
À PREFEITURA MUNICIPAL DE BOM JARDIM DA SERRA/SC
ILMO. SR(A). PRESIDENTE(A) DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

TOMADA DE PREÇOS N. 03/2018

CONSTRUTORA BRANGER LTDA. ME , pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 09.146.893/0001-52, sediada na Rua Jorge Neves Vieira, 125, bairro, São Luiz, Lages/SC, por seu representante infra assinado, com fulcro na Lei nº. 8.666/93, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO RECURSO ADMINISTRATIVO

Apresentado pela empresa RODRIGO CUNHA VENTURA. Nos termos do art. 109, §3º da lei 8.666/93:

DOS FATOS

A Comissão de Licitação, em análise da documentação de habilitação concluiu:

Em análise habilitatória constatou-se que a documentação da empresa Rodrigo da Cunha Ventura apresentou inconsistências diante do exigido no edital (...) A Comissão declara o proponente RODRIGO DA CUNHA

VENTURA –ME INABILITADO, em face a CONSTRUTORA BRANGER LTDA –ME todos os documentos restam analisados e procedentes.

Inconformada a Recorrente apresentou o presente recurso, visando a habilitação da empresa *RODRIGO DA CUNHA VENTURA –ME*, bem como a inabilitação da *CONSTRUTORA BRANGER LTDA –ME*.

Contudo, a decisão da comissão encontra amparo legal, e não merece prosperar a pretensão da Recorrente, nos seguintes termos:

DO DIREITO

A- DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A licitação é norteada por alguns princípios, que definem os lineamentos em que deve situar o procedimento, assim, a validade ou invalidade de atos deste procedimento deve levar em consideração esses princípios, entre eles o **PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**.

Segundo este princípio é vedado à Administração e aos licitantes o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige, como por exemplo, a dispensa de documentos ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos.¹

Neste sentido, inclusive, colhe-se dos estudos de Hely Lopes Meirelles, que a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. (...) O edital é a lei

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2010., p. 267.

interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.²

Os tribunais pátrios têm o mesmo entendimento:

(...) IV - Tratando-se de pregão, modalidade de licitação, existe a obrigatoriedade de vinculação ao edital do certame, em obediência aos princípios norteadores da administração pública, bem como de respeito ao princípio da igualdade entre os licitantes. a observância de tais princípios só adquire eficácia plena quando aplicados e interpretados em consonância com os princípios maiores da razoabilidade e da eficiência a que está submetida a administração pública (art. 37, caput, da CF/88), materializando-se na escolha da proposta válida, ofertada por licitante devidamente habilitado, portanto, mais vantajosa para a administração. VII - Não se trata de preciosismo e/ou rigorismo da administração pública, mas da necessária observância à diretriz de que a administração exerce atividade plenamente vinculada, em obediência à estrita legalidade, fazendo apenas o que lhe é expressamente permitido/determinado, até mesmo quando lhe é conferido poder discricionário. VIII - Nos termos do artigo 3º da lei nº 8.666/96, a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (TRF5AC481459/PE. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Quarta Turma. DJe: 01/12/2009. p. 769).

² *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002. p. 263

*Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. NÃO OCORRÊNCIA. TEORIA DA CAUSA MADURA. VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. SEGURANÇA DENEGADA. 1. É possível a impetração de Mandado de Segurança conforme disposição do artigo primeiro, da Lei nº 12.016 /2009, para afastar lesão a direito subjetivo, individual ou coletivo, através de determinação, repressiva ou preventiva, de ilegalidade ou abuso de poder dirigida à autoridade pública ou pessoa a ela equiparada. 2. A superveniente adjudicação não importa na perda de objeto do Mandado de Segurança. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Aplicação da Teoria da Causa Madura, porquanto a lide se encontra devidamente instruída e em condições para imediato julgamento, nos termos do artigo 1.013, parágrafo terceiro, inciso I, da legislação processual. 4. O Edital é a lei interna do procedimento licitatório, vinculando, não apenas os concorrentes, mas também a própria Administração, ao estabelecer regras dirigidas à observância dos Princípios da Publicidade, Igualdade e Legalidade. 5. **Q descumprimento dos requisitos apresentados em Edital acarreta inabilitação do impetrante em procedimento licitatório.** 6. Preliminar de recurso acolhida. Sentença cassada. Segurança, porém, denegada. (TJ-DF - 07019019420178070001 DF 0701901-94.2017.8.07.0001 (TJ-DF). Data de publicação: 21/07/2017)*

Destarte, diante do descumprimento do edital, está correta a decisão que inabilitou a recorrente.

B- EXIGÊNCIA NÃO IMPUGNADA – PRECLUSÃO

A Recorrente insurgiu-se contra exigências do edital, porém, essas não foram impugnadas no prazo estipulado em lei e no edital, isso cumulado com a participação da recorrente, e a apresentação (mesmo que de forma errada) dos documentos, acarreta a preclusão, não podendo a recorrente insurgir-se às regras da licitação, apenas após a sua inabilitação.

Nesse sentido comenta Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

“Assim, a renúncia é ato de disposição de direito subjetivo individual, mas não afeta os valores protegidos pelo Direito. Logo, a ausência de impugnação ao edital (acompanhada da participação no certame) configura renúncia a direito subjetivo e impede que o sujeito invoque os instrumentos de tutela correspondente. Não caberá impetrar mandado de segurança nem pleitear provimento jurisdicional orientado a suprimir lesão individual.”(Ed. Dialética - 2005 - SP)

Também é o entendimento da jurisprudência pátria:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. RECURSOS VOLUNTÁRIOS. LEGITIMIDADE E TEMPESTIVIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL NÃO IMPUGNADO OPORTUNAMENTE. PRECLUSÃO. 1.A União é sujeito passivo no mandado de segurança, e, portanto, legitimada a recorrer quando figurar como autoridade coatora órgão do poder Legislativo Federal - Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal. 2.Tendo em vista o litisconsórcio passivo necessário com a União e a interposição de embargos de declaração - que interrompem o prazo recursal - é de ter por tempestivo

*o recurso apelatório da empresa licitante. 3.Sendo o procedimento licitatório dividido em etapas (editalícia, habilitatória, julgadora e adjudicatória) e contendo cada qual os mecanismos respectivos de impugnação, opera-se a preclusão quando se discute matéria que deveria ser tratada em fase anterior. **4.Desta forma, exigência editalícia não atacada oportunamente não poderá ser impugnada a posteriori.** 5.Remessa oficial provida. Segurança denegada. 6.Recursos voluntários prejudicados. TRF-1 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA AMS 26860 DF 2000.34.00.026860-4 (TRF-1). Data de publicação: 10/06/2003*

Assim, da exegese dos artigos 30 e 41, § 2º da Lei 8.666/93 decorre a eficácia preclusiva, uma vez que a ausência de impugnação ao edital aliada à atuação ativa no certame leva à concordância com todas as regras ali dispostas.

D - DO DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS DO EDITAL PELA RECORRENTE

5.1.4.2. Capacitação técnico-operacional: Atestado(s), fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente certificado/registrado no conselho profissional competente ou Certidão (ões) de Acervo Técnico (CAT) onde fique comprovado que a licitante (pessoa jurídica) executou, a qualquer tempo, em um único contrato, obras rodoviárias de complexidade equivalente ou superior ao do objeto desta licitação.

A exigência acima prevista é decorrente de dispositivo expresso de lei, especificamente no art. 30, inciso II e §1º da Lei n.º 8.666/93, senão vejamos:

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.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em

loais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

(...)

Sobre o tema manifestou-se os tribunais de justiça pátrios :

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR DA LICITANTE. CAPACITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL. POSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZADO PREJUÍZO PELA DEMORA NA RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA AO EDITAL DO CERTAME.1-A doutrina e a jurisprudência, entendendo, apropriadamente, que a Administração Pública precisa ter o maior grau possível de confiança na idoneidade dos particulares com quem contrata, afirma que, além de capacitação técnico-profissional - tangente aos funcionários da licitante, é lícito exigir-se, nas normas editalícias, a chamada capacitação técnico-operacional, que é a experiência adquirida pela concorrente com a execução de serviços relacionados com o objeto do certame. É que, além de possuir pessoal com aptidão para executar as tarefas necessárias, a empresa vencedora precisa dispor da organização requerida para o adequado cumprimento do contrato administrativo.(...) (123434 PE 0500110684, Relator: Luiz Carlos Figueirêdo, Data de Julgamento: 29/09/2009, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 191.).

O Tribunal de Contas da União³ também se manifestou favorável à exigência de experiência anterior, como forma de comprovação da capacitação técnico-operacional, e no mesmo sentido é a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº. 155.861, em que a Primeira Turma afirmou que: “A exigência, no edital, de

³ Acórdão nº. 32/2003 – 1ª Câmara

comprovação de capacidade técnica operacional não fere o caráter de competição do certame licitatório.

Diante disso, conclui-se pela licitude da exigência contida no item 5.1.4.2, do edital em questão.

Na análise da documentação apresentada pela Recorrente no momento da habilitação, não a dúvida quanto ao descumprimento do edital o que enseja a inabilitação da mesma, vez que não restou comprovado que a Recorrente *executou, em um único contrato, obras rodoviárias de complexidade equivalente ou superior ao do objeto desta licitação.*

5.1.5 – Comprovação a qualificação econômica – financeira:

(...)

- a) Apresentação dos cálculos dos seguintes índices, provenientes de dados extraídos do balanço do exercício financeiro de 2017, que comprovem a boa situação financeira da empresa:***

Inicialmente quanto à data do balanço apresentado, o Código Civil dispõe em seu art. 1.078, *in verbis*:

Art. 1.078. A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes à ao término do exercício social, com o objetivo de:

I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico;

Entende-se que como essa regra garante às sociedades prazo interno para aprovação do balanço patrimonial, estes somente são exigíveis, em relação ao exercício

imediatamente anterior, a partir de 1º de maio, porque até 30 de abril teriam as sociedades prazo garantido pelo Código Civil para a sua aprovação interna.

O edital exige, expressamente, a apresentação do balanço e índices contábeis como requisito de habilitação, o que não foi cumprido pela Recorrente, dessa forma está correta a decisão da comissão em inabilitá-la.

5.1.4.9 Comprovar a propriedade de usina de asfalto móvel e/ou fixa localizada a uma distância não superior a 160km (cento e sessenta quilômetros) do centro geométrico da cidade de Bom Jardim da Serra conforme recomendação técnica, ou termo de compromisso de fornecimento do produto necessário à execução dos serviços de pavimentação asfáltica, com firmas reconhecidas, cujo fornecedor também deverá estar instalado na distância indicada, no caso de usina móvel, se estiver instalada fora da distância exigida, a licitante poderá apresentar declaração de compromisso formal de deslocamento da mesma para dentro deste raio, no prazo máximo de 15 (quinze) dias sequenciais.

Da mesma forma a recorrente descumpriu o edital a não demonstrar que a distância entre a obra e a usina de asfalto, posto que trata-se de exigência expressa.

Além disso, não se trata de informação óbvia como pretende a Recorrente, posto que não se discute a distância entre as cidades de Bom Jardim da Serra e Lages, mas sim do local da obra e a usina, que pode ser superior a 160 km.

Além disso, para ser classificado, o licitante deve apresentar, dentro do envelope respectivo, toda a documentação exigida no instrumento convocatório da

licitação, não sendo aceita, em respeito ao princípio da isonomia, a apresentação posterior de documento que dele (envelope) deveria constar.

Assim é que o § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 estabelece:

§ 3º. É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta

Isso porque a todos os interessados é dada igual oportunidade para a elaboração das propostas, não sendo admissível, então, que a um deles nova oportunidade seja dada, quando esse deixar de atender à exigência do ato convocatório. Essa atitude resultaria em benefício a esse licitante, em detrimento dos demais, o que é vedado, implicando, também, ofensa ao princípio da isonomia.

Assim, diante do descumprimento do disposto no edital, deve ser mantida a inabilitação da empresa Recorrente.

E - DA HABILITAÇÃO DA CONSTRUTORA BRANGER LTDA-ME

DA GARANTIA

As Companhias Fiduciárias encontram-se sob amparo legal à (Instituição do Código Civil – Lei nº 10406 de janeiro de 2002, artigos 818 à 829), não

se aplicando este caso registro por parte do Banco Central do Brasil. Estão ainda amparadas pela Lei 556 de 25 de junho de 1850, artigos 256 à 259, pela Lei 3071 de 01 de janeiro de 1916, artigos 1481 à 1504 .

Os entes públicos sempre aceitaram as garantias emitidas por essa empresa idônea, por saberem que tanto a legislação pátria, bem como a doutrina e a jurisprudência já emitiram pareceres e decisões favoráveis no sentido de validar tal modalidade de garantia, uma vez que os ditames da Lei de Execução Fiscal encontram-se defasados, pois trata-se de uma lei editada a mais de 35 (trinta e cinco) anos.

Corroborando com todas as alegações acima expostas passa-se a transcrever os ditames legais, doutrinários e jurisprudenciais:

Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002:

“Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

Art. 819-A. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 820. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade. Ar

t. 821. As dívidas futuras podem ser objeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor.

Art. 822. Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador.

Art. 823. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada.

Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor. Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.

Art. 825. Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação.

Art. 826. Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído."

No mesmo sentido as mais renomadas Doutrinas, senão vejamos:

-Cândido Rangel Dinamarco, em apropriado desabafo, observou que a LEF é resultado de profunda inspiração autoritária, feita por agentes do Poder Executivo, por este proposta ao Congresso Nacional e ali aprovada às pressas, sem a participação dos especialistas, advogados e magistrados. Acrescentou ainda que as arestas de seus defeitos

técnicos e políticos vão sendo aparadas pela obra dos doutrinadores e tribunais. Execução Civil. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.)||

Marins, com absoluta atualidade destaca que: -Ao se tornar meros interesses arrecadatários como critérios jurídicos, máxime para privar o contribuinte de seu patrimônio, desviriliza-se o direito...!, e continua dizendo -Semelhantes

'tendências' colocam as garantias do cidadão- contribuinte como simples entraves à arrecadação, buscando a supressão de qualquer obstáculo...omissis...Infelizmente, esta visão inspirou a Lei de Execução Fiscal e continua influenciando a política fiscal do Estado brasileiro que muitas vezes mostra um desapeço exacerbado em relação ao cidadão.||

As leis são amostras de comportamento que traduzem a consciência social de um povo e de uma era e devem-se harmonizar com as novas realidades que despontam, para não se apartar de vez do homem e fenecer solitária.

A lei deve, efetivamente, conformar-se com a realidade, não obstante não se há de perder de vista o ensinamento dos nossos maiores, ao se elaborar o direito. A mera substituição de uma norma por outra ou sua repetição, sem maiores e profundos estudos, não conduz a nada.

Ante todo o exposto, necessário, seja a legislação interpretada de forma sistemática e extensiva, uma vez que, mais precisamente, no caso em tela, SOBRE AS GARANTIAS, tendo em vista se mostrar em total divergência com os preceitos utilizados em Países ditos desenvolvidos, onde operações de Merchant Bank possuem respaldo para, de uma forma mais dinâmica, alavancar as ações concernentes

aos projetos desenvolvimentistas dos Países que os adotam, sem, no entanto, deixar de proteger o interesse público, que, da forma dita alhures, podem de fato ser garantidos pela emissão de Cartas de Fiança oriundas de Companhias Fiduciárias, devidamente lastreadas por meio de seu Patrimônio Líquido.

Ainda em defesa deste tipo de garantia vamos citar o Nobre Jurista
Marçal Justen Filho:

“ O formalismo da Lei de Licitações e contratos não pode transforma-se em autônomo, pretendendo localizar a mais rigorosa compatibilidade entre os mundos dos fatos e o texto descrito de uma LeiAplicar a Lei 8666 não consiste em uma mera atividade mecânica, derivada de simples intelecção do sentido das palavras. É compreender os valores veiculados através do diploma, verificar os fins a serem atingidos e escolher a solução mais compatível com todos os princípios jurídicos consagrados pelo Direito Brasileiro” (FILHO, Marçal Justen: Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos: 10ª edição, Dialética, Página 65(...)) (TCE/SP Processo 886/002/04—recurso ordinário julgado improcedente)

Ainda:

“Os princípios de proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância dos defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei devem ser Interpretadas como instrumentais. Essa é a orientação consagrada pelo Poder Judiciário no sentido de assegurar a necessidade de interpretar as exigências da Lei em relação à satisfação

do interesse público. Mesmos vícios formais da existência irrefutável – podem ser superadas quando não importarem prejuízos ao interesse público ou aos demais licitantes.”

O Ministro José Delgado (in Mandado de Segurança 5779-DF,j em 9-9-98), em Decisão ao Superior Tribunal de Justiça:

O ordenamento jurídico não prestigia decisão impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômica-financeira e da regularidade fiscal.

Evidencia-se que a garantia atende a finalidade pretendida, ou seja, assegurar , bem como afiançar eventual débito criado durante a execução do contrato. Se os documentos apresentados atestam a finalidade pretendida, questionam-se quais as razões da recusa evidenciada.

Ante o exposto, requer-se que sejam analisadas as alegações acima expostas, para que se analise da aceitação da Garantia na modalidade Carta Fiança Fidejussória, uma vez que emitida por empresa idônea, com lastro suficiente para cumprir a exigência dos contratos emitidos.

A vigente legislação contratual (art. 56, § 1º, inciso I, da Lei nº8.666, de 21 de junho de 1993) dispõe sobre a exigência e possibilidade de escolha por parte do contratado relativamente à modalidade de garantia que ele pretenda oferecer. A esse respeito observe-se o que dispõe a citada norma jurídica, textualmente:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escriturai, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda,'

II - seguro-garantia,'

III- fiança bancária. "

Depreende-se da norma transcrita que a autoridade administrativa tem competência para avaliar e decidir pela exigência ou não de garantia contratual, e ainda, traz assertiva no sentido de que a escolha para assegurar a execução contratual caberá ao contratado, na sua conveniência, entre caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia, ou fiança bancária.

Assim, isso equivale dizer que o oferecimento de qualquer uma das modalidades de garantia previstas no Estatuto das Licitações atende ao interesse da Administração Pública.

O Tribunal de Contas da União tem entendido revestir-se de ilegalidade o fato da Administração exigir que a garantia contratual seja feita exclusivamente por meio de caução em dinheiro. Veja-se o seguinte excerto extraído da obra professor JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, Vade-Mécum de Licitações e Contratos, Editora Fórum, pág. 797, que assim informa:

"Garantia - modalidade – caução TCU decidiu: "É ilegal a determinação por parte da Administração de que a garantia deve ser prestada em dinheiro, constituindo restrição às modalidades previstas na lei. "

Tem-se como conveniente, também chamar-se à colação a autoridade da Professora Maria Adelaide de Campos França, que traz os seguintes comentários:

Administração tem a discricionariedade para estabelecer ou não garantia, podendo exigí-la somente nos casos em que ela se faça necessária, e quando não houver riscos de lesão aos interesses públicos. A exigência da garantia solicitada já deverá constar do edital, podendo, de acordo com a lei ficar à escolha do licitante a modalidade de garantia.

Assim, a opção pela modalidade de garantia pertence ao licitante/contratado, aditando-se que ela tem por finalidade exclusivamente assegurar que os termos estabelecidos nas cláusulas contratuais serão efetivamente cumpridos, atendendo-se, assim, ao interesse da Administração.

Nessa linha de entendimento, tem-se que a empresa Recorrida cumpriu com os termos do edital, ao apresentar a garantia na modalidade de fiança, não havendo qualquer vício na documentação apresentada.

DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL

5.1.4.3. Capacitação técnico-profissional: Comprovação do licitante de possuir em seu corpo técnico, na data de abertura das propostas, profissional de nível superior legalmente habilitado, detentor de Certidão (ões) de Acervo Técnico (CATs), expedida(s) pelo conselho profissional competente, que comprove (em)

ter o profissional executado, obras ou serviços de características semelhantes ao objeto da licitação, limitada esta exigência às seguintes parcelas de maior relevância para fins desta licitação:

Interessante destacar que a qualificação técnica poderá ser exigida em face do responsável técnico pela execução do objeto (capacitação técnico-profissional), tal como expressamente previsto no art. 30, § 1º, inc. I, da Lei de Licitações, bem como das condições operacionais da empresa licitante (capacitação técnico-operacional, art. 30, inc. II).

No primeiro caso (capacitação técnico-profissional), a Administração solicitará dos licitantes que os seus respectivos responsáveis técnicos apresentem atestados que demonstrem a execução relativa a objeto anterior similar ao licitado. A experiência a ser verificada não é a da pessoa jurídica, mas sim a do profissional que atuará como responsável técnico na execução do contrato.

Quanto à capacitação técnico-operacional, vale lembrar que a capacidade a ser avaliada é a da empresa, enquanto organização empresarial capaz de realizar o empreendimento, e não a do profissional (pessoa física).

Assim, a mão de obra necessária ao desempenho de determinada atividade e que faça parte da estrutura de uma empresa, será abarcada pelo critério técnico operacional. Por sua vez, a experiência do responsável técnico se enquadra na capacitação técnico-profissional.

Em relação ao responsável técnico, segundo a disposição constante do art. 30, § 1º, I, a qualificação técnico-profissional é aferida mediante a “comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes [...]”.

No presente caso, foi apresentado Certidões de Acervo Técnico, em nome do sócio da empresa, comprovando a execução de obras de características semelhantes ao objeto da licitação, demonstrando, assim, o cumprimento das normas do edital.

DOS BENEFÍCIOS DA LC 123/06

A partir de 1º.01.2018, o inc. II do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 sofreu alteração pela Lei Complementar nº 155/2016 e passou a dispor o seguinte:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Com a modificação legal promovida, houve a ampliação do limite de receita bruta a ser observado para fins de beneficiamento do regime de que trata a LC nº 123/2006, passando o teto de R\$ 3.600.000,00 para R\$ 4.800.000,00.

Com isso, a partir de 1º.01.2018, o regime favorecido da LC nº 123/2006 será estendido às empresas que tenham auferido receita bruta de até R\$ 4.800.000,00 no ano calendário anterior (no caso, 2017). Ora, se os efeitos da modificação realizada no inc. II do art. 3º da LC nº 123/2006 devem se iniciar em 1º.01.2018, é preciso reconhecer que, a partir dessa data, o regime diferenciado é assegurado às empresas que auferiram no ano anterior receita bruta limitada a R\$ 4.800.000,00.

O art. 79-E da LC nº 123/2006, que foi alterado pela LC nº 155/2016, permite justamente essa compreensão ao dispor:

Art. 79-E. A empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional em 31 de dezembro de 2017 que durante o ano-calendário de 2017 auferir receita bruta total anual entre R\$ 3.600.000,01 (três milhões,

seiscentos mil reais e um centavo) e R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) continuará automaticamente incluída no Simples Nacional com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2018, ressalvado o direito de exclusão por comunicação da optante.

Assim, a demonstração da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte para fins de fruição dos benefícios previstos nos arts. 42 a 49 da LC nº 123/2006 **deve ocorrer mediante mera declaração da licitante de que se enquadra nesse contexto.** Ao que tudo indica, tal medida tem como objetivo assegurar a análise do preenchimento dos requisitos fixados pelo art. 3º da LC nº 123/2006 em vista da realidade vivenciada pela empresa, o que deve considerar a receita bruta auferida no ano calendário imediatamente anterior à licitação.

Nesse passo, pode-se dizer que o direito ao benefício instituído pela LC nº 123/2006 **não está necessariamente relacionado ao regramento vigente para a elaboração e exigência de balanço patrimonial.** Em verdade, o balanço patrimonial compreende documento pertinente a demonstrar a qualificação econômico-financeira da empresa (art. 31 da Lei de Licitações), não constituindo um elemento absoluto para a demonstração da condição de pequena empresa para fins de extensão do regime jurídico diferenciado da LC nº 123/2006.

Destarte, a empresa Recorrida apresentou Certidão da Junta Comercial que comprava a sua condição de ME ou EPP, conforme solicitado pelo edital, e mesmo que se considere o balanço patrimonial, o que não é o determinado pela legislação pátria, o faturamento apresentado está dentro dos limites estabelecidos para usufruir do tratamento diferenciado da Lei Complementar 123/06.

DO PEDIDO

Pelo exposto, requer-se que seja mantida a decisão que inabilitou a empresa RODRIGO VENTURA ME, bem como que habilitou a CONSTRUTORA BRANGER LTDA-ME., e o prosseguimento do processo licitatório.

Lages, 16 de novembro de 2018.

DIEFERSON BRANGER
Sócio Administrador
CREA 096024-8


EMMELINE MOURA COSTA
OAB/SC 35.193-A