93.

Para o professor Joel Menezes Niebuhr:

(...)

O patamar de 50% do objeto licitado não é previsto em lei. Ele vem sendo aceito e utilizado pelos órgãos de controle de maneira meio que aleatória,

sem justificativa técnica consistente. Alguém entendeu que acima de 50% é excessivo e acabou fazendo valer a ideia. Sem embargo, cada caso guarda as suas especificidades técnicas e, portanto, é frequente haver variações para mais ou para menos. Como apontado pelo TCU, é pacífico o entendimento de ser vedada a exigência de quantitativo superior ao objeto licitado. Afora situação desse naipe, em que a afronta ao princípio da proporcionalidade é mais do que ostensiva, é possível a existência de parâmetros diferentes. A legalidade das exigências, nesses casos, dependerá das justificativas técnicas e da motivação do ato. Dessa maneira, sugere-se que a fixação dos quantitativos mínimos seja sempre motivada tecnicamente, a fim de evitar impugnações, recursos e medidas judiciais e de conferir transparência as ações administrativas. (NIEBUHR. Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2. ed. Fórum. Belo Horizonte: 2011, pg. 399/400).

Levando isso em consideração, deve ser abarcado que o projeto a que a finalidade pública alcança é o evento consolidado pela Administração que declarou que irá realizar a 8ª edição da escolha de rainha e princesas, motivo pelo qual é razoável a exigência de atestado de qualificação técnica operacional relativo a 4 (quatro) eventos semelhantes realizados nos últimos 4 (quatro) anos, obedecendo a jurisprudência firmada pelo TCU.

CONCLUSÃO

1. Opino pelo conhecimento da impugnação, pois formal e tempestiva.
2. Opino pelo parcial acolhimento da impugnação, no sentido de alterar a exigência de quantitativo mínimo exigido de 10 (dez) para 4 (quatro) eventos semelhantes realizados nos últimos 4 (quatro) anos, obedecendo a jurisprudência firmada pelo TCU.
3. Anexo a este parecer, segue Certificado da Condição de Microempreendedor Individual da empresa Nigui Produções Ltda – Jhonei Francisco Bruch 08017088930.

É o parecer, s.m.j.

Lindóia do Sul, terça-feira, 4 de outubro de 2022.

IGOR FRARE GRANDI
Procurador do Município

Certificado da Condição de Microempreendedor Individual



Empresário(a)

Nome Civil

JHONEI FRANCISCO BRUCH

CPF

080.170.889-30

CNPJ

30.363.946/0001-83

Data de Abertura

04/05/2018

Nome Empresarial

JHONEI FRANCISCO BRUCH 08017088930

Nome Fantasia

NIGUI PRODUCOES E EVENTOS

Capital Social

10.000,00

Situação Cadastral Vigente

ATIVA

Data da Situação Cadastral

04/05/2018

Endereço Comercial

CEP

89870-000

Logradouro

AVENIDA TOCANTINS

Número

2450

Complemento

CASA

Bairro

FIORINI

Município

PINHALZINHO

UF

SC

Situação Atual

Enquadrado na condição de MEI

Períodos de Enquadramento como MEI

Período

1º período

Início

04/05/2018

Fim

-

Atividades

Forma de Atuação

Porta a porta, postos móveis ou por ambulantes

Ocupação Principal

Promotor(a) de eventos, independente

Atividade Principal (CNAE)

8230-0/01 - Serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas