



## Acórdão 00205/2023-9 - Plenário

**Processo:** 05659/2022-2

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMCI - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim

**Relator:** Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

**Interessado:** MUNICIPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM, MYLENA GOMES LOPES ZUCCON, VICTOR DA SILVA COELHO

**Representante:** ENDEAL ENGENHARIA E CONSTRUCOES LTDA., TRADETEK SOLUCOES EM ILUMINACAO PUBLICA E INFRAESTRUTURA LTDA

**Responsável:** ERICK MOREIRA DE AGUIAR, ALEXANDRO DA VITORIA, LAIS CRISTINA GASPAS CORREA, MICHELLE OLIVEIRA MASSENA, LUIZ FELIPE IMENES DE MENDONCA, RENATA LOPES DOS SANTOS ZAGOTTO

**Terceiro interessado:** QUANTUM ENGENHARIA LTDA

**Procuradores:** MARIA PAULA BRAZ TAVARES (OAB: 111508-PR), GENCIANA KATIELLE SANTOS ROCHA, GEOVANNA KATERINE LOCATELLI DE OLIVEIRA, DANIEL SIQUEIRA BORDA (OAB: 63688-PR), PEDRO AUGUSTO SCHELBAUER DE OLIVEIRA (OAB: 81579-PR), FELIPE HENRIQUE BRAZ GUILHERME (OAB: 69406-PR, OAB: 458490-SP, OAB: 245047-RJ), LUIZ FELIPE IMENES DE MENDONCA (OAB: 9824-ES), MAURO ANTONIO PREZOTTO (OAB: 12082-SC)

**FISCALIZAÇÃO - REPRESENTAÇÃO – PRESENÇA DE INTERESSE PÚBLICO – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO – MANUTENÇÃO DO ACHADO – AUSÊNCIA DE DOLO OU ERRO GROSSEIRO – AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE – DETERMINAR – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:**

### 1. RELATÓRIO

Trata-se de representação com pedido de concessão de medida cautelar, formulada por Consórcio Luz de Itapemirim, composto pelas empresas Endeal Engenharia e Construções LTDA. E Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias

LTDA, perante esta Corte, em face do Município de Cachoeiro de Itapemirim, em que alega irregularidade no Edital de Concorrência Pública nº 01/2022, cujo objeto é a “prestação dos serviços de iluminação pública no município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, incluídos o desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública”.

Alega o representante, em síntese, que a decisão que o inabilitou deve ser anulada, isso porque o Consórcio teria plena capacidade econômico-financeira para atender e executar integralmente o escopo do objeto licitado.

Afirma que a manutenção dos atos ora questionados geraria dano ao erário, já que a proposta da segunda colocada é R\$ 97.455,12 (noventa e sete mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e doze centavos) por mês mais cara do que a proposta do Consórcio Representante.

Por fim, requer:

*VII. Requerimentos:*

*82. Ante o exposto e sempre respeitosamente, requer-se:*

*a) O recebimento desta Representação e a imediata determinação de suspensão ao Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES do processo licitatório regido pelo Edital de Concorrência Pública nº 01/2022, sobretudo de qualquer ato atinente à abertura da documentação da segunda colocada, adjudicação do objeto, homologação do certame e assinatura do contrato ou execução de seu objeto por parte de outra empresa, até o julgamento final desta Representação;*

*b) O julgamento de procedência da Representação, determinando-se ao Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES a anulação do ato que inabilitou o Representante, bem como da decisão que não conheceu do Recurso Administrativo por ele interposto, além de todos os atos que o sucederem, determinando que os Representados permitam ao Consórcio Luz de Itapemirim a juntada da Certidão de Regularidade Fiscal, conforme permite o item 15.2, 'ii' do Edital.*

Por meio da Decisão Monocrática 00774/2022, determinei a notificação do Senhor Alexandre da Vitória (Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim) e do Senhor Erick Moreira de Aguiar (Presidente da Comissão) para que apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Concessão nº 001/2022 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários.

Após, os responsáveis foram devidamente notificados, e, em resposta, encaminharam Resposta de Comunicação 1039/2022 e 1040/2022 (eventos 73 e 74), Peças Complementares (eventos 75 a 112) e Resposta de Comunicação 1041/2022 (evento 113).

Por meio da Decisão Monocrática 788/2022, conheci da representação e encaminhei os autos para a instrução regular do feito, procedendo a Área Técnica a Instrução Técnica Conclusiva 2750/2022, na qual entende que a representante estaria pleiteando perante este Tribunal o seu interesse privado, sugerindo, assim, o reconhecimento da incompetência absoluta deste Tribunal e o arquivamento do feito.

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer o Ministério Público de Contas 03311/2022-4, pugnou pelo seguinte:

*a) pelo conhecimento da representação, na forma dos artigos 94 e 101 da LC n. 621/2012;*

*b) pelo deferimento da medida cautelar, nos termos do art. 124 da LC n. 621/2012, nos termos exprimidos nesta manifestação, considerando presentes os requisitos do “fumus boni juris” e “periculum in mora”;*

*c) pela remessa do feito à Secretaria de Controle Externo competente para instrução na forma regimental e legal.*

Após apresentação do Voto 4187/2022, o Plenário, por meio da Decisão 02747/2022, deferiu a medida cautelar pleiteada, determinando ao responsável que suspendesse a Concorrência Pública 1/2022, na fase em que se encontrasse, e, caso já tivesse o certame se ultimado, que suspendesse a execução do contrato, ou se abstivesse de assiná-lo, até decisão ulterior deste Tribunal, submetendo os presentes autos ao rito sumário.

Devidamente notificada sobre a Decisão 2747/2022, (Termo de Notificação 1852/2022 – evento 149), em especial quanto à obrigação de comprovar perante o Tribunal, no prazo de 10 dias, a publicação da decisão de suspensão da licitação na fase em que se encontrar ou da decisão de abstenção de assinatura do contrato ou de suspensão de sua execução, caso tivesse sido assinado, a Secretaria Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim quedou-se inerte, como se verifica no evento “Comunicação sem resposta”.

O Representante informou, em 29/9/2022, através da Petição Intercorrente 769/2022 e documentação suporte (evento 156 a 158), que o recurso interposto contra a Decisão 2747/2022, que deferiu a cautelar, foi desprovido.

Em cumprimento ao subitem 1.4 da Decisão 2747/2022 e aos Despachos 40058/2022 e 40064/2022, de 4/10/2022, eventos 154 e 155, foram os autos remetidos ao NDR, que procedeu à Instrução Técnica Inicial 194/2022, culminando na citação dos responsáveis, por meio da Decisão Segex 777/2022.

Em decorrência das devidas citações, foram apresentadas, de forma tempestiva, as seguintes justificativas:

- ERICK MOREIRA DE AGUIAR, evento 191, com documentação suporte nos eventos 192-193, em 27/10/2022;
- RENATA LOPES DOS SANTOS ZAGOTTO, evento 194, com documentação suporte nos eventos 195-196, em 27/10/2022;
- LAÍS CRISTINA GASPAR CORRÊA, evento 197, com documentação suporte nos eventos 198-199, em 27/10/2022;
- MICHELLE OLIVEIRA MASSENA, evento 200, com documentação suporte nos eventos 201-202, em 27/10/2022;
- LUIZ FELIPE IMENES DE MENDONÇA, evento 203, com documentação suporte nos eventos 204-205; e
- ALEXANDRO DA VITÓRIA, evento 206, com documentação suporte nos eventos 207-208, em 27/10/2022;

e as seguintes manifestações:

- Controladoria-Geral de Cachoeiro de Itapemirim, evento 190, em 26/10/2022;
- Prefeitura de Cachoeiro de Itapemirim, evento 209, com documentação suporte nos eventos 210-211, em 27/10/2022
- QUANTUM ENGENHARIA LTDA., evento 212, em 31/10/2022.

Em cumprimento aos Despachos 44374/2022 e 44407/2022, foram os autos remetidos ao NDR, que procedeu à Instrução Técnica Conclusiva 04133/2022, cuja proposta de encaminhamento é a seguinte:

**5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

*Após análises realizadas no presente Processo TC 5659/2022, em sede de instrução técnica conclusiva, submete-se, com fulcro no art. 329, § 3º, do*

*RITCEES, Res. TC 261/20131, à consideração superior, a seguinte proposta de encaminhamento:*

*5.1 a procedência da representação e a consequente manutenção da medida cautelar e do achado descrito no subitem 3.1 desta ITC, que corresponde ao achado descrito no subitem 5.1 da ITI 194/2022, conforme segue:*

*5.1.1 Inabilitação indevida de licitante (subitem 3.1 da ITC e 5.1 da ITI 194/2022)*

*Critérios: arts. 3º, caput, 43, caput e § 3º, e 51, caput e §3º, da Lei 8.666/93 ; subitens 12.3.4.1, 15.2, (ii) e (v), e 16.8, do Edital da CP 1/2022; Acórdãos TCU Plenário 966/2022, 2627/2013, 2443/2021, 988/2022, 1445/2022 e 1758/2003.*

*Responsáveis:*

- Sr. ERICK MOREIRA DE AGUIAR - Presidente da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim;*
- Sra. LAÍS CRISTINA GASPAS CORRÊA - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim;*
- Sra. MICHELLE OLIVEIRA MASSENA - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim;*
- Sr. LUIZ FELIPE IMENES DE MENDONÇA - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim;*
- Sra. RENATA LOPES DOS SANTOS ZAGOTTO - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim;*
- Sr. ALEXANDRO DA VITORIA - Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim.*

*5.2 Diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC 261/20132 conclui-se opinando por:*

*5.2.1 rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo Sr. ERICK MOREIRA DE AGUIAR - Presidente da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, condenando-o, com fulcro no parágrafo único do art. 114 da LCE 621/20123, ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da mesma Lei, pela prática dos atos ilícitos descritos no subitem 5.1.1, conforme fundamentação contida no subitem 3.1, ambos desta ITC;*

*5.2.2 rejeitar as razões de justificativas apresentadas pela Sra. LAÍS CRISTINA GASPAS CORRÊA - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, condenando-a, com fulcro no parágrafo único do art. 114 da LCE 621/2012, ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da mesma Lei, pela prática dos*

---

<sup>1</sup> Art. 329. A apreciação e o julgamento dos processos sob a jurisdição do Tribunal observarão as normas relativas aos ritos especiais previstos neste Regimento e o disposto no ato normativo próprio a que se refere o § 1º do art. 60 deste Regimento:

[...]

§ 3º Os processos de fiscalização relativos à denúncia ou representação, inclusive em face de licitação, ato e contrato, serão apreciados pela improcedência ou pela procedência, nos termos do art. 178 e sem prejuízo da observância do disposto no art. 207, ambos deste Regimento.

<sup>2</sup> Art. 319. Na fase final da instrução dos processos, constitui formalidade essencial, além do exame da unidade competente, a elaboração da instrução técnica conclusiva.

Parágrafo único. A instrução técnica conclusiva conterá, necessariamente:

(...)

IV - a conclusão, com a proposta de encaminhamento.

<sup>3</sup> Art. 114. Ao proceder à fiscalização de ato, contrato, convênio, acordo, ajuste e instrumentos congêneres, o Relator ou o Tribunal de Contas:

[...]

Parágrafo único. Não sendo aceitas as razões de justificativa, o Tribunal de Contas decidirá sobre a matéria e aplicará ao responsável as sanções previstas em lei, sem prejuízo de outras providências que poderá adotar.

<sup>4</sup> Art. 135. O Tribunal de Contas poderá aplicar multa de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

(...)

II - prática de ato ou omissão, com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

*atos ilícitos descritos no subitem 5.1.1, conforme fundamentação contida no subitem 3.1, ambos desta ITC;*

*5.2.3 rejeitar as razões de justificativas apresentadas pela Sra. MICHELLE OLIVEIRA MASSENA - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, condenando-a, com fulcro no parágrafo único do art. 114 da LCE 621/2012, ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da mesma Lei, pela prática dos atos ilícitos descritos no subitem 5.1.1, conforme fundamentação contida no subitem 3.1, ambos desta ITC;*

*5.2.4 rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo Sr LUIZ FELIPE IMENES DE MENDONÇA - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, condenando-o, com fulcro no parágrafo único do art. 114 da LCE 621/2012, ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da mesma Lei, pela prática dos atos ilícitos descritos no subitem 5.1.1, conforme fundamentação contida no subitem 3.1, ambos desta ITC;*

*5.2.5 rejeitar as razões de justificativas apresentadas pela Sra. RENATA LOPES DOS SANTOS ZAGOTTO - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, condenando-a, com fulcro no parágrafo único do art. 114 da LCE 621/2012, ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da mesma Lei, pela prática dos atos ilícitos descritos no subitem 5.1.1, conforme fundamentação contida no subitem 3.1, ambos desta ITC;*

*5.2.6 rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelo Sr. ALEXANDRO DA VITORIA - Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim, condenando-o, com fulcro no parágrafo único do art. 114 da LCE 621/2012, ao pagamento da multa individual prevista no artigo 135, inciso II, da mesma Lei, pela prática dos atos ilícitos descritos no subitem 5.1.1, conforme fundamentação contida no subitem 3.1, ambos desta ITC;*

*5.3 Sugere-se, na forma dos artigos 1º, inciso XVI, e 111, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (LOTCEES) c/c os artigos 300, § 3º e 329, § 7º da Resolução TC 261/2013 (RITCEES)<sup>5</sup> a EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÃO à Comissão de Licitação da Concorrência Pública 1/2022 do Município de Cachoeiro de Itapemirim, destinada à contratação da Parceria Público-Privada do serviço de Iluminação Pública no Município e ao Sr. Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente, nos termos do art. 1º, XVI e XVII, da LCE 621/2012 (LOTCEES) c/c os arts. 208, caput e § 1º, e 329, § 7º, a fim de que, no âmbito de suas competências, comprovem nos presentes autos, em prazo a ser estabelecido pela Corte, (a) o cumprimento da medida cautelar concedida nos presentes autos, sob pena de aplicação da multa prevista no artigo 135, IV, da LOTCEES; (b) a anulação da decisão administrativa proferida na Concorrência Pública 1/2022 que inabilitou o Consórcio Luz de Itapemirim, ora Representante, bem como da decisão administrativa que homologou a licitação e adjudicou o objeto licitado à licitante Quantum Engenharia Ltda., sob pena de sustação da execução dessas decisões, comunicação à Câmara Municipal e aplicação da*

---

<sup>5</sup> Art. 300. Determinada pelo Relator a abertura do contraditório ou a realização de diligência, o processo será remetido à secretaria do colegiado para que expeça os atos processuais relativos à citação, à notificação e à comunicação de diligência, e efetive o controle de prazo.

(...)

§ 3º Na fase de chamamento ao processo não caberá expedição de recomendação ou de determinação previstas no § 7º do artigo 329 deste Regimento Interno. (Destacou-se)

(..)

Art. 329. A apreciação e julgamento dos processos sob a jurisdição do Tribunal observarão as normas relativas aos ritos especiais previstos neste Regimento.

§ 7º Em todas as hipóteses, o Tribunal poderá expedir recomendações, com o objetivo de contribuir para as boas práticas administrativas dos órgãos e entidades jurisdicionados, bem como determinações para o exato cumprimento da lei, sem prejuízo de outras providências cabíveis. (Destacou-se)

*multa prevista no inciso IV do artigo 135 da LOTCEES, (c) a reanálise dos documentos de qualificação técnica apresentados pelo Representante para comprovação do requisito exigido no subitem 12.3.4.1, admitindo, para fins de comprovação de investimentos com recursos próprios, atestados de realização de investimentos sob regime de empreitada, pela Lei 8.666/93, sem exigência de retorno em longo prazo, e (d) que diligenciaram a fim de sanar a irregularidade relativa ao prazo de vigência da CND apresentada pela consorciada Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias Ltda., CNPJ 08.184.542/0001-73 ou permitiram ao Consórcio Representante comprovar que na data de entrega dos envelopes (19/4/2022) a consorciada Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias Ltda., CNPJ 08.184.542/0001-73, estava em situação regular em relação à Certidão conjunta exigida no subitem inciso (iv) do subitem 12.3.3 do Edital, tudo conforme fundamentação contida no subitem 3.1 desta ITC.*

*5.4 Sugere-se, ainda, que seja dada ciência do teor da decisão final a ser proferida à Prefeitura de Cachoeiro de Itapemirim, na pessoa do Sr. Prefeito, à Controladoria-Geral do Município, na pessoa da Sra. Controladora-Geral, à Secretaria Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente, na Pessoa de seu Secretário, ao Representante e à Terceira Interessada.*

*5.5 Chama-se a atenção, finalmente, para o requerimento de sustentação oral feito pelo Representante no evento 138.*

Por meio do Parecer 05935/2022, o Parquet de Contas pugnou pelo conhecimento da representação, e no mérito, pelo seu julgamento procedente para expedir as determinações propostas na Instrução Técnica Conclusiva 0413/2022-7, bem como aplicar multa pecuniária aos responsáveis.

Verifica-se a apresentação de sustentação oral, por meio do qual o representante do Consórcio Luz de Itapemirim defende a procedência da representação (Notas Taquigráficas 00010/2023-4).

**É o relatório.**

## **VOTO**

### **2. FUNDAMENTAÇÃO**

Na Instrução Técnica Inicial 00194/2022-6, a Área Técnica apontou o indício de irregularidade “inabilitação indevida de licitante”. Após as devidas citações e apresentação de justificativas, a Área Técnica procedeu à Instrução Técnica Conclusiva 218 - Instrução Técnica Conclusiva 04133/2022-7, que conclui acerca dessa irregularidade conforme transcrição abaixo:

#### *3.1 Inabilitação indevida de licitante*

**Crítérios:** arts. 3º, caput, 43, caput e § 3º, e 51, caput e §3º, da Lei 8.666/93<sup>6</sup>; subitens 12.3.4.1, 15.2, (ii) e (v), e 16.8, do Edital da CP 1/2022; Acórdãos TCU Plenário 966/2022, 2627/2013, 2443/2021, 988/2022, 1445/2022 e 1758/2003.

**Responsáveis:**

<b>Responsável</b>	ERICK MOREIRA DE AGUIAR
<b>CPF</b>	163.346.027-48
<b>Encaminhamento</b>	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
<b>Cargo</b>	Presidente da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim
<b>Conduta</b>	Inabilita indevidamente o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, na CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, cujo objeto é a Concessão, através de PPP, do Serviço de Iluminação Pública no Município. Adjudicar, indevidamente, o objeto licitado na CP 1/2022 à empresa Quantum Engenharia Ltda.
<b>Nexo de causalidade</b>	A conduta do responsável feriu os princípios licitatórios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, causando potencial dano ao erário municipal ao impedir a obtenção da proposta mais vantajosa e ao permitir a adjudicação do objeto e a homologação do certame a empresa que não apresentou a melhor proposta.
<b>Excludentes de ilicitude</b>	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como, por exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito ou força maior.
<b>Culpabilidade</b>	Não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável. É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara. É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois o edital da CP 1/2022 não previu o requisito de qualificação técnica utilizado pela CEL para inabilitar o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, bem como a jurisprudência dominante apontava para o dever de efetuar diligências para confirmação da condição regularidade fiscal.
<b>Punibilidade</b>	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

<b>Responsável</b>	LAÍS CRISTINA GASPAR CORRÊA
<b>CPF</b>	131.055.847-73
<b>Encaminhamento</b>	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
<b>Cargo</b>	Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim
<b>Conduta</b>	Inabilita indevidamente o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, na CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, cujo objeto é a Concessão, através de PPP, do Serviço de Iluminação Pública no Município.
<b>Nexo de causalidade</b>	A conduta da responsável feriu os princípios licitatórios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, causando potencial dano ao erário municipal ao impedir a obtenção da proposta mais

<sup>6</sup> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. (Destacou-se)

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

[...]

§ 3º **Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão**, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão. (Destacou-se)

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 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.



	vantajosa e ao permitir a adjudicação do objeto e a homologação do certame a empresa que não apresentou a melhor proposta.
<b>Excludentes de ilicitude</b>	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como, por exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito ou força maior.
<b>Culpabilidade</b>	Não é possível afirmar que houve boa-fé da responsável. É razoável afirmar que era possível à responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara. É razoável afirmar que era exigível da responsável conduta diversa daquela que adotou, consideradas as circunstâncias que a cercavam, pois o edital da CP 1/2022 não previu o requisito de qualificação técnica utilizado pela CEL para inabilitar o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, bem como a jurisprudência dominante apontava para o dever de efetuar diligências para confirmação da condição regularidade fiscal.
<b>Punibilidade</b>	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

<b>Responsável</b>	MICHELLE OLIVEIRA MASSENA
<b>CPF</b>	076.274.767-63
<b>Encaminhamento</b>	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
<b>Cargo</b>	Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim
<b>Conduta</b>	Inabilitar indevidamente o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, na CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, cujo objeto é a Concessão, através de PPP, do Serviço de Iluminação Pública no Município.
<b>Nexo de causalidade</b>	A conduta da responsável feriu os princípios licitatórios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, causando potencial dano ao erário municipal ao impedir a obtenção da proposta mais vantajosa e ao permitir a adjudicação do objeto e a homologação do certame a empresa que não apresentou a melhor proposta.
<b>Excludentes de ilicitude</b>	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como, por exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito ou força maior.
<b>Culpabilidade</b>	Não é possível afirmar que houve boa-fé da responsável. É razoável afirmar que era possível à responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara. É razoável afirmar que era exigível da responsável conduta diversa daquela que adotou, consideradas as circunstâncias que a cercavam, pois o edital da CP 1/2022 não previu o requisito de qualificação técnica utilizado pela CEL para inabilitar o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, bem como a jurisprudência dominante apontava para o dever de efetuar diligências para confirmação da condição regularidade fiscal.
<b>Punibilidade</b>	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

<b>Responsável</b>	LUIZ FELIPE IMENES DE MENDONÇA
<b>CPF</b>	078.687.177-69
<b>Encaminhamento</b>	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
<b>Cargo</b>	Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim
<b>Conduta</b>	Inabilitar indevidamente o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, na CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, cujo objeto é a Concessão, através de PPP, do Serviço de Iluminação Pública no Município.
<b>Nexo de causalidade</b>	A conduta do responsável feriu os princípios licitatórios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, causando potencial dano ao erário municipal ao impedir a obtenção da proposta mais vantajosa e ao permitir a adjudicação do objeto e a homologação do certame a empresa que não apresentou a melhor proposta.
<b>Excludentes de ilicitude</b>	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como, por exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito ou força maior.
<b>Culpabilidade</b>	Não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável. É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara. É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que adotou, consideradas as circunstâncias

	que o cercavam, pois o edital da CP 1/2022 não previu o requisito de qualificação técnica utilizado pela CEL para inabilitar o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, bem como a jurisprudência dominante apontava para o dever de efetuar diligências para confirmação da condição regularidade fiscal.
<b>Punibilidade</b>	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

<b>Responsável</b>	RENATA LOPES DOS SANTOS ZAGOTTO
<b>CPF</b>	085.794.357-06
<b>Encaminhamento</b>	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
<b>Cargo</b>	Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim.
<b>Conduta</b>	Inabilitar indevidamente o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, na CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, cujo objeto é a Concessão, através de PPP, do Serviço de Iluminação Pública no Município.
<b>Nexo de causalidade</b>	A conduta da responsável feriu os princípios licitatórios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, causando potencial dano ao erário municipal ao impedir a obtenção da proposta mais vantajosa e ao permitir a adjudicação do objeto e a homologação do certame a empresa que não apresentou a melhor proposta.
<b>Excludentes de ilicitude</b>	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como, por exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito ou força maior.
<b>Culpabilidade</b>	Não é possível afirmar que houve boa-fé da responsável. É razoável afirmar que era possível à responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara. É razoável afirmar que era exigível da responsável conduta diversa daquela que adotou, consideradas as circunstâncias que a cercavam, pois o edital da CP 1/2022 não previu o requisito de qualificação técnica utilizado pela CEL para inabilitar o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, bem como a jurisprudência dominante apontava para o dever de efetuar diligências para confirmação da condição regularidade fiscal.
<b>Punibilidade</b>	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

<b>Responsável</b>	ALEXANDRO DA VITORIA
<b>CPF</b>	108.182.697-58
<b>Encaminhamento</b>	A citação de responsável (art. 207, I c.c. art. 389 do RITCEES).
<b>Cargo</b>	Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim.
<b>Conduta</b>	Homologar, indevidamente, a CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, cujo objeto é a Concessão, através de PPP, do Serviço de Iluminação Pública no Município, sem determinar a anulação da decisão que inabilitou indevidamente o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo.
<b>Nexo de causalidade</b>	A conduta do responsável feriu os princípios licitatórios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, causando potencial dano ao erário municipal ao impedir a obtenção da proposta mais vantajosa e ao permitir a adjudicação do objeto e a homologação do certame a empresa que não apresentou a melhor proposta.
<b>Excludentes de ilicitude</b>	Não foram constatadas excludentes de ilicitude, como, por exemplo, legítima defesa do patrimônio público, estado de necessidade, culpa exclusiva da Administração, caso fortuito ou força maior.
<b>Culpabilidade</b>	Não é possível afirmar que houve boa-fé do responsável. É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara. É razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois o edital da CP 1/2022 não previu o requisito de qualificação técnica utilizado pela CEL para inabilitar o Consórcio LUZ DE ITAPEMIRIM, Representante no presente processo, bem como a jurisprudência dominante apontava para o dever de efetuar diligências para confirmação da condição regularidade fiscal.
<b>Punibilidade</b>	Não foi constatada qualquer causa de extinção da punibilidade.

**Ente Fiscalizado:** Município de Cachoeiro de Itapemirim  
CNPJ 27.165.588/0001-90;  
**Terceiro interessado:** Quantum Engenharia Ltda. – Adjudicatária  
do objeto da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim - CNPJ  
82.094.640/0001-72

**- A ITI 194/2022**

A ITI 194/2022 apontou, *ipsis litteris*, o seguinte:

**- Situação encontrada**

A Representação

O Representante alega, em síntese, que: **I)** foi indevidamente inabilitado, uma vez que comprovou a exigência contida no subitem 12.3.4.1 do Edital (evento 15, p. 50), conforme disposto no inciso (vi) do subitem 12.3.4.1.2; **II)** sua proposta comercial, ao longo da vigência contratual, é inferior em R\$ 15.000.000,00 em relação à segunda melhor proposta, apresentada pela empresa Quantum; **III)** após a apresentação dos documentos habilitatórios, o Presidente da Comissão Especial de Licitação encaminhou ao Consórcio o Ofício 4/2022, solicitando diligências acerca do documento de comprovação da participação em empreendimento que tenha realizado investimento no valor de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) ou mais; **IV)** em resposta ao Ofício, mediante explicações e documentos complementares, o Consórcio comprovou, cabalmente, que a documentação apresentada em seu Envelope 3 demonstrava o pleno atendimento às exigências de habilitação previstas no Edital, tendo sido evidenciado que **(a)** a interpretação extensiva do item 12.3.4.1 do Edital que estava sendo feita pela i. Comissão é descabida, eis que inexistente no instrumento convocatório qualquer vedação à juntada de atestados de execução de obras pelo regime da Lei 8.666/1993, **(b)** o atestado do Hospital Regional Centro do Oeste já é suficiente para contemplar a exigência do item 12.3.4.1 do Edital; **(c)** havia declaração nos termos do item 12.3.4.1.2, 'vi', do Edital; **(d)** houve declaração sobre investimentos próprios realizados, de R\$ 8.640.150,00, para construção de infraestrutura, o que está registrado no Balanço Patrimonial que compôs a documentação (p. 65 dos documentos de habilitação), **(e)** o consórcio comprovou que a Residencial Canadá SPE (cujas únicas sócias são a consorciada Endeal) foi responsável por investir R\$ 12.641.256,68 em obra executada na cidade de Cascavel, tendo captado mais de R\$ 60.000.000,00 para construção de empreendimento imobiliário, **(f)** o Consórcio possuía declaração da Caixa Econômica Federal demonstrando que está economicamente apto a tomar investimentos para execução do Contrato de Concessão oriundo deste certame; **(g)** a proposta apresentada está devidamente garantida e é extremamente vantajosa (39,25% em relação a segunda colocada); **(V)** sem sequer tratar e muito menos infirmar a resposta do Representante à diligência, sobreveio a decisão inabilitando o Consórcio, em que nenhum dos tópicos acima listados foi enfrentado pela Comissão Especial, tendo a decisão também pretendido suscitar o desatendimento (inexistente) aos itens 12.3.3 e 8.15 do Edital, sob pretexto de que a Certidão de Regularidade Fiscal da Consorciada Tradetek estaria vencida; **VI)** o Consórcio apresentou recurso administrativo alegando, em síntese **(a)** o atendimento ao item 12.3.4.1, valendo-se da interpretação deste e Tribunal acerca da referida exigência, bem como reiterando a apresentação dos atestados, certidões e declarações que são suficientes para comprovar a participação em empreendimento com investimento de mais de R\$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais); **(b)** o atendimento aos itens 12.3.3 e 8.15, visto que a empresa Tradetek está regular perante a Receita Federal ("RFB") e que, a certidão vencida apresentada se trata de uma questão meramente formal que poderia ter sido sanada pela i. Comissão, acessando o site da RFB ou através de solicitação de diligências, seguindo o disposto no item 15.2 do Edital e o art. 43, §3º da Lei 8.666/1993; **VII)**

*importante destacar que a Comissão de Licitação solicitou diligências, através do Ofício acima indicado, apenas em relação à comprovação de participação em empreendimento com investimento de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais), sequer levantando a questão da Certidão de Regularidade Fiscal no momento e, assim, acenando para o cumprimento de todos os demais requisitos; VIII) no dia 1/7/2022 (sexta-feira), foi publicado no Diário Oficial o aviso de convocação da segunda colocada para abertura do Envelope 3, referente à documentação de habilitação, no dia 5/7/2022 (terça-feira) às 14h30, antes da decisão do recurso administrativo interposto pelo Consórcio; IX) visando suprir ilegalidades, o Consórcio apresentou manifestação na manhã do dia 4/7/2022 (segunda-feira), alegando que a convocação e apreciação da documentação da segunda colocada era indevida e inoportuna, mas a Comissão, no começo da tarde do dia 4/7/2022, publicou a decisão não conhecendo o recurso, visto que extemporâneo, alegando que o momento oportuno para análise do recurso seria após a declaração da empresa vencedora do certame; X) diante da possibilidade iminente de grave dano erário e da consolidação de ato manifestamente inválido, optou-se por seguir o processamento da presente Representação, para que seja obstado o prosseguimento do certame eivado de ilegalidades, uma vez que a decisão que o inabilitou foi desfundamentada ao não apreciar a resposta e os documentos apresentados, ferindo o princípio da motivação e do contraditório; XI) a decisão de inabilitação contém vícios de mérito, pois está comprovado (a) o pleno atendimento à exigência editalícia (item 12.3.4.1), de acordo com a interpretação deste e. Tribunal, em relação à realização de empreendimento com capital próprio e (b) a regularidade fiscal da empresa consorciada Tradetek (itens 12.3.3 e 8.15) que atesta uma situação pré-existente à abertura da sessão pública; XII) a empresa Endeal, líder do Consórcio, investiu, através de capital próprio, o montante de R\$ 43.673.097,77 (quarenta e três milhões, seiscentos e setenta e três mil e noventa e sete reais e setenta e sete centavos) na construção do Hospital Regional do Centro Oeste, no município de Guarapuava, conforme demonstrado em seu Relatório Analítico, emitido na data de 1/6/2022, cumprindo o exigido no subitem 12.3.4.1 do Edital; XIII) o contrato de empreitada global ocorre quando o empreiteiro é contratado para executar uma obra, utilizando de seus próprios recursos e esforços, segundo entendimento de Marçal Justen Filho, não significando desatendimento ao edital o simples fato de o contrato ser regido pela Lei 8.666/1993; XIV) o Contrato de PPP prevê pagamento de contraprestação mensal, assim como previsto no Contrato 12/2015, referente ao Hospital Regional do Centro Oeste, que previa o pagamento por meio de cronograma físico-financeiro após o representante despendar seus recursos para executar as etapas da obra; XV) o Acórdão 1795/2022-9 da 2ª Câmara não respalda a interpretação extensiva adotada pela Comissão de Licitação; XVI) a interpretação do corpo técnico do TCEES no Processo 2345/2019 é a mesma defendida pelo Representante, ou seja, no sentido de não restringir a participação no certame apenas a concessionárias de serviços públicos, permitindo-se a comprovação do requisito através de contratos de empreitada regidos pela Lei 8.666/93, sendo que a minuta inicial do edital da PPP de IP de Vila Velha foi modificada para retirar a cláusula que impedia a comprovação da experiência em investimento através de regime de empreitada ou equivalente; XVII) claramente o Consórcio demonstrou o atendimento ao item 12.3.4.1, por ter realizado anteriormente, um investimento de [muito] mais de R\$ 16.000.000,00, tendo complementando a documentação de modo a comprovar a realização de outros dois investimentos, um no valor de R\$ 8.640.150,00, relacionado ao empreendimento Condomínio Euro Residence, na cidade de São José dos Pinhais/PR e outro no valor de R\$ 12.641.256,68, relacionado ao Residencial Canadá SPE Ltda, estando tais investimentos comprovados nos Balanços Patrimoniais que compuseram a documentação apresentada pelo Consórcio, mais precisamente na página*

65 dos documentos de habilitação; **XVIII**) a Consorciada Enddeal também apresentou, em sede de diligência, uma declaração da Caixa Econômica Federal que comprova que o Consórcio Luz de Itapemirim está apto economicamente para a prestação dos serviços licitados; **XIX**) há, portanto, grave ofensa à vinculação ao Edital (ao criar, através de interpretação própria da Comissão, exigência inexistente no instrumento convocatório), assim como um ilegal excesso de formalismo por parte da Comissão, pois a licitação tem como objetivo a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração Pública; **XX**) é ilegal eliminar o Consórcio – que apresentou a proposta mais vantajosa para a Administração Pública – por interpretação equivocada do instrumento convocatório, com a criação de regras inexistentes de vedação de apresentação de declaração relativo ao contrato de empreitada regido pela Lei 8.666/1993; **XXI**) quanto ao segundo fundamento de inabilitação, de que a empresa consorciada Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias Ltda. teria apresentado Certidão de Regularidade Fiscal vencida, datada de 4/4/2022, estando em desacordo com os itens 12.3.3 e 8.15 do Edital, deveria a Comissão de ter realizado diligência na forma do subitem 15.2 do Edital e da jurisprudência dos Tribunais de Contas, por ser uma falha meramente formal e sanável; **XXII**) a realização de diligências para sanar esse tipo de situação é um poder-dever da Comissão, sendo que o próprio Edital deixa claro a necessidade de buscar a obtenção da proposta mais vantajosa, sanando eventuais vícios formais, tanto que o item 16.8 prescreve que a inabilitação só pode ocorrer “uma vez esgotadas as possibilidades de saneamento, esclarecimento ou diligência”; **XXIII**) nesse caso, é importante mencionar que a empresa Tradetek se encontrava regular perante a Receita Federal do Brasil (“RFB”) no momento da realização da entrega dos envelopes e da abertura das propostas e tal situação é facilmente identificada ao consultar o site da RFB; **XXIV**) importante expor que a certidão emitida na data de 31/5/2022 atestava uma situação pré-existente à abertura da licitação, conforme linha do tempo apresentada na petição de representação, de onde se nota que a certidão de regularidade fiscal estava disponível no site da RFB desde o dia 19/4/2022, ou seja, 10 (dez) dias antes da abertura da sessão pública e poderia ter sido acessada a qualquer momento pela i. Comissão Especial de Licitação; **XXV**) inclusive, a consulta da referida Certidão no site faz com que a documentação ausente ou vencida passe a integrar o processo licitatório como se tivesse sido devidamente apresentado, claramente atestando a situação que importa: a regularidade fiscal da empresa, tratando-se de questão meramente formal que deveria ter sido sanada pela Comissão em sede de diligência, consistente em simples acesso ao site da RFB, a fim de apurar a regularidade fiscal da empresa, conforme Acórdãos 1758/2003 e 1211/2021, TCU-Plenário; **XXVI**) estão presentes os pressupostos para a concessão da cautelar, quais sejam a probabilidade do direito alegado e o periculum in mora;

#### Manifestações dos agentes públicos

O Sr. Senhor Presidente da Comissão de Licitação e o Sr. Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente, apresentaram suas manifestações, nos eventos 73 e 113, respectivamente, alegando, em síntese, que **I**) o princípio da vinculação ao instrumento convocatório ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas, tendo as partes o dever de respeitar aquilo que foi estabelecido pelo diploma editalício, não podendo, de forma alguma, esquivar-se das regras preliminarmente estabelecidas, não sendo mera conveniência ou simples prerrogativa legal que pode ser facilmente

descartada; **II)** é impossível a execução de um certame sem que seja observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois sem ele jamais poderá ser alcançado o julgamento objetivo, sendo impossível atingir o princípio constitucional da Isonomia, que estabelece a igualdade de condições entre os participantes; **III)** o representante não impugnou o Edital de Concorrência 1/2022, participando normalmente do certame e apenas residindo o seu inconformismo na natural decepção frente a posicionamento desfavorável; **IV)** a regra do Edital é diferente daquela constante da decisão trazida pela denunciante, uma vez que deve haver um investimento feito pela licitante em um determinado empreendimento, usando seus recursos ou recursos emprestados de terceiros, que, neste último caso, deve haver um prazo de financiamento de, pelo menos, 5 anos; **V)** um contrato pelo qual alguém é contratado para executar uma obra civil não se trata de um investimento da própria licitante, podendo ser um investimento de quem a contratou, mas nunca da licitante; **VI)** a licitante foi contratada para tarefa específica, ou seja, realizar uma obra, construção de um prédio, que não se confunde com realizar um investimento; **VII)** de modo geral, investimento, em termos econômicos, é capital que se aplica com o intuito de obter rendimentos a prazo; **VIII)** os atestados trazidos pela licitante não se referem a qualquer investimento por parte da licitante, mas apenas a obra contratada por cliente, sendo eles **(a)** certidão emitida pelo CREA-PR ART nº 3788/2020, onde consta como profissional o engenheiro civil Nalmir Fontana Feder, como contratada a empresa Endeal Engenharia e Construções Ltda (empresa líder do consórcio licitante) e como contratante o Fundo Municipal de Saúde de Toledo, sendo o objeto a “construção completa hospital regional do Oeste/Toledo com área de 8.878,74m.” - contrato “empreitada” para a “execução de obra ou serviço técnico”, corroborada pelo atestado da Prefeitura de Toledo/PR juntado às fl s. 130/131, **(b)** certidão emitida pelo CREA-PR ART nº 3787/2020, onde consta como profissional a engenheira eletricista Janari Martins de Almeida, como contratada a empresa Endeal Engenharia e Construções Ltda (empresa líder do consórcio licitante) e como contratante o Fundo Municipal de Saúde de Toledo, sendo o objeto a “construção completa hospital regional do Oeste/Toledo com área de 8.878,74m.” - contrato “empreitada” para a “execução de obra ou serviço técnico.”, corroborada pelo atestado da Prefeitura de Toledo/PR juntado às fl s. 134/135, **(c)** certidão emitida pelo CREA-PR ART nº 4995/2021, onde consta como profissional o engenheiro civil Nalmir Fontana Feder, como contratada a empresa Endeal Engenharia e Construções Ltda (empresa líder do consorcio licitante) e como contratante a Paraná Edificações, sendo o objeto a “construção do hospital regional do Centro Oeste, no Município de Guarapuava com área total de 16.475,45m<sup>2</sup>.” - contrato “empreitada” para a “execução de obra ou serviço técnico”, corroborada pelo atestado da Paraná Edificações juntado às fl s. 138/139, e **(d)** certidão emitida pelo CREA-PR ART nº 1720210006147, onde consta como profissional a engenheira eletricista Janari Martins de Almeida, como contratada a empresa Endeal Engenharia e Construções Ltda (empresa líder do consórcio licitante) e como contratante a Paraná Edificações, sendo o objeto a “construção do hospital regional do Centro Oeste, no Município de Guarapuava com área total de 16.475,45m<sup>2</sup>.” - contrato “empreitada” para a “execução de obra ou serviço técnico.”, corroborada pelo atestado da Paraná Edificações juntado às fls. 208/209; **IX)** apresentou ainda o contrato relativo às certidões citadas nas alíneas **(c)** e **(d)** – Contrato 12/2015 - firmado com a Paraná Edificações, juntado às fl

s. 202/204, constando o objeto, valor, prazo, pagamento e regime de execução; **X**) toda essa documentação demonstra se tratar de contrato de empreitada por preço global, isto é, a licitante foi contratada para executar uma obra para seus clientes, não se tratando de investimento por ela realizado, concluindo-se que as certidões acima não comprovam que a licitante tenha efetuado um empreendimento em que tenha realizado, com capital próprio ou com empréstimo de terceiros, investimentos de R\$ 16.000.000,00; **XI**) a razão da exigência de o Edital ser no sentido de que a própria licitante tenha feito um investimento decorre de se tratar de uma parceria público-privada (PPP), onde a licitante terá de fazer investimentos (núcleo de uma PPP), correndo os riscos e obtendo os lucros daí decorrentes, razão porque não se trata apenas de ter sido contratada para executar uma obra nos termos da Lei 8.666/93, não atendendo as certidões apresentadas à habilitação técnica exigida no item 12.3.4.1, não havendo fundamento para as objeções da denunciante; **XII**) apesar de a denunciante trazer situação similar, decidida pelo TEC/ES (Acórdão 266/2020-1), a mesma é diferente da situação posta na licitação de Cachoeiro do Itapemirim, porque ainda se encontrava aquela outra licitação em fase de análise do Edital por parte do C. TCE, e porque o Edital sofreu alteração previamente à realização da licitação (fatos esses que não se coadunam com o ocorrido neste certame de Cachoeiro do Itapemirim); **XIII**) contudo, parece que o entendimento do Ministério Público de Contas no parecer 1127/2020-1 objeto daquele processo é no sentido contrário, tendo entendido que é legítima a imposição de requisitos mais rigorosos para qualificação técnica sempre que imprescindíveis à garantia do cumprimento das obrigações e proporcionais ao objeto do contrato, o que não se confunde com a exigência necessária à qualificação econômico-financeira para fins de habilitação em uma licitação de PPP, situação extremamente frágil e crucial neste tipo de contratação, com aquelas previstas na Lei 8.666/93; **XIV**) no Acórdão TCE-ES 266/2020-1 – Plenário, que julgou a PPP de Iluminação Pública de Vila Velha, os d. Conselheiros entenderam que a exclusão da exigência de comprovação de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) coloca em risco todo o contrato, vez que a licitante vencedora pode não possuir expertise e não conseguir captar no mercado o capital para investimentos necessários e que foram cumpridos os requisitos expostos na Manifestação Técnica 11376/2019-6; **XV**) em recentíssima decisão do E. Tribunal de Contas de Minas Gerais, Processos: 1119948 e 1120006 - TCE MG, tendo por Relator o e. Conselheiro DURVAL ÂNGELO TRIBUNAL, o Plenário da Corte, em decisão de 22/6/2022, em hipótese exatamente idêntica a desta licitação de Cachoeiro do Itapemirim, decidiu que atestados relacionados a contratos de empreitada ou equivalentes não representam investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros, uma vez que, nesses casos, o contratado recebe remuneração custeada pelo próprio Poder Público e repassada em razão de medição de atividades contratuais ou em razão do avanço do empreendimento, colhendo-se ainda do voto do e. Relator que **(a)** a Comissão de licitação acolheu os atestados da licitantes com melhor proposta, rejeitando recursos interpostos ao argumento de que, ao contrário do alegado pela recorrente, não há contradição entre a aceitação de investimentos executados em contratos de empreitada e o entendimento exposto pela Comissão Especial de Licitação no julgamento da impugnação protocolada pela Agiliza - Comércio e Locação de Máquinas Eireli, porque, também na decisão proferida à denunciante, não há vedação aos

*investimentos realizados no regime de empreitada, pelo que a interpretação da recorrente não encontra guarida nos documentos vinculativos do certame, (b) entretanto, de acordo com a unidade técnica, o atestado apresentado pelo Consórcio Terminais BH não demonstrava sua capacidade de captar recursos para realizar investimento por se referir a contrato de empreitada e que, por se tratar de uma concessão de serviços, com elevada necessidade capital para realização dos investimentos, que deverá ser levantado por conta e risco da Concessionária (sem que haja aporte ou contraprestação pública por parte do Poder Concedente), é imprescindível a demonstração de capacidade de alocação de capital por parte da futura concessionária, conferindo maior segurança ao certame, sendo, portanto, nessa ordem de ideias, que deve ser analisado se o atestado de execução de serviços e o contrato de empreitada SC 160/12, referentes à elaboração de projetos e execução de serviço de implantação da estação de integração BRT Pampulha, em diversas áreas de Secretarias de Administração Regional Municipal (Doc. 10 apresentado na denúncia), apresentado pela licitante e aceito pela Comissão para tal finalidade, se presta a comprovar, efetivamente, a capacidade de investimentos do licitante (c) os contratos para compra de materiais e/ou realização de obras em regime de empreitada ou equivalente, uma vez que a remuneração do contratado ocorre em razão de medição de atividades contratuais ou em razão de avanço do empreendimento, não são aptos para demonstrar a capacidade de a licitante captar recursos para realizar investimento, pois não representam investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros, uma vez que, nesses casos, o contratado recebe remuneração custeada pelo próprio poder público e repassada em razão de medição de atividades contratuais ou em razão do avanço do empreendimento, (d) ainda que o edital não contemple vedação expressa à apresentação de atestados relacionados a contratos de empreitadas ou equivalentes para fins de comprovar capacidade de investimentos, estes não podem ser aceitos para tanto, porquanto não refletem quaisquer investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros, sendo certo que a existência de previsão expressa sobre a não aceitação, para comprovação da capacidade de investimentos, de atestado proveniente da execução de contrato em regime de empreitada ou equivalente é considerada uma boa prática em concessões e PPP's, que, inclusive, já tem sido incorporada em algumas licitações (por exemplo, editais de PPP dos Municípios de Teresina, Porto Alegre e Vila Velha, elaborados com apoio do BNDES), (e) o atestado admitido pela Comissão para fins de habilitação do licitante vencedor não comprova, de fato, a realização prévia de investimentos de, no mínimo, R\$61.068.343,61, em empreendimento de infraestrutura em qualquer setor, com recursos próprios ou de terceiros, na medida em que não reflete quaisquer investimentos custeados pelo contratado, (f) o atestado de execução de serviços e o contrato de empreitada SC 160/12 apresentado pela licitante vencedora para atendimento do item 20.26 do edital não se presta a comprovar a capacidade de investimentos da licitante vencedora e, portanto, não demonstra sua efetiva capacidade de executar o contrato, o que pode comprometer a execução do contrato e a continuidade da prestação dos serviços; XVI) o Edital da PPP de IP de Cachoeiro não contempla qualquer possibilidade de se substituir atestado de investimento (assim entendido aqueles que a própria contratada executa investimentos a serem recuperados em períodos de longo prazo) por atestados decorrentes de*



obras contratadas por empreitada; **XVII**) não socorrem a impugnante os apontamentos que traz de suas demonstrações contábeis, apresentando registros de **DESPESAS** para provar que a empresa **Endeal**, líder do Consórcio, fez **INVESTIMENTOS**, através de capital próprio de R\$ 43.673.097,77 (quarenta e três milhões, seiscentos e setenta e três mil e noventa e sete reais e setenta e sete centavos), conforme demonstrado em seu Relatório Analítico, emitido na data de 01/06/2022, pois como se verifica, não está contabilizado como **INVESTIMENTO**, mas como **DESPESAS**, e, na forma do Portal de Contabilidade(<http://www.portaldecontabilidade.com.br/guia/investimentos.htm>), “ o valor de custo de aquisição será debitado à conta que registrar o investimento e creditado à conta de origem dos recursos (caixa, bancos cta. Movimento, contas a pagar, etc.), não havendo como se estabelecer que se trate de um investimento realizado pela empresa consorciada (**Endeal Engenharia e Construções Ltda.**), como exigido no Edital de Cachoeiro do Itapemirim; **XVIII**) por outro lado, as demais demonstrações trazidas pela impugnante não podem ser admitidas porque foram trazidas a posteriori; **XIX**) há de se considerar que a licitação em comento visa à outorga de uma concessão administrativa, regida pela Lei Federal 11.079/04, cujas especificidades do objeto são, em muito, distintas daqueles objetos contratados pela Administração no regime ordinário da Lei 8.666/1993, tipicamente marcado por contratos de simples empreitada ou tarefa, sendo normal nas concessões que pesados investimentos antecedam o início dos serviços e, somente após sua realização, ocorre o início da percepção das receitas que remunerarão o contratado privado durante o longo prazo da concessão, devendo-se esperar de parte da concessionária a capacidade de organizar recursos econômicos em tempo relativamente curto e, acima de tudo, a competência técnica para gerir tais recursos e obter retornos adequados durante prazo de maturação de negócio, notadamente em função do longo tempo necessário para amortização do investimento, contrariamente ao regime da Lei 8.666/93 em que os pagamentos e a remuneração pelas obras ou serviços são realizados periodicamente, de forma muito próxima à finalização de cada fase do contrato; **XX**) a habilitação não foca nas características financeiras da licitante, mas no fato de que, ao comprovar que geriu empreendimento semelhante no passado, atesta que possui conhecimento técnico compatível com aquele demandado para a boa execução do contrato em condições semelhantes, de modo que a qualificação em questão está diretamente ligada à ideia de atestar a capacidade gerencial e executora da empresa, inferindo-se que a comprovação de experiência em questão é importante para a própria continuidade do serviço público, pois a ineficiência na gestão financeira gerará a derrocada do empreendimento; **XXI**) esse mesmo tipo de exigência de habilitação vem sendo utilizada com sucesso nos demais editais de iluminação modelados do âmbito do FEP-Caixa e do BNDES e também vem sendo aplicada em inúmeros editais de concessão desde há muito, alguns dos quais foram objeto de avaliação por outras Cortes de Contas e, nesse âmbito, foram considerados compatíveis com a legislação, como Belém (Edital 5/2020), Campinas (Edital 9/2021), Feira de Santana (Edital 26/2020) e Sapucaia do Sul (Edital 3/2020), PPP de IP de Porto Alegre, Teresina, Petrolina e Belo Horizonte; **XXII**) diversos exemplos de editais de licitação que igualmente consideraram exigência de habilitação técnica da mesma natureza podem ser citados em setores não relacionados à iluminação pública, comprovando que há mais de 10 anos essa é uma boa prática

consolidada em todo o Brasil no setor de concessões em geral e, em especial, em PPP's, como a PPP do Hospital Metropolitano de BH (CP 8/2010), PPP do Mineirão (CP 2/2010), PPP da Atenção Primária, Concessão do Cedae, Concessão de Saneamento do Amapá; **XXIII**) o TCE/MG, ao examinar as exigências de habilitação técnica da PPP do Hospital Metropolitano, entendeu que esta atendia aos requisitos legais e, sobretudo, que seriam compatíveis com a tipologia contratual em questão (parceria público-privada), ou seja, reconheceu se tratar de habilitação de natureza técnica de fundamental importância para o sucesso do empreendimento; **XXIV**) o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao analisar exigência de habilitação técnica semelhante, adotada pelo Município de Araçatuba em edital para a delegação de serviços públicos de saneamento, destacou a possibilidade de aplicação da exigência e corroborou sua adequação a licitações de concessão, uma vez que estas demandam estudos financeiros e capacidade de organização empresarial específicos, sempre presentes em projetos de infraestrutura; **XXV**) contrariamente ao que afirma o Representante, as decisões da CPL foram fundamentadas, sendo seu objetivo alterar o Edital, pois não possui a atestação exigida e se entendia que havia erro em condição editalícia deveria tê-la impugnada no momento oportuno; **XXVI**) quanto à certidão de tributos federais, foi constatado que a Certidão apresentada pelo Consórcio Luz de Itapemirim, composto pelas empresas Endeal Engenharia e Tradetek e representado pela Corretora Planner, (página 78 do Envelope de Habilitação da Proponente) foi apresentada fora do prazo de validade exigido pelo Edital, contrariando o subitem 8.15 do Edital, sendo que o subitem 8.15.1 dispõe que qualquer documento apresentado fora do prazo de validade será considerado não entregue, arcando a PROPONENTE com as consequências da ausência da documentação; **XXVII**) segundo o subitem 6.3.1 do Edital, o marco temporal de todos os prazos é a DATA DE ENTREGA DOS ENVELOPES, na acepção do inciso XXVII, do item 1 do Edital, sendo que A DATA DE ENTREGA DOS ENVELOPES ocorreu no dia 19/4/2022, das 9h às 12h, horário de Brasília, devendo todos os documentos e certidões estar vigentes nessa data; **XXVIII**) quanto às consequências derivadas da apresentação de documentos fora do prazo de validade, destacamos o disposto no item 6.3.4 do edital que estabelece que a desclassificação ou inabilitação de qualquer consorciada acarretará a automática desclassificação ou inabilitação do CONSÓRCIO, e entendemos que o Consórcio deva ser inabilitado por ter apresentado certidão fora do prazo de validade, consequência essa expressamente prevista no Edital de Licitação; **XXIX**) deve-se, ainda, fazer uma breve referência à fase recursal única, de modo a deixar claro que não houve nenhum julgamento meritório, o que somente ocorrerá quando declarada a licitante vencedora, conforme previsto no Edital, cumprindo registrar que a empresa não observou o disposto no item 16.9 c/c item 18.1; **XXX**) a fase recursal única já foi respaldada pelo TCU e pela Justiça Federal; **XXXI**) a licitante pretende adiantar o resultado e gerar uma suposta urgência, o que não nos parece ser o caso; **XXXII**) o presente Edital de licitação foi objeto de apreciação por este e. TCE-ES, sendo que todas as recomendações foram devidamente acatadas, logo, o alegado ineditismo que a licitante pretende existir não se sustenta; **XXXIII**) o presente caso se amolda à recentíssima Recomendação CNJ 129, de 15 de junho de 2022 (em anexo), onde o Ministro Luiz Fux "Recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a evitar o abuso do direito de demandar que possa comprometer os projetos de infraestrutura

qualificados pelo Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), previsto na Lei 13.334/2016, pelo fato de o CNJ ter identificado abuso do direito de demandar nos casos originários do PPI, que é o caso da presente licitação, onde entende-se por abuso do direito de demandar o ajuizamento de ações com aparente caráter de urgência infundada, em expediente normal ou plantão judiciário, com o intento de questionar projetos, leilões ou contratos de infraestrutura que se encontram em fases de desenvolvimento, pois os projetos do PPI são desenvolvidos ao longo de anos, passam por audiência pública e consulta pública, são publicados com meses de antecedência à data do certame e a impugnante agora não pode esperar o julgamento das propostas para impedir a análise dos documentos dos demais licitantes de forma cautelar; **XXXIV**) não estão presentes os requisitos para concessão de cautelares, pois demonstrou-se cabalmente que **(a)** a representação é frágil, ruindo diante da solidez da peça defensiva, **(b)** inexiste qualquer fio que teça a pretensão inicial, estando totalmente desprovidos de plausibilidade os argumentos erigidos pelo Representante, **(c)** inexiste qualquer perigo de prejuízo ao erário ou à requerente, **(d)** a inabilitação do representante do certame calcou-se na lei, no edital, na abalizada doutrina e remansosa jurisprudência, estando hígida e imaculada de vícios ou nulidades, **(e)** todo o inconformismo da representante, mesmo que completamente despido de fundamentos, poderá ser analisado no momento próprio, estipulado no edital que não foi impugnado pelo representante, **(f)** a requerente pretende tumultuar o procedimento licitatório com a interposição de recurso antes de intentada a condição editalícia e, ainda, insatisfeita “movimenta” toda a “maquina” desse Honroso TCEES para suprimir instância causando sim o representante tumulto e prejuízos ao erário; **XXXV**) merecem citação as recentes alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB pela Lei Federal 13.655/2018, as quais buscam resguardar a segurança jurídica e assegurar que as consequências práticas da decisão administrativa (*in casu*) sejam ponderadas no momento de serem proferidas, evitando-se danos desproporcionais diante das medidas impostas, apresentando o art. 20 da LINDB em seu texto os conceitos de necessidade e adequação, conceitos estes já consagrados na doutrina que discorre sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade; **XXXVI**) o princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios **(a)** subprincípio da ADEQUAÇÃO: no qual deve ser analisado se a medida adotada é idônea (capaz) para atingir o objetivo almejado, **(b)** subprincípio da NECESSIDADE: consiste na análise se a medida empregada é ou não excessiva, **(c)** subprincípio da PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO representa a análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde; **XXXVII**) a observância do Princípio da Proporcionalidade também foi encampada pelo legislador através da nova redação trazida pela Lei 13.655/2018 ao art. 21 e respectivo parágrafo único da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL 4657/42), devendo a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e Administrativas, bem como, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

### Análise

*Cabe destacar inicialmente que o fato de eventual acolhimento da representação poder beneficiar os interesses privados do Representante não é impeditivo ao seu conhecimento se o interesse público também puder ser violado em razão das alegadas irregularidades.*

*Assim, o que vedam os artigos 101 da LCE 621/12 c/c art. 184 do RITCEES é a defesa de interesses **exclusivamente** privados perante o TCEES, tal como, por exemplo, a representação intentada por contratados para cobrar a falta de pagamento por parte da Administração Pública, uma vez que tal pretensão deve ser proposta perante o poder judiciário ou ser resolvida através de mecanismos privados de solução de conflitos caso tal possibilidade esteja prevista contratualmente e seja permitida por lei.*

*Nesse ponto, oportuno salientar que compete aos Tribunais de Contas atuar, por exemplo, para anular a desclassificação ilícita de um licitante que tenha ofertado a melhor proposta em uma licitação e cumprido todos os requisitos de habilitação/qualificação, pois, apesar de poder beneficiar interesse privado, tal ação da Corte também resguardará interesses públicos como os da obtenção da proposta mais vantajosa, da vinculação ao instrumento convocatório e do respeito aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.*

*Importante, ainda, destacar que direito subjetivo significa direito do sujeito (o direito da pessoa fazer valer um direito objetivo que regulamente determinado fato vivenciado por ela), enquanto que direito objetivo é o conjunto de normas que regulamenta os fatos sociais<sup>7</sup>, sendo certo que qualquer cidadão tem direito subjetivo, por exemplo, de denunciar às Cortes de Contas irregularidades ou ilegalidades de que tenha conhecimento, conforme assegura o § 2º do artigo 74 da CRFB.*

*Nesse sentido, verifica-se que a irregularidade apontada na representação é capaz de, em tese, violar o interesse público, pois o Representante alegou ter sido indevidamente inabilitado, além de ter apresentado a melhor proposta comercial, com contraprestação pública 15 milhões de reais menor que a ofertada na segunda melhor proposta.*

*Esclarecido isto, passa-se à análise do requisito de qualificação técnica exigido no subitem 12.3.4.1 do Edital.*

*O subitem 12.3.4.1 do Edital dispõe o seguinte:*

*12.3.4.1. Comprovação de que a PROPONENTE tenha participado de qualquer **empreendimento** pertencente ou não ao setor de iluminação pública, **em que tenha realizado investimentos** de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) ou mais, na data base da entrega da proposta, **com recursos próprios ou de terceiros**, sendo que **esta última hipótese deve compreender retorno de longo prazo**, observadas as seguintes condições: (Destacou-se)*

*[...]*

*(iii) Para comprovação de que o retorno sobre o capital investido é de longo prazo, a PROPONENTE deve demonstrar, por meio de apresentação de **instrumento contratual pertinente, aplicável, exclusivamente, para fins de comprovação da dívida**, que o prazo do financiamento deve ser superior a 5 (cinco) anos. (Destacou-se)*

*12.3.4.1.1. Poderão ser aceitos, **para fins de comprovação do atendimento da exigência** contida no Subitem 12.3.4.1. **acima**,*

---

<sup>7</sup> Sobre o tema, recomenda-se ler DONIZETTI, Elpidio; QUINTELLA, Felipe. **Direito objetivo e direito subjetivo: conceituação**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/30/direito-objetivo-e-direito-subjetivo/>. Acesso em: 6 out. 2022.

dentre outros documentos hábeis, **declaração e/ou atestados fornecidos pelas instituições financeiras que tenham concedido os financiamentos**, desde que mencionado em referido documento o respectivo empreendimento e os valores obtidos. (Destacou-se)

12.3.4.1.2. Serão aceitos como documentos de comprovação para fins de atendimento deste item:

(i) **Declarações e/ou atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado contratantes da execução do empreendimento;** (Destacou-se)

(ii) **Declarações e/ou atestados fornecidos pelas instituições financeiras que tenham concedido eventuais financiamentos**, desde que mencionado o respectivo empreendimento e os valores obtidos; (Destacou-se)

(iii) Apresentação de escritura de emissão pública ou privada de debêntures;

(vi) Declaração da PROPONENTE ou de entidade CONTROLADA, CONTROLADORA ou sob CONTROLE comum que indique os valores investidos com recursos próprios ou de terceiros, acompanhada de **cópia de contrato de concessão, de financiamento firmado com instituição financeira**, ou demais comprovantes que possuir. (Destacou-se)

[...]

12.3.5. Além dos DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO referidos acima, a PROPONENTE deverá apresentar, ainda, declaração unificada, devidamente acompanhados da comprovação dos poderes de seus signatários:

[...]

(v) **Declaração de capacidade financeira constante do ANEXO 4, do EDITAL. A PROPONENTE deverá declarar que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e obtenção de recursos de terceiros necessários à consecução do objeto da CONCESSÃO, inclusive a obrigação de integralização no capital social da SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, nos termos do Subitem 19.3, alínea (ii), do EDITAL.** (Destacou-se)

A leitura das cláusulas editalícias acima transcritas permite com clareza verificar que **a comprovação de retorno no longo prazo foi exigida apenas em relação a capital de terceiros e, em momento algum, sobre o capital próprio.**

Assim, o licitante que apresentasse atestados de realização de empreendimento com investimento realizado através de capital próprio, não precisava comprovar que o retorno do capital investido se daria no longo prazo. Isto é o que diz o subitem 12.3.4.1 do edital, com especial destaque (“esta última hipótese”) para que apenas no investimento feito com capital de terceiros fosse comprovado o retorno de longo prazo.

A distinção de requisitos fica muito nítida quando se compara a redação deste requisito de qualificação técnica nos editais da PPP DO HOSPITAL METROPOLITANO DE BELO HORIZONTE, da PPP DO MINEIRÃO, da PPP DA ATENÇÃO PRIMÁRIA, da CONCESSÃO DA CEDAE e da CONCESSÃO DE SANEAMENTO DO AMAPÁ, colacionados nas manifestações dos agentes públicos, como se vê a seguir:

PPP DO HOSPITAL METROPOLITANO DE BELO HORIZONTE  
(CONCORRÊNCIA 08/2010)

13.5.2. Atestado(s) que comprove(m) a execução de empreendimento(s) em que o CONCORRENTE tenha se responsabilizado pela realização de investimentos de R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de Reais) ou mais, **com recursos próprios ou de terceiros e retorno de longo prazo**, superior a 5 (cinco) anos, observadas as seguintes condições: (Destacou-se)

PPP DO MINEIRÃO (CONCORRÊNCIA 02/2010)

17.5.2. O LICITANTE, ou, no mínimo, 1 (uma) das empresas integrantes do CONSÓRCIO, também deverá apresentar, para comprovação de qualificação técnica, além do disposto no item 17.5.1, atestado(s) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove ter participado de empreendimento que **tenha captado** R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, **por meio de financiamentos de longo prazo** (assim compreendidos os financiamentos com prazo de vencimento superior a cinco anos), estruturados nas modalidades de financiamento de projetos (project finance) ou financiamento corporativo (corporate finance). (Destacou-se)

PPP DA ATENÇÃO PRIMÁRIA (EDUCAÇÃO)

12.6.2 Atestado(s) que comprove(m) a execução de empreendimento(s) em que o Licitante tenha se responsabilizado pela realização de investimentos de R\$200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) ou mais, **com recursos próprios ou de terceiros e retorno de longo prazo**, superior a 5 (cinco) anos, observadas as seguintes condições: (Destacou-se)

CONCESSÃO DA CEDAE

22.11.1. Atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado ou contrato de financiamento devidamente celebrado que comprove que a LICITANTE ou sua AFILIADA **tenha captado recursos** para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor (exemplo: comunicações, energia, transportes, saneamento, portos, produção, distribuição ou refino de combustíveis, etc.): (Destacou-se)

CONCESSÃO DE SANEAMENTO DO AMAPÁ

22.11.1. Atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado que comprove que a LICITANTE ou sua AFILIADA **captou** R\$ 470.000.000,00 (quatrocentos e setenta milhões de reais), para a viabilização de empreendimento(s) de infraestrutura em qualquer setor. (Destacou-se)

Observa-se acima que (a) alguns editais exigiram, expressamente, retorno de longo prazo tanto em relação aos recursos próprios quanto em relação aos recursos de terceiros, (b) outros editais exigiram a comprovação apenas através de captação (recursos de terceiros).

Portanto, em respeito aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a verificação do cumprimento dos requisitos de habilitação/qualificação pela Comissão de Licitação deve observar o que dispõe o Edital e não o que considera boa prática ou não em PPP e Concessões, pois não está em discussão no processo se é lícita ou mais recomendável não a comprovação de qualificação técnica de realização de investimento apenas com retorno no longo prazo, mas sim o que o edital exigiu.

Com base nessa premissa, a redação do subitem 12.3.4.1 do Edital da PPP de IP Cachoeiro de Itapemirim é clara ao exigir o retorno de longo prazo apenas em relação aos investimentos realizados com capital de terceiros.

Somado a isto, deve-se ter em mente que a hermenêutica jurídica veda a interpretação extensiva, ampliativa ou analógica de regras que contenham exceção a preceito geral e/ou que restrinjam direitos, como é caso do subitem 12.3.4.1 do Edital da PPP de IP Cachoeiro de Itapemirim, que limita/restringe a participação de licitantes no certame ao preenchimento de requisito de qualificação técnica, pois o princípio geral é participação de todos os interessados, sendo a exceção a restrição lícita à participação de determinados interessados que não preencham os requisitos de qualificação exigidos.

Colacionam-se, a seguir, alguns ensinamentos jurisprudenciais a respeito da vedação de interpretação extensiva, ampliativa ou analógica de regras de exceção e/ou que restringem direitos:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. REGRA DE EXCEÇÃO. PRAZO EM DOBRO PARA ATUAR EM JUÍZO. DEFENSORIA PÚBLICA. LC N.º 80/94. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. NORMA DE EXCEÇÃO. ESTENDÍVEL À ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. (...) 3. As prerrogativas processuais, exatamente porque se constituem em regras de exceção, são interpretadas restritivamente. 4. "O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico - 'Exceptiones sunt strictissimoe interpretationis' ("**interpretam-se as exceções estritissimamente**", no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: "**A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica**" (...) As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tedescos, e outras. (...) (Carlos Maximiliano, in "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Forense, p. 184/193) 5. Aliás, a jurisprudência do E. STJ, encontra-se em sintonia com o entendimento de que as normas legais que instituem regras de exceção não admitem interpretação extensiva. (REsp 806027 / PE ; Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 09.05.2006; REsp 728753 / RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 20.03.2006; REsp 734450 / RJ, deste relator, DJ de 13.02.2006; REsp 644733 / SC ; Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ acórdão, este relator, DJ de 28.11.2005). (Recurso Especial nº 829.72-PR, Relator para o Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 27/11/2006) (Destacou-se)

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. OAB. INSCRIÇÃO. FUNCIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCOMPATIBILIDADE. LEI N. 8.906/94, ART. 28, IV. INOCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. **A regra do art. 28 e seus incisos, da Lei n. 8.906/94, que enumera os casos de incompatibilidade para o exercício da advocacia, por se tratar de norma restritiva de direitos, não comporta interpretação analógica e ampliativa, para abranger hipóteses não previstas expressamente.** 2. Inexistência de incompatibilidade para o exercício da advocacia, de ocupante do cargo de Oficial do Ministério Público do Estado, devendo ser observado, contudo, o impedimento de que cuida o art. 30, I, do Estatuto da OAB. 3. Segurança concedida. 4. Sentença confirmada. 5. Remessa oficial desprovida. (TRF da 1ª Região, REOMS nº 2001.38.00.023188-9, 6ª T. Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, DJ 18.12.2002) (Destacou-se)

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. OAB. INSCRIÇÃO. FUNCIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCOMPATIBILIDADE. LEI N. 8.906/94, ART. 28, IV. INOCORRÊNCIA, **INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA**. IMPOSSIBILIDADE.

1. A regra do art. 28 e seus incisos, da Lei n. 8.906/94, que enumera os casos de incompatibilidade para o exercício da advocacia, **por se tratar de norma restritiva de direitos, não comporta interpretação analógica e ampliativa, para abranger hipóteses não previstas expressamente.**

2. Inexistência de incompatibilidade para o exercício da advocacia, de ocupante do cargo de Oficial do Ministério Público do Estado, devendo ser observado, contudo, o impedimento de que cuida o art. 30, I, do Estatuto da OAB. (TRF - 1ª Região, 6ª Turma, REO 200138000231889/MG, Rel. Des. Fed. DANIEL PAES RIBEIRO, unânime, DJU de 18.12.2002) (Destacou-se)

Há ainda outro equívoco cometido pela Comissão de Licitação na inabilitação do Representante, consistente na adoção da premissa de que só é considerado investimento com capital próprio aquele cujo retorno se dê em longo prazo.

Em termos econômicos, investimento é capital que se aplica com o intuito de obter rendimentos a prazo, podendo ser no curto, médio ou longo prazo. O investimento em ações de empresas na bolsa de valores ilustra bem esse conceito. Ao comprar a ação de determinada empresa, o investidor pode obter lucro ou prejuízo, que pode vir com a venda da ação minutos após sua compra, em uma operação de day trade, ou em longo prazo, por exemplo, com a venda da ação 10 anos após sua compra.

Portanto, é evidente o equívoco das premissas usadas pelos agentes públicos em suas manifestações e que explica em boa parte o erro na interpretação da regra editalícia em comento.

**Sobre a Decisão Cautelar do TCE-MG, nos Processos 1119948 e 1120006, que entendeu que – mesmo não havendo previsão expressa no edital sobre a não aceitação de atestados de empreitada e sobre a exigência de retorno de longo prazo em investimentos feitos com capital próprio ou de terceiros no subitem 20.26 do Edital – não poderiam ser aceitos os atestados de empreitada contratados sob o regime da Lei 8.666/93 apresentados pelo Consórcio Terminais BH, por não comprovarem investimentos com recursos próprios, oportuno salientar que a decisão foi dada em sede cautelar, de forma não unânime, e já foi revogada, tendo sido assinado o Contrato de Concessão com a SPE constituída pelo Consórcio Terminais BH, como foi possível constatar em consulta à página eletrônica da Licitação do Terminal Rodoviário de Belo Horizonte<sup>8</sup>, uma vez que o processo no TCE-MG aparece como sigiloso<sup>9</sup>, como se vê a seguir:**

<sup>8</sup> Disponível em: [http://www.infraestrutura.mg.gov.br/images/documentos/licitacoes/2022/Concorrenca-001-2022-Tergip\\_Terminais/Extrato\\_Assinatura%20Contrato%20de%20Concess%C3%A3o%20TERGIP.pdf](http://www.infraestrutura.mg.gov.br/images/documentos/licitacoes/2022/Concorrenca-001-2022-Tergip_Terminais/Extrato_Assinatura%20Contrato%20de%20Concess%C3%A3o%20TERGIP.pdf). Acesso em: 6 out. 2022.

<sup>9</sup> Disponível em: [https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa\\_processo.asp](https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp). Acesso em: 6 out. 2022.



**SECRETARIA DE ESTADO DE  
INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE**

**EXTRATO**

**CONTRATO DE CONCESSÃO SUBMOB Nº 001/2022**

Espécie: Contrato de Concessão Comum; Processo nº 1300.01.0006749/2021-65; Concedente: ESTADO DE MINAS GERAIS, por intermédio da SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE – SEINFRA; Concessionária: TERMINAIS BH SPE S/A., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 46.858.011/0001-08; Objeto: concessão dos serviços públicos de recuperação, modernização, manutenção e operação do Terminal Rodoviário Governador Israel Pinheiro – TERGIP e dos TERMINAIS METROPOLITANOS e ESTAÇÕES de Transferência – MOVE da Região Metropolitana de Belo Horizonte – MG; Fundamento legal: Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993; Lei Estadual nº 23.304, de 30 de maio de 2019; Decreto Estadual nº 44.603, de 22 de agosto de 2017; Vigência: 30 (trinta) anos; Valor estimado do contrato: R\$ 407.394.680,42 (quatrocentos e sete milhões, trezentos e noventa e quatro mil, seiscentos e oitenta reais e quarenta e dois centavos). Signatários: pelo Poder Concedente, Fernando S. Marcato, Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, e, pela Concessionária, Alexandre Humberto Caramatti Manata, Diretor-presidente da Terminais BH SPE S/A.; Local e data de assinatura: Belo Horizonte (MG), em 19 de julho de 2022.

Fernando Scharlack Marcato  
Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade

5 cm -20 1664908 - 1

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TCE-MG

Relatório de Dados do Processo

As Denúncias e Representações tramitam em caráter sigiloso, nos termos da Resolução 12/2008 (RITCEMG), e as informações processuais correspondentes são exibidas somente após a citação das partes.

*Oportuno notar que no caso de Minas Gerais ocorreu o inverso do presente caso, pois lá a Comissão de Licitação aceitou a documentação de habilitação apresentada nos mesmos moldes da documentação apresentada pelo ora Representante na licitação da PPP de IP de Cachoeiro e outras licitantes ofereceram denúncias ao TCE-MG contra a habilitação da empresa que ofereceu a melhor proposta comercial.*

*Ainda sobre a decisão do TCE-MG, que deferiu a cautelar, com o devido respeito, entende-se que ela interpretou, equivocadamente, de forma extensiva, a Cláusula 20.26 do Edital, pois referida cláusula sequer estabeleceu exigência de comprovação de retorno em longo prazo para os investimentos realizados<sup>10</sup>, o que é reconhecido expressamente na decisão (evento 73, p. 8), como se vê a seguir:*

***Portanto, ainda que o edital não contemple vedação expressa à apresentação de atestados relacionados a contratos de empreitadas ou equivalentes para fins de comprovar capacidade de investimentos, estes não podem ser aceitos para tanto.***  
*(Destacou-se)*

*[...]*

***Contudo, ainda que não haja essa previsão expressa no edital, atestados relacionados a contratos de empreitada ou***

<sup>10</sup> CONCORRÊNCIA PÚBLICA 001/2022 – SEINFRA/MG

[...]

20.26. Também para fins de qualificação técnica na LICITAÇÃO, a LICITANTE individual ou membro de CONSÓRCIO deverá apresentar atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a realização prévia de investimentos de, no mínimo, R\$ 61.068.343,61 (sessenta e oito milhões, sessenta e oito mil, trezentos e quarenta e três reais e sessenta e um centavos), em empreendimento de infraestrutura em qualquer setor, **com recursos próprios ou de terceiros.** (Destacou-se)

Disponível em: [http://www.infraestrutura.mg.gov.br/images/documentos/licitacoes/2022/Concorrenca-001-2022-Tergip\\_Terminais/Edital-de-Concorrenca-nr-001-2022-REPUBLICADO.pdf](http://www.infraestrutura.mg.gov.br/images/documentos/licitacoes/2022/Concorrenca-001-2022-Tergip_Terminais/Edital-de-Concorrenca-nr-001-2022-REPUBLICADO.pdf). Acesso em: 6 out. 2022.

**equivalentes não podem ser aceitos para fins de demonstrar a capacidade de investimentos dos licitantes, porquanto não refletem quaisquer investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros.** (Destacou-se)

Além disso, é equivocado também o entendimento dos agentes públicos em suas manifestações no sentido de que a realização de investimentos para realização de obras em regime de empreitada não seja investimento com capital próprio, uma vez que se o contratado recebeu depois de realizar determinada etapa, com base em cronograma físico-financeiro, é forçoso concluir que, se não contraiu empréstimo com terceiros, usou recursos próprios, pois não recebeu adiantadamente para realizar a etapa da obra.

Assim, não é lógica a conclusão do excerto acima colacionado, no sentido de que investimentos feitos sob o regime de empreitada não refletem investimentos custeados com recursos próprios ou de terceiros, pois só há duas hipóteses possíveis: ou o recurso é próprio ou é de terceiro, podendo o terceiro ser inclusive o contratante, caso tivesse pago antecipadamente.

Dessa forma, se o atestado e o contrato demonstram que o Representante construiu um hospital para um ente público, recebendo os pagamentos depois de usar seus próprios recursos, há que se concluir que ela realizou um investimento com recursos próprios, como exige o subitem 12.3.4.1 do Edital.

Por certo, seu retorno foi em curto ou médio prazo, mas isso não é relevante para o julgamento do requisito de qualificação exigido no subitem 12.3.4.1 porque o edital não exigiu retorno em longo prazo para investimentos realizados com capital próprio, mas tão só para investimentos realizados com capital de terceiros, não podendo a Comissão de Licitação interpretar extensivamente a regra editalícia, ao argumento de que trará maior segurança para o contrato a comprovação de investimentos com recursos próprios e retorno em longo prazo, se isto não está previsto no edital.

Importante, também, deixar claro que na realização de uma obra pública por contratação regida pela Lei 8.666/93 o contratado **investe** recursos próprios ou de terceiros na execução da obra, obviamente, buscando obter lucro. Ou seja, não faz a construção por motivos altruísticos.

Portanto, entende-se que a interpretação dada pela Comissão de Licitação, sim, desrespeitou o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e as regras de hermenêutica jurídica.

Diante do exposto, sugere-se a **manutenção da cautelar deferida, a citação dos responsáveis**, a notificação do ente fiscalizado e do terceiro interessado e ao final, em sede conclusiva, caso mantido o achado, a **procedência da representação e a expedição de determinação à Comissão de Licitação da Concorrência Pública 1/2022 do Município de Cachoeiro de Itapemirim, destinada à contratação da Parceria Público-Privada do serviço de Iluminação Pública no Município e ao Sr. Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente**, nos termos do art. 1º, XVI e XVII, da LCE 621/2012 (LOTCEES) c/c os arts. 208, caput e § 1º, e 329, § 7º, a fim de que, no âmbito de suas competências, **comproven nos presentes autos, em prazo a ser estabelecido pela Corte, (a) a anulação da decisão administrativa proferida na Concorrência Pública 1/2022 que inabilitou o Consórcio Luz de Itapemirim, ora Representante, bem como da decisão administrativa que homologou e adjudicou o objeto licitado à licitante Quantum Engenharia Ltda., sob pena de sustação da execução dessas decisões, comunicação à Câmara Municipal e aplicação da multa prevista no inciso IV do artigo 135 da LOTCEES, e (b) a reanálise dos documentos de qualificação técnica apresentados pelo Representante para comprovação do requisito exigido no subitem 12.3.4.1, admitindo, para fins de comprovação de investimentos com**

recursos próprios, atestados de realização de investimentos sob regime de empreitada, pela Lei 8.666/93, sem exigência de retorno em longo prazo.

Quanto ao prazo de validade da CND Federal, é preciso salientar, inicialmente, que os subitens 8.15 e 8.15.1 do edital tratam distintamente de DOCUMENTOS e CERTIDÕES, sendo que o subitem 8.15.1 considera ausente apenas o DOCUMENTO apresentado fora do prazo de validade, pois documentos vencidos não se tornarão válidos no momento em que deveriam ter sido apresentados de forma válida (ato constitutivo), não sendo possível sanear o problema através de simples diligência, mas somente com a emissão de novos documentos pelo órgão licitante após as regularizações cabíveis por parte do licitante.

De maneira diversa ocorre em relação às certidões, pois se uma certidão estiver vencida, uma simples diligência da Comissão de Licitação poderá atestar que na data estabelecida no edital, o licitante estava habilitado para participar do edital (ato declaratório), ou seja, possuía a condição de não devedor (certidão negativa) ou de devedor, mas com efeito de não devedor (certidão positiva com efeito de negativa).

Isso, então, justifica o tratamento diferenciado dado nos subitens 8.15 e 8.15.1 do edital a respeito de DOCUMENTOS e CERTIDÕES, como se vê a seguir:

**8.15. Todos os documentos e certidões** que forem apresentados nesta LICITAÇÃO deverão ser apresentados dentro de seus respectivos prazos de validade. (Destacou-se)

**8.15.1. Qualquer documento apresentado fora do prazo de validade será considerado não entregue**, arcando a PROPONENTE com as consequências da ausência da documentação. (Destacou-se)

Nesse ponto, oportuno dizer que o subitem 15.2 do edital da PPP de IP de Cachoeiro estabelece que a Comissão de Licitação poderá, sendo este um poder/dever, promover diligência para esclarecer ou complementar a instrução da concorrência e sanar irregularidades, de ofício, quando possível, como se vê a seguir:

15.2. Além das prerrogativas que decorrem implicitamente da sua função legal, a

COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO poderá:

[...]

(ii) **Promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução da CONCORRÊNCIA**, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente nos documentos apresentados pela PROPONENTE; (Destacou-se)

[...]

(v) **Sanar irregularidades de ofício**, quando possível; (Destacou-se)

Além disso, há previsão expressa no edital no sentido de que – somente após esgotadas as possibilidades de saneamento, esclarecimento ou diligência sobre o cumprimento das exigências de habilitação pela proponente originalmente classificada em primeiro lugar na proposta comercial – será promovida a abertura do envelope de habilitação da segunda colocada, como se vê a seguir:

16.8. Se a PROPONENTE, originalmente classificada em primeiro lugar na PROPOSTA COMERCIAL, não atender às exigências de habilitação, a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, uma vez esgotadas as possibilidades de saneamento, esclarecimento ou

*diligência, promoverá a abertura do ENVELOPE 3 – DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO da segunda colocada e, assim, sucessivamente, até que uma PROPONENTE atenda às exigências de habilitação, sendo, então, declarada vencedora da CONCORRÊNCIA.*

*Dessa forma, se a Comissão de Licitação entendia que a CNP de uma das integrantes do Consórcio Representante estava com prazo de validade vencido, mas atestava a condição de não devedora ou devedora com efeito de não devedora, deveria ter diligenciado e sanado a dúvida, verificando se na data exigida no edital (data da entrega dos envelopes) a empresa estava em situação de habilitação, mesmo estando vencido o prazo da CNP apresentada, ou ter oportunizado ao consórcio licitante fazer tal comprovação, pois se tratava da verificação de condição preexistente à abertura da sessão pública.*

*O Representante, por sua vez, trouxe no corpo da Representação, evento 3, p. 19, demonstração de que na data de entrega dos envelopes (19/4/2022) estava em situação regular na RFB, conforme print de certidão positiva com efeito de negativa emitida em 19/4/2022 e relação de certidões emitidas por data de emissão.*

*Realizando consulta ao site da RFB<sup>11</sup> pode-se facilmente constatar que a informação apresentada pelo representante na peça de representação é fidedigna, conforme se vê a seguir:*

## Relação das certidões emitidas por data de validade

CNPJ: 08.184.542/0001-73 - TRADETEK COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE LUMINARIAS LIMITADA  
Período: 02/03/2022 a 06/10/2022

Código de controle	Tipo	Data-Hora emissão	Data de validade	Situação	Segunda via
9168.44CE.5134.5CDD	Positiva com efeitos de negativa	20/04/2022 14:05:20	17/10/2022	Válida	
701A.81F8.21F4.D510	Positiva com efeitos de negativa	20/04/2022 10:52:35	17/10/2022	Válida	
C287.A336.1086.D15A	Positiva com efeitos de negativa	19/04/2022 16:09:18	16/10/2022	Válida	
B367.F916.E953.2369	Positiva com efeitos de negativa	06/10/2021 16:40:14	04/04/2022	Expirada Prorrogada até 14/09/2022	

Expirada Prorrogada: A data de validade da certidão expirou. O prazo de validade desta certidão foi prorrogado pela Portaria Conjunta nº 555/2020 (DOU 24/03/2020) e/ou Portaria Conjunta nº 1.179/2020 (DOU 14/07/2020) ou art. 21 da Lei nº 14.149/2021 (DOU 18/03/2022 - prorrogação partes vetadas).  
Válida: O prazo de validade da certidão ainda não venceu. A certidão pode ser utilizada em qualquer ato em que for necessária.

Nova consulta

*A jurisprudência do TCU aponta no sentido de que é dever do pregoeiro/comissão de licitação, e não fere os princípios da isonomia e da igualdade entre os licitantes, dar ao licitante a oportunidade de sanear possíveis irregularidades em seus documentos de habilitação, **atestando situação preexistente**, o que se coaduna com o princípio licitatório da obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública e com o interesse público, conforme se vê a seguir:*

**É lícita a admissão da juntada de documentos, durante as fases de classificação ou de habilitação, que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, sem que isso represente afronta aos princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes. (Destacou-se)**

Acórdão 966/2022-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

**É indevida a inabilitação de licitante em razão da apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da abertura do certame, uma vez que tal documento tem natureza declaratória - e não constitutiva - de uma condição preexistente. (Destacou-se)**

Acórdão 2627/2013-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO

<sup>11</sup> Disponível em: <https://solucoes.receita.fazenda.gov.br/Servicos/certidainternet/PJ/Consultar/RelacaoCertidao>. Acesso em: 6 out. 2022.

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), não alcança documento destinado a atestar **condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública**, apresentado em sede de diligência. (Destacou-se)

Acórdão 2443/2021-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante **sobre fato preexistente** ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha, em respeito aos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999. (Destacou-se)

Acórdão 988/2022-Plenário | Relator: ANTONIO ANASTASIA

Na hipótese de a certificação de qualidade ou o laudo exigido para o fornecimento do produto estar em desconformidade com a amostra apresentada pelo licitante, **cabe ao pregoeiro diligenciar para que seja apresentado o documento correto, em vez de proceder à desclassificação da proposta, sobretudo quando há considerável diferença de preços entre esta e a dos licitantes subsequentes.** Nesse caso, **não há alteração na substância da proposta, pois o novo laudo apenas atesta condição preexistente do produto ofertado, que já se encontrava intrínseca na amostra.** (Destacou-se)

Acórdão 1445/2022-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Sumário: Representação. Pregão. Inclusão de certidão extraída pela internet durante a sessão pública. Possibilidade. Conhecimento. Negar Provimento. Arquivamento dos autos. (Destacou-se)

Acórdão 1758/2003 – Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Dessa forma, sugere-se a **manutenção da cautelar, a citação dos responsáveis, a notificação do ente fiscalizado e do terceiro interessado** e ao final, em sede conclusiva, a **procedência da representação e a expedição de determinação à Comissão de Licitação da Concorrência Pública 1/2022 do Município de Cachoeiro de Itapemirim, destinada à contratação da Parceria Público-Privada do serviço de Iluminação Pública no Município e ao Sr. Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente, nos termos do art. 1º, XVI e XVII, da LCE 621/2012 (LOTCEES) c/c os arts. 208, caput e § 1º, e 329, § 7º, a fim de que, no âmbito de suas competências, comproven nos presentes autos, em prazo a ser estabelecido pela Corte, (a) a anulação da decisão administrativa proferida na Concorrência Pública 1/2022 que inabilitou o Consórcio Luz de Itapemirim, ora Representante, bem como da decisão administrativa que homologou a licitação e adjudicou o objeto licitado à licitante Quantum Engenharia Ltda., sob pena de sustação da execução dessas decisões, comunicação à Câmara Municipal e aplicação da multa prevista no inciso IV do artigo 135 da LOTCEES, e (b) que diligenciaram a fim de sanar a irregularidade relativa ao prazo de vigência da CND apresentada pela consorciada Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias Ltda., CNPJ 08.184.542/0001-73 ou permitiram ao Consórcio Representante comprovar que na data de entrega dos envelopes (19/4/2022) a consorciada Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias Ltda., CNPJ 08.184.542/0001-73, estava em situação regular em relação à Certidão conjunta exigida no subitem inciso (iv) do subitem 12.3.3 do Edital.**

#### - JUSTIFICATIVAS

Os citados apresentaram em peças distintas - ERICK MOREIRA DE AGUIAR, evento 191, com documentação suporte nos eventos 192-193; RENATA LOPES DOS SANTOS ZAGOTTO, evento 194, com documentação suporte nos eventos 195-196; LAÍS CRISTINA GASPAR CORRÊA, evento 197, com documentação suporte nos eventos 198-199; MICHELLE OLIVEIRA MASSENA, evento 200, com documentação suporte nos eventos 201-202; LUIZ FELIPE IMENES DE

MENDONÇA, evento 203, com documentação suporte nos eventos 204-205; e ALEXANDRO DA VITÓRIA, evento 206, com documentação suporte nos eventos 207-208 – justificativas com idêntico conteúdo e com a mesma documentação suporte, aduzindo os mesmos argumentos utilizados nos eventos 73 e 113 e já analisados na ITI 194/2022.

A única inovação argumentativa trazida pelos citados em relação aos eventos 73 e 113 foi quanto à CND da empresa Tradetek, tendo acrescentado o seguinte: **I)** destaca-se, ainda, que restou comprovado que a situação da representante perante a União era devedora na data de entrega dos envelopes e a própria requerente tinha conhecimento, usando do subterfúgio de inserir certidão com prazo de validade vencido, para tentar substituí-la em momento posterior; **II)** nesse sentido, a Comissão de Licitação diligenciou quanto à Certidão e constatou que na data de apresentação dos envelopes o representante NÃO ESTAVA ADIMPLENTE, estando CORRETA A DECISÃO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO.

### **- MANIFESTAÇÕES**

A Controladoria-Geral de Cachoeiro de Itapemirim apresentou sua manifestação no evento 190, aduzindo em síntese que: **I)** o achado 5.1, referente a Inabilitação indevida do licitante, não deve ser objeto de discussão relacionada à Controladoria-Geral, tendo em vista a independência da comissão de licitação concernente à análise de habilitação no procedimento licitatório representado, nos termos do Decreto Municipal 31.385/2022; **II)** considerando o Decreto Municipal 31.385/2022, é evidente que eventual manifestação de inabilitação indevida no procedimento de licitação não deve ser atribuída à Controladoria-Geral, uma vez que segundo o artigo 5º, inciso III e IV, é atribuição da Comissão Especial o recebimento, análise e julgamento dos documentos referentes à habilitação e à proposta, estando as atribuições da Comissão Especial de Licitação pautadas na 1ª linha de defesa, que, segundo Marcos Assi, “é responsável pela operacionalização diária e execução da tática, em que predomina a gestão operacional sobre as capacidades técnicas e se dá maior importância a processos, ferramentas, e know-how especializados”, conceito que é confirmado pelo art. 169 da nova Lei de Licitações; **III)** os trabalhos realizados pela Unidade Central de Controle Interno de Cachoeiro de Itapemirim são pautados com previsibilidade e expostos no Plano Anual de Auditoria Interna, que para o ano de 2022 foi aprovado por meio do Decreto 31.653/2022, dispondo o aludido Decreto previamente as atividades e processos que seriam devidamente analisados e discutidos pelo Órgão Central de Controle Interno no decorrer do ano de 2022, sendo que as atividades frente ao processo licitatório em questão não foram previstas para análise e fiscalização da Controladoria-Geral para este exercício (2022); **IV)** o artigo 169 da nova Lei de Licitações, trouxe também, de forma expressa, o momento de atuação do órgão central de controle interno da Administração, ao prever que tal órgão deve atuar na terceira linha de defesa (auditoria interna); **V)** é importante ressaltar que a Controladoria-Geral do Município não realizou análise prévia dos autos, objeto da referida fiscalização, por força do art. 3º do Decreto Municipal 30.218/202; **VI)** caso a CGM realizasse análise prévia de todos os processos administrativos, tal processo não poderia mais ser objeto de futura auditoria interna, frente à observação do princípio da segregação de funções e à necessidade de individualização das condutas; **VII)** a Controladoria-Geral do Município, na pessoa da sua Controladora-Geral, é parte ilegítima para figurar neste processo, uma vez que não pode responder por atos de terceiros.

A Prefeitura de Cachoeiro de Itapemirim apresentou sua manifestação no evento 209, com documentação suporte nos eventos 210-211, com idêntico conteúdo e com a mesma documentação suporte apresentados pelos citados.

A licitante QUANTUM ENGENHARIA LTDA. apresentou sua manifestação no evento 212, aduzindo em síntese o seguinte: **I)** a representação cinge-se à admissibilidade, ou não, do contrato de construção do Hospital apresentado pela representante como forma idônea de cumprir o requisito de habilitação técnica (cláusula 12.3.4.1) do Edital 01/2022; **II)** não é o texto do edital que está sob

*análise, mas apenas a validade das informações já apresentadas pela representante, posto que esta anuiu com todos os termos do edital e deixou transcorrer sem percalços o prazo de questionamentos, estando em debate a possibilidade de acatar tal contrato como demonstrativo de investimento, nos moldes da exigência editalícia; III) da leitura atenta dos autos, nota-se que há a necessidade de realizar uma conceituação fundamental, caracterizando-se o que são investimentos; IV) de acordo com o que dispõe a Lei 6.404/76, em seu art. 179, inc. III, tem-se que são “as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinem à manutenção da atividade da companhia ou da empresa”, podendo-se dizer que são o montante do capital apartado do fluxo normal e aplicado com o objetivo de obter rendimentos a prazo; V) nas concessões os investimentos são custeados pelo concessionário e o poder concedente deve assegurar-se de que este possui capacidade econômico-financeira para suportar o risco intrínseco do contrato, sob pena de comprometer o interesse público; VI) no caso concreto, com intuito de atender ao dispositivo editalício, a representante acostou o contrato firmado com a Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística do Paraná (Doc. 055 – Peça Complementar 38991/2022-1), originado de um processo licitatório de concorrência por empreitada global, com pagamento assegurado exclusivamente pela Administração; VII) pela natureza do ajuste, não se pode dizer que houve investimento da representante, seja de capital próprio ou de terceiro, efetivamente se extraindo apenas a prestação de serviço cuja contrapartida é da ordem de 47 milhões de reais e paga proporcionalmente à execução; VIII) com máxima vênia, o posicionamento veiculado na Instrução Técnica Inicial 00194/2022-6 (Doc. 160) não merece prosperar, pois a conclusão alcançada no parecer é verdadeiramente oposta ao espírito do edital e ao que a Administração visa resguardar; IX) primeiramente, dada a natureza e o objeto do contrato, o capital aplicado pela representante pode ser enquadrado como ativo circulante, uma vez que a Administração restituiu o valor dispendido em período imediatamente subsequente, como forma de contraprestação ao serviço prestado e de reembolso do material adquirido, circulando o valor dispendido pela contratada e o valor pago pela Administração nas finanças correntes da representante, o que foge à conceituação de capital de investimento; X) é necessário destacar que a referência a recursos de terceiros é atinente a financiamentos, ou seja, capital adquirido mediante crédito, critério que averigua a capacidade econômica da empresa de arcar com o comprometimento saudável a longo prazo, sendo submetida ao escrutínio de instituições financeiras de elevado rigor, tanto que há previsão de demonstração de financiamento não inferior a 5 anos, que em nada se confunde com o recebimento de contraprestação da Administração; XI) é imperioso que seja demonstrada para a Administração Municipal a capacidade de investimento a longo prazo, pois, contrariamente ao que indica a Instrução, é de elevada relevância o fato de que o contrato apresentado pela representante é de curto prazo, uma vez que o ajuste firmado com o Estado do Paraná prevê a execução da obra em aproximadamente 2 anos e 6 meses, enquanto que a concessão em comento possui previsão de duração de 13 anos, prazo este aproximadamente 6 vezes maior do que aquele, sendo essas distinções são essenciais para a demonstração do não cumprimento da cláusula editalícia; XII) a discrepância dos valores das propostas não pode ser encarada como potencial dano ao erário, devendo-se atentar às garantias de que a concessionária terá plena capacidade de execução do ajuste; XIII) nesse norte, dado o princípio da vinculação ao edital, a Comissão Especial de Licitação agiu em perfeita consonância com os termos legais da licitação em exame, uma vez que a representante deixou de apresentar importante documento de habilitação, sendo a única conclusão possível a sua inabilitação.*

#### **- ANÁLISE**

Os argumentos utilizados pelos Citados, pelo Município de Cachoeiro de Itapemirim, através do Sr. Prefeito, e pela terceira interessada Quantum Engenharia Ltda. São os mesmos já analisados na ITI 194/2022.

*Não obstante, em vez de reportar o leitor àquela peça processual, colacionar-se-á a seguir todo o conteúdo da análise técnica feita na ITI 194/2022, com acréscimo de alguns argumentos pertinentes às questões tratadas no presente processo.*

*Cabe destacar inicialmente que o fato de eventual acolhimento da representação poder beneficiar os interesses privados do Representante não é impeditivo ao seu conhecimento se o interesse público também puder ser violado em razão das alegadas irregularidades.*

*Assim, o que vedam os artigos 101 da LCE 621/12 c/c art. 184 do RITCEES é a defesa de interesses **exclusivamente** privados perante o TCEES, tal como, por exemplo, a representação intentada por contratados para cobrar a falta de pagamento por parte da Administração Pública, uma vez que tal pretensão deve ser proposta perante o poder judiciário ou ser resolvida através de mecanismos privados de solução de conflitos caso tal possibilidade esteja prevista contratualmente e seja permitida por lei.*

*Nesse ponto, oportuno salientar que compete aos Tribunais de Contas atuar, por exemplo, para anular a desclassificação ilícita de um licitante que tenha ofertado a melhor proposta em uma licitação e cumprido todos os requisitos de habilitação/qualificação, pois, apesar de poder beneficiar interesse privado, tal ação da Corte também resguardará interesses públicos como os da obtenção da proposta mais vantajosa, da vinculação ao instrumento convocatório e do respeito aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.*

*Importante, ainda, destacar que direito subjetivo significa direito do sujeito (o direito da pessoa fazer valer um direito objetivo que regulamente determinado fato vivenciado por ela), enquanto que direito objetivo é o conjunto de normas que regulamenta os fatos sociais<sup>12</sup>, sendo certo que qualquer cidadão tem direito subjetivo, por exemplo, de denunciar às Cortes de Contas irregularidades ou ilegalidades de que tenha conhecimento, conforme assegura o § 2º do artigo 74 da CRFB.*

*Nesse sentido, verifica-se que a irregularidade apontada na representação é capaz de, em tese, violar o interesse público, pois o Representante alegou ter sido indevidamente inabilitado, além de ter apresentado a melhor proposta comercial, com contraprestação pública 15 milhões de reais menor que a ofertada na segunda melhor proposta.*

*Esclarecido isto, passa-se à análise do requisito de qualificação técnica exigido no subitem 12.3.4.1 do Edital.*

*O subitem 12.3.4.1 do Edital dispõe o seguinte:*

*12.3.4.1. Comprovação de que a PROPONENTE tenha participado de qualquer **empreendimento** pertencente ou não ao setor de iluminação pública, **em que tenha realizado investimentos de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) ou mais, na data base da entrega da proposta, com recursos próprios ou de terceiros**, sendo que **esta última hipótese deve compreender retorno de longo prazo**, observadas as seguintes condições: (Destacou-se)*

*[...]*

*(iii) Para comprovação de que o retorno sobre o capital investido é de longo prazo, a PROPONENTE deve demonstrar, por meio de apresentação de **instrumento contratual pertinente, aplicável, exclusivamente, para fins de comprovação da dívida**, que o prazo do financiamento deve ser superior a 5 (cinco) anos. (Destacou-se)*

---

<sup>12</sup> Sobre o tema, recomenda-se ler DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Direito objetivo e direito subjetivo: conceituação**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/30/direito-objetivo-e-direito-subjetivo/>. Acesso em: 6 out. 2022.



12.3.4.1.1. Poderão ser aceitos, **para fins de comprovação do atendimento da exigência** contida no Subitem 12.3.4.1. **acima**, dentre outros documentos hábeis, **declaração e/ou atestados fornecidos pelas instituições financeiras que tenham concedido os financiamentos**, desde que mencionado em referido documento o respectivo empreendimento e os valores obtidos. (Destacou-se)

12.3.4.1.2. Serão aceitos como documentos de comprovação para fins de atendimento deste item:

(i) **Declarações e/ou atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado contratantes da execução do empreendimento;** (Destacou-se)

(ii) **Declarações e/ou atestados fornecidos pelas instituições financeiras que tenham concedido eventuais financiamentos**, desde que mencionado o respectivo empreendimento e os valores obtidos; (Destacou-se)

(iii) Apresentação de escritura de emissão pública ou privada de debêntures;

(vi) Declaração da PROPONENTE ou de entidade CONTROLADA, CONTROLADORA ou sob CONTROLE comum que indique os valores investidos com recursos próprios ou de terceiros, acompanhada de **cópia de contrato de concessão, de financiamento firmado com instituição financeira**, ou demais comprovantes que possuir. (Destacou-se)

[...]

12.3.5. Além dos DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO referidos acima, a PROPONENTE deverá apresentar, ainda, declaração unificada, devidamente acompanhados da comprovação dos poderes de seus signatários:

[...]

(v) **Declaração de capacidade financeira constante do ANEXO 4, do EDITAL. A PROPONENTE deverá declarar que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e obtenção de recursos de terceiros necessários à consecução do objeto da CONCESSÃO, inclusive a obrigação de integralização no capital social da SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, nos termos do Subitem 19.3, alínea (ii), do EDITAL.** (Destacou-se)

A leitura das cláusulas editalícias acima transcritas permite com clareza verificar que **a comprovação de retorno no longo prazo foi exigida apenas em relação a capital de terceiros e, em momento algum, sobre o capital próprio.**

Assim, o licitante que apresentasse atestados de realização de empreendimento com investimento realizado através de capital próprio, não precisava comprovar que o retorno do capital investido se daria no longo prazo. Isto é o que diz o subitem 12.3.4.1 do edital, com especial destaque (“esta última hipótese”) para que apenas no investimento feito com capital de terceiros fosse comprovado o retorno de longo prazo.

A distinção de requisitos fica muito nítida quando se compara a redação deste requisito de qualificação técnica nos editais da PPP DO HOSPITAL METROPOLITANO DE BELO HORIZONTE, da PPP DO MINEIRÃO, da PPP DA ATENÇÃO PRIMÁRIA, da CONCESSÃO DA CEDAE e da CONCESSÃO DE SANEAMENTO DO AMAPÁ, colacionados nas manifestações dos agentes públicos, como se vê a seguir:

PPP DO HOSPITAL METROPOLITANO DE BELO HORIZONTE  
(CONCORRÊNCIA 08/2010)

13.5.2. Atestado(s) que comprove(m) a execução de empreendimento(s) em que o CONCORRENTE tenha se responsabilizado pela realização de investimentos de R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de Reais) ou mais, **com recursos próprios ou**

**de terceiros e retorno de longo prazo**, superior a 5 (cinco) anos, observadas as seguintes condições: (Destacou-se)

PPP DO MINEIRÃO (CONCORRÊNCIA 02/2010)

17.5.2. O LICITANTE, ou, no mínimo, 1 (uma) das empresas integrantes do CONSÓRCIO, também deverá apresentar, para comprovação de qualificação técnica, além do disposto no item 17.5.1, atestado(s) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove ter participado de empreendimento que **tenha captado R\$ 400.000.000,00** (quatrocentos milhões de reais) para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, **por meio de financiamentos de longo prazo** (assim compreendidos os financiamentos com prazo de vencimento superior a cinco anos), estruturados **nas modalidades de financiamento de projetos** (project finance) ou **financiamento corporativo** (corporate finance). (Destacou-se)

PPP DA ATENÇÃO PRIMÁRIA (EDUCAÇÃO)

12.6.2 Atestado(s) que comprove(m) a execução de empreendimento(s) em que o Licitante tenha se responsabilizado pela realização de investimentos de R\$200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) ou mais, **com recursos próprios ou de terceiros e retorno de longo prazo**, superior a 5 (cinco) anos, observadas as seguintes condições: (Destacou-se)

CONCESSÃO DA CEDAE

22.11.1. Atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado ou contrato de financiamento devidamente celebrado que comprove que a LICITANTE ou sua AFILIADA **tenha captado recursos** para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor (exemplo: comunicações, energia, transportes, saneamento, portos, produção, distribuição ou refino de combustíveis, etc.): (Destacou-se)

CONCESSÃO DE SANEAMENTO DO AMAPÁ

22.11.1. Atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado que comprove que a LICITANTE ou sua AFILIADA **captou R\$ 470.000.000,00** (quatrocentos e setenta milhões de reais), para a viabilização de empreendimento(s) de infraestrutura em qualquer setor. (Destacou-se)

Observa-se acima que **(a)** alguns editais exigiram, expressamente, retorno de longo prazo tanto em relação aos recursos próprios quanto em relação aos recursos de terceiros, **(b)** outros editais exigiram a comprovação apenas através de captação (recursos de terceiros).

Portanto, em respeito aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a verificação do cumprimento dos requisitos de habilitação/qualificação pela Comissão de Licitação deve observar o que dispõe o Edital e não o que se considera boa prática ou não em PPP e Concessões, pois não está em discussão no processo se é lícita ou não ou mais recomendável ou não a comprovação de qualificação técnica de realização de investimento apenas com retorno no longo prazo, mas sim o que o edital exigiu.

Com base nessa premissa, **a redação do subitem 12.3.4.1 do Edital da PPP de IP Cachoeiro de Itapemirim é clara ao exigir o retorno de longo prazo apenas em relação aos investimentos realizados com capital de terceiros.**

Somado a isto, deve-se ter em mente que a hermenêutica jurídica veda a interpretação extensiva, ampliativa ou analógica de regras que contenham exceção a preceito geral e/ou que restrinjam direitos, como é caso do subitem 12.3.4.1 do Edital da PPP de IP Cachoeiro de Itapemirim, que limita/restringe a participação de licitantes no certame ao preenchimento de requisito de qualificação técnica, pois o princípio geral é participação de todos os interessados, sendo a exceção a restrição lícita à participação de determinados interessados que não preencham os requisitos de qualificação exigidos.

Colacionam-se, a seguir, alguns ensinamentos jurisprudenciais a respeito da vedação de interpretação extensiva, ampliativa ou analógica de regras de exceção e/ou que restringem direitos:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. REGRA DE EXCEÇÃO. PRAZO EM DOBRO PARA ATUAR EM JUÍZO. DEFENSORIA PÚBLICA. LC N.º 80/94. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. NORMA DE EXCEÇÃO. ESTENDÍVEL À ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. (...) 3. As prerrogativas processuais, exatamente porque se constituem em regras de exceção, são interpretadas restritivamente. 4. "O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico - 'Exceptiones sunt strictissimoe interpretationis' ("**interpretam-se as exceções estritissimamente**", no art. 6º da antiga Introdução, assim concebido: "**A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica**" (...) As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente. Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do princípio geral as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a Werturteil dos tedesos, e outras. (...)") (Carlos Maximiliano, in "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Forense, p. 184/193) 5. Aliás, a jurisprudência do E. STJ, encontra-se em sintonia com o entendimento de que as normas legais que instituem regras de exceção não admitem interpretação extensiva. (**REsp 806027 / PE** ; Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 09.05.2006; **REsp 728753 / RJ**, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 20.03.2006; **REsp 734450 / RJ**, deste relator, DJ de 13.02.2006; **REsp 644733 / SC** ; Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ acórdão, este relator, DJ de 28.11.2005). (Recurso Especial nº 829.72-PR, Relator para o Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 27/11/2006) (Destacou-se)

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. OAB. INSCRIÇÃO. FUNCIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCOMPATIBILIDADE. LEI N. 8.906/94, ART. 28, IV. INOCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. **A regra do art. 28 e seus incisos, da Lei n. 8.906/94, que enumera os casos de incompatibilidade para o exercício da advocacia, por se tratar de norma restritiva de direitos, não comporta interpretação analógica e ampliativa, para abranger hipóteses não previstas expressamente.** 2. Inexistência de incompatibilidade para o exercício da advocacia, de ocupante do cargo de Oficial do Ministério Público do Estado, devendo ser observado, contudo, o impedimento de que cuida o art. 30, I, do Estatuto da OAB. 3. Segurança concedida. 4. Sentença confirmada. 5. Remessa oficial desprovida. (TRF da 1ª Região, REOMS nº 2001.38.00.023188-9, 6ª T. Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, DJ 18.12.2002) (Destacou-se)

ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO PROFISSIONAL. OAB. INSCRIÇÃO. FUNCIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCOMPATIBILIDADE. LEI N. 8.906/94, ART. 28, IV. INOCORRÊNCIA, **INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA**. IMPOSSIBILIDADE.

1. A regra do art. 28 e seus incisos, da Lei n. 8.906/94, que enumera os casos de incompatibilidade para o exercício da advocacia, **por se tratar de norma restritiva de direitos, não comporta interpretação analógica e ampliativa, para abranger hipóteses não previstas expressamente.**

2. Inexistência de incompatibilidade para o exercício da advocacia, de ocupante do cargo de Oficial do Ministério Público do Estado, devendo ser observado, contudo, o impedimento de que cuida o art. 30, I, do Estatuto da OAB. (TRF - 1ª Região, 6ª Turma, REO 200138000231889/MG, Rel. Des. Fed. DANIEL PAES RIBEIRO, unânime, DJU de 18.12.2002) (Destacou-se)

*Há ainda outro equívoco cometido pela Comissão de Licitação na inabilitação do Representante, consistente na adoção da premissa de que só é considerado investimento com capital próprio aquele cujo retorno se dê em longo prazo.*

*Em termos econômicos, investimento é capital que se aplica com o intuito de obter rendimentos a prazo, podendo ser no curto, médio ou longo prazo. O investimento em ações de empresas na bolsa de valores ilustra bem esse conceito. Ao comprar a ação de determinada empresa, o investidor pode obter lucro ou prejuízo, que pode vir com a venda da ação minutos após sua compra, em uma operação de day trade, ou em longo prazo, por exemplo, com a venda da ação 10 anos após sua compra.*

*Sem razão alguma, também, a terceira interessada, Quantum Engenharia Ltda., quando tenta fazer crer que o vocábulo investimento contido no edital deve ser compreendido sob a ótica contábil, conforme regras de escrituração contábil, contidas na Seção III (arts. 178 a 184-A) do Capítulo XV da Lei das S.A., que trata especificamente da escrituração contábil do balanço patrimonial das companhias, pois, como dito, o conceito do vocábulo investimento trazido no edital é o econômico e não o contábil, pois o edital não menciona, em momento algum, que a comprovação do investimento tenha que ser feita através dos registros contábeis das licitantes ou que os valores investidos devam estar na conta investimento da escrituração contábil.*

*O edital exige atestados e não escrituração contábil para comprovar o requisito de qualificação técnica em comento, o que demonstra, sem qualquer dúvida, que o investimento exigido no edital de licitação é aquele definido economicamente, lato sensu, ou seja, recurso empregado com objetivo de obter lucro.*

*Além disso, não se deve esquecer que a Seção III (arts. 178 a 184-A) do Capítulo XV da Lei das S.A, como deixa claro o próprio nome da Lei, não se aplica a qualquer empresa, como por exemplo as sociedades limitadas, mas só às sociedades anônimas.*

*Oportuno, também, trazer à colação os conceitos doutrinários de investimento sob a ótica econômica:*

#### **14. MACROECONOMIA: O PRODUTO E A RENDA NACIONAL**

##### **14.2.4. O investimento**

*A maior procura, seja por parte das famílias, seja, agora, por parte do governo, poderá estimular as empresas a melhorar ou expandir a sua capacidade produtiva e para tanto elas irão investir. Mas isto pouco alterará o quadro supradescrito, pois **investir ou fazer um investimento nada mais vem a ser do que reenumerar fatores de produção aplicados não em atender ou gerar consumo, mas sim máquinas, instalações, equipamentos, em suma, outros fatores de produção.***<sup>13</sup> (Destacou-se)

<sup>13</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/94216336/v11/page/RB-15.5>. Acesso em: 8 nov. 2022.

Nessa linha, podemos definir investimento de duas formas:

- investimento é o gasto em bens que representam aumento da capacidade produtiva da economia, isto é, da capacidade de gerar rendas futuras; é também chamado de **Taxa de Acumulação de Capital**;
- investimento é o gasto em bens produzidos, que não foram consumidos no próprio período e que serão utilizados para consumo futuro, ou seja:

$$I = PN - C$$

Quais bens são produzidos e não consumidos no período?

1. máquinas e equipamentos;
  2. imóveis;
  3. variação de estoques (produtos acabados e intermediários) →  $\Delta E$
- } → Investimento em Bens de Capital (Ibk)

[...]

### Glossário

[...]

**Investimento é o gasto em bens que representam aumento da capacidade produtiva da economia, isto é, a capacidade de gerar rendas futuras. Seus componentes são o investimento em bens de capital (ou formação bruta de capital fixo) e a variação de estoques. Também chamado de taxa de acumulação de capital.**<sup>14</sup> (Destacou-se)

Vê-se claramente nos ensinamentos doutrinários acima que a aplicação de recursos na construção de um imóvel (bem de capital), como no caso concreto na construção de um hospital, é sem dúvida um investimento.

Oportuno salientar que o investimento exigido no edital da PPP de IP de Cachoeiro de Itapemirim não precisa ter sido feito para uso ou propriedade do próprio licitante.

Assim, ocorre também nos investimentos em bens de capital feitos no âmbito de concessões de serviço público, pois em regra, os bens de capital não pertencem à concessionária e serão revertidos ao poder concedente ao fim do contrato.

Portanto, não há qualquer dúvida de que a construção de um hospital, em cumprimento a um contrato administrativo de empreitada, é um investimento nos moldes exigidos pelo Edital da PPP de IP de Cachoeiro de Itapemirim.

Equívocada também a Terceira Interessada ao alegar que o Representante deve demonstrar para a Administração Municipal a capacidade de investimento a longo prazo, em razão de o contrato firmado com o Estado do Paraná prever a execução da obra em aproximadamente 2 anos e 6 meses, enquanto que a concessão em comento possui previsão de duração de 13 anos, uma vez que não existe no edital o alegado requisito de capacidade de investimento em longo prazo, não havendo respaldo, portanto, para ser feita tal exigência.

Como já frisado, o edital não exige nem mesmo que o investimento realizado com recursos próprios tenha retorno em longo prazo.

O requisito de habilitação técnica editalício em questão visa demonstrar que a concessionária será capaz de realizar os investimentos previstos no futuro contrato com recursos próprios, sem comprovação de prazo de retorno, ou com recursos de terceiros, com financiamento em no mínimo 5 anos.

Vale frisar, também, que os investimentos de maior vulto do contrato estão previstos apenas para o primeiro ano de vigência contratual, sendo descabida, além de não prevista no edital, exigência de capacidade de realizar investimentos

<sup>14</sup> VASCONCELLOS, Marco Antônio S. de. **Economia: micro e macro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 208 e 425 pp.

em longo prazo, através de contratos com prazo equivalente ao do futuro contrato de PPP.

Portanto, é evidente o equívoco das premissas usadas pelos citados e pela Terceira Interessada em suas justificativas/manifestações, o que explica em alguma medida o erro na interpretação da regra editalícia em comento.

**Sobre a Decisão Cautelar do TCE-MG, nos Processos 1119948 e 1120006, que entendeu que – mesmo não havendo previsão expressa no edital sobre a não aceitação de atestados de empreitada e sobre a exigência de retorno de longo prazo em investimentos feitos com capital próprio ou de terceiros no subitem 20.26 do Edital – não poderiam ser aceitos os atestados de empreitada contratados sob o regime da Lei 8.666/93 apresentados pelo Consórcio Terminais BH, por não comprovarem investimentos com recursos próprios, oportuno salientar que a decisão foi dada em sede cautelar, de forma não unânime, e já foi revogada, tendo sido assinado o Contrato de Concessão com a SPE constituída pelo Consórcio Terminais BH, como foi possível constatar em consulta à página eletrônica da Licitação do Terminal Rodoviário de Belo Horizonte<sup>15</sup>, uma vez que o processo no TCE-MG aparece como sigiloso<sup>16</sup>, como se vê a seguir:**

## SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE

### EXTRATO

#### CONTRATO DE CONCESSÃO SUBMOB Nº 001/2022

Espécie: Contrato de Concessão Comum; Processo nº 1300.01.0006749/2021-65; Concedente: ESTADO DE MINAS GERAIS, por intermédio da SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MOBILIDADE – SEINFRA; Concessionária: TERMINAIS BH SPE S/A., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 46.858.011/0001-08; Objeto: concessão dos serviços públicos de recuperação, modernização, manutenção e operação do Terminal Rodoviário Governador Israel Pinheiro – TERGIP e dos TERMINAIS METROPOLITANOS e ESTAÇÕES de Transferência – MOVE da Região Metropolitana de Belo Horizonte – MG; Fundamento legal: Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993; Lei Estadual nº 23.304, de 30 de maio de 2019; Decreto Estadual nº 44.603, de 22 de agosto de 2017; Vigência: 30 (trinta) anos; Valor estimado do contrato: R\$ 407.394.680,42 (quatrocentos e sete milhões, trezentos e noventa e quatro mil, seiscentos e oitenta reais e quarenta e dois centavos). Signatários: pelo Poder Concedente, Fernando S. Marcato, Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade, e, pela Concessionária, Alexandre Humberto Caramatti Manata, Diretor-presidente da Terminais BH SPE S/A.; Local e data de assinatura: Belo Horizonte (MG), em 19 de julho de 2022.

Fernando Scharlack Marcato  
Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade

5 cm -20 1664908 - 1

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - TCE-MG

Relatório de Dados do Processo

As Denúncias e Representações tramitam em caráter sigiloso, nos termos da Resolução 12/2008 (RITCEMG), e as informações processuais correspondentes são exibidas somente após a citação das partes.

Oportuno notar que no caso de Minas Gerais ocorreu o inverso do presente caso, pois lá a Comissão de Licitação aceitou a documentação de habilitação apresentada nos mesmos moldes da documentação apresentada pelo ora Representante na licitação da PPP de IP de Cachoeiro e outras licitantes ofereceram denúncias ao TCE-MG contra a habilitação da empresa que ofereceu a melhor proposta comercial.

Ainda sobre a decisão do TCE-MG, que deferiu a cautelar, com o devido respeito, entende-se que ela interpretou, equivocadamente, de forma extensiva, a Cláusula 20.26 do Edital, pois referida cláusula sequer estabeleceu exigência de

<sup>15</sup> Disponível em: [http://www.infraestrutura.mg.gov.br/images/documentos/licitacoes/2022/Concorrenca-001-2022-Tergip\\_Terminais/Extrato\\_Assinatura%20Contrato%20de%20Concess%C3%A3o%20TERGIP.pdf](http://www.infraestrutura.mg.gov.br/images/documentos/licitacoes/2022/Concorrenca-001-2022-Tergip_Terminais/Extrato_Assinatura%20Contrato%20de%20Concess%C3%A3o%20TERGIP.pdf). Acesso em: 6 out. 2022.

<sup>16</sup> Disponível em: [https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa\\_processo.asp](https://www.tce.mg.gov.br/pesquisa_processo.asp). Acesso em: 6 out. 2022.

comprovação de retorno em longo prazo para os investimentos realizados<sup>17</sup>, o que é reconhecido expressamente na decisão (evento 73, p. 8), como se vê a seguir:

*Portanto, **ainda que o edital não contemple vedação expressa à apresentação de atestados relacionados a contratos de empreitadas ou equivalentes para fins de comprovar capacidade de investimentos, estes não podem ser aceitos para tanto.** (Destacou-se)*

[...]

*Contudo, **ainda que não haja essa previsão expressa no edital, atestados relacionados a contratos de empreitada ou equivalentes não podem ser aceitos para fins de demonstrar a capacidade de investimentos dos licitantes, porquanto não refletem quaisquer investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros.** (Destacou-se)*

*Além disso, é equivocado também o entendimento dos agentes públicos em suas justificativas no sentido de que a realização de investimentos para realização de obras em regime de empreitada não seja investimento com capital próprio, uma vez que se o contratado recebeu depois de realizar determinada etapa, com base em cronograma físico-financeiro, é forçoso concluir que, se não contraiu empréstimo com terceiros, usou recursos próprios, pois não recebeu adiantadamente para realizar a etapa da obra.*

*Assim, não é lógica a conclusão do excerto acima colacionado, no sentido de que investimentos feitos sob o regime de empreitada não refletem investimentos custeados com recursos próprios ou de terceiros, pois só há duas hipóteses possíveis: ou o recurso é próprio ou é de terceiro, podendo o terceiro ser inclusive o contratante, caso tivesse pago antecipadamente.*

*Dessa forma, se o atestado e o contrato demonstram que o Representante construiu um hospital para um ente público, recebendo os pagamentos depois de usar seus próprios recursos, há que se concluir que ele realizou um investimento com recursos próprios, como exige o subitem 12.3.4.1 do Edital.*

*Por certo, seu retorno foi em curto ou médio prazo, mas isso não é relevante para o julgamento do requisito de qualificação exigido no subitem 12.3.4.1 porque o edital não exigiu retorno em longo prazo para investimentos realizados com capital próprio, mas tão só para investimentos realizados com capital de terceiros, não podendo a Comissão de Licitação interpretar extensivamente a regra editalícia, ao argumento de que trará maior segurança para o contrato a comprovação de investimentos com recursos próprios e retorno em longo prazo, se isto não está previsto no edital.*

*Importante, também, deixar claro que na realização de uma obra pública por contratação regida pela Lei 8.666/93 o contratado **investe** recursos próprios ou de terceiros na execução da obra, obviamente, buscando obter lucro. Ou seja, não faz a construção por motivos altruísticos.*

*Portanto, entende-se que a interpretação dada pela Comissão de Licitação, sim, desrespeitou o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e as regras de hermenêutica jurídica.*

---

<sup>17</sup> CONCORRÊNCIA PÚBLICA 001/2022 – SEINFRA/MG

[...]

20.26. Também para fins de qualificação técnica na LICITAÇÃO, a LICITANTE individual ou membro de CONSÓRCIO deverá apresentar atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a realização prévia de investimentos de, no mínimo, R\$ 61.068.343,61 (sessenta e um milhões, sessenta e oito mil, trezentos e quarenta e três reais e sessenta e um centavos), em empreendimento de infraestrutura em qualquer setor, **com recursos próprios ou de terceiros.** (Destacou-se)

Disponível em: [http://www.infraestrutura.mg.gov.br/images/documentos/licitacoes/2022/Concorrenca-001-2022-Tergip\\_Terminalis/Edital-de-Concorrenca-nr-001-2022-REPUBLICADO.pdf](http://www.infraestrutura.mg.gov.br/images/documentos/licitacoes/2022/Concorrenca-001-2022-Tergip_Terminalis/Edital-de-Concorrenca-nr-001-2022-REPUBLICADO.pdf). Acesso em: 6 out. 2022.

Quanto ao prazo de validade da CND Federal, é preciso salientar, inicialmente, que os subitens 8.15 e 8.15.1 do edital tratam distintamente de DOCUMENTOS e CERTIDÕES, sendo que o subitem 8.15.1 considera ausente apenas o DOCUMENTO apresentado fora do prazo de validade, pois documentos vencidos não se tornarão válidos no momento em que deveriam ter sido apresentados de forma válida (ato constitutivo), não sendo possível sanear o problema através de simples diligência, mas somente com a emissão de novos documentos pelo órgão licitante após as regularizações cabíveis por parte do licitante.

De maneira diversa ocorre em relação às certidões, pois se uma certidão estiver vencida, uma simples diligência da Comissão de Licitação poderá atestar que na data estabelecida no edital, o licitante estava habilitado para participar do edital (ato declaratório), ou seja, possuía a condição de não devedor (certidão negativa) ou de devedor, mas com efeito de não devedor (certidão positiva com efeito de negativa).

Isso, então, justifica o tratamento diferenciado dado nos subitens 8.15 e 8.15.1 do edital a respeito de DOCUMENTOS e CERTIDÕES, como se vê a seguir:

**8.15. Todos os documentos e certidões** que forem apresentados nesta LICITAÇÃO deverão ser apresentados dentro de seus respectivos prazos de validade. (Destacou-se)

**8.15.1. Qualquer documento apresentado fora do prazo de validade será considerado não entregue**, arcando a PROPONENTE com as consequências da ausência da documentação. (Destacou-se)

Nesse ponto, oportuno dizer que o subitem 15.2 do edital da PPP de IP de Cachoeiro estabelece que a Comissão de Licitação poderá, sendo este um poder/dever, promover diligência para esclarecer ou complementar a instrução da concorrência e sanar irregularidades, de ofício, quando possível, como se vê a seguir:

15.2. Além das prerrogativas que decorrem implicitamente da sua função legal, a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO poderá:

[...]

(ii) **Promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução da CONCORRÊNCIA**, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente nos documentos apresentados pela PROPONENTE; (Destacou-se)

[...]

(v) **Sanar irregularidades de ofício**, quando possível; (Destacou-se)

Além disso, há previsão expressa no edital no sentido de que – somente após esgotadas as possibilidades de saneamento, esclarecimento ou diligência sobre o cumprimento das exigências de habilitação pela proponente originalmente classificada em primeiro lugar na proposta comercial – será promovida a abertura do envelope de habilitação da segunda colocada, como se vê a seguir:

16.8. Se a PROPONENTE, originalmente classificada em primeiro lugar na PROPOSTA COMERCIAL, não atender às exigências de habilitação, a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, uma vez esgotadas as possibilidades de saneamento, esclarecimento ou diligência, promoverá a abertura do ENVELOPE 3 – DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO da segunda colocada e, assim, sucessivamente, até que uma PROPONENTE atenda às exigências de habilitação, sendo, então, declarada vencedora da CONCORRÊNCIA.

Dessa forma, se a Comissão de Licitação entendia que a CND de uma das integrantes do Consórcio Representante estava com prazo de validade vencido, mas atestava a condição de não devedora ou devedora com efeito de não devedora, deveria ter diligenciado e sanado a dúvida, verificando se na data exigida no edital (data da entrega dos envelopes) a empresa estava em situação







de habilitação, mesmo estando vencido o prazo da CND apresentada, ou ter oportunizado ao consórcio licitante fazer tal comprovação, pois se tratava da verificação de condição preexistente à abertura da sessão pública.

O Representante, por sua vez, trouxe no corpo da Representação, evento 3, p. 19, demonstração de que na data de entrega dos envelopes (19/4/2022) estava em situação regular na RFB, conforme print de certidão positiva com efeito de negativa emitida em 19/4/2022 e relação de certidões emitidas por data de emissão.

Realizando consulta ao site da RFB<sup>18</sup> pode-se facilmente constatar que a informação apresentada pelo representante na peça de representação é fidedigna, conforme se vê a seguir:

**Relação das certidões emitidas por data de validade**

CNPJ: 08.184.542/0001-73 - TRADETEK COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO DE LUMINARIAS LIMITADA  
Período: 02/03/2022 a 06/10/2022

Código de controle	Tipo	Data-Hora emissão	Data de validade	Situação	Segunda via
9168.44CE.5134.5CDD	Positiva com efeitos de negativa	20/04/2022 14:05:20	17/10/2022	Válida	
701A.81F8.21F4.D510	Positiva com efeitos de negativa	20/04/2022 10:52:35	17/10/2022	Válida	
C287.A336.1086.D15A	Positiva com efeitos de negativa	19/04/2022 16:09:18	16/10/2022	Válida	
B367.F916.E953.2369	Positiva com efeitos de negativa	06/10/2021 16:40:14	04/04/2022	Expirada Prorrogada até 14/09/2022	

Expirada Prorrogada: A data de validade da certidão expirou. O prazo de validade desta certidão foi prorrogado pela Portaria Conjunta nº 555/2020 (DOU 24/03/2020) e/ou Portaria Conjunta nº 1.178/2020 (DOU 14/07/2020) ou art. 21 da Lei nº 14.148/2021 (DOU 18/03/2022 - prorrogação partes vetadas).

Válida: O prazo de validade da certidão ainda não venceu. A certidão pode ser utilizada em qualquer ato em que for necessária.

Nova consulta

A jurisprudência do TCU aponta no sentido de que é dever do pregoeiro/comissão de licitação, e não fere os princípios da isonomia e da igualdade entre os licitantes, dar ao licitante a oportunidade de sanear possíveis irregularidades em seus documentos de habilitação, **atestando situação preexistente**, o que se coaduna com o princípio licitatório da obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública e com o interesse público, conforme se vê a seguir:

**É lícita a admissão da juntada de documentos, durante as fases de classificação ou de habilitação, que venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame, sem que isso represente afronta aos princípios da isonomia e da igualdade entre as licitantes. (Destacou-se)**

Acórdão 966/2022-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

**É indevida a inabilitação de licitante em razão da apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da abertura do certame, uma vez que tal documento tem natureza declaratória - e não constitutiva - de uma condição preexistente. (Destacou-se)**

Acórdão 2627/2013-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), não alcança documento destinado a atestar **condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública**, apresentado em sede de diligência. (Destacou-se)

<sup>18</sup> Disponível em:

<https://solucoes.receita.fazenda.gov.br/Servicos/certidaointernet/PJ/Consultar/RelacaoCertidao>. Acesso em: 6 out. 2022.

Acórdão 2443/2021-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante **sobre fato preexistente** ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha, em respeito aos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999. (Destacou-se)

Acórdão 988/2022-Plenário | Relator: ANTONIO ANASTASIA

Na hipótese de a certificação de qualidade ou o laudo exigido para o fornecimento do produto estar em desconformidade com a amostra apresentada pelo licitante, **cabe ao pregoeiro diligenciar para que seja apresentado o documento correto, em vez de proceder à desclassificação da proposta, sobretudo quando há considerável diferença de preços entre esta e a dos licitantes subsequentes.** Nesse caso, **não há alteração na substância da proposta, pois o novo laudo apenas atesta condição preexistente do produto ofertado, que já se encontrava intrínseca na amostra.** (Destacou-se)

Acórdão 1445/2022-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

Sumário: Representação. **Pregão. Inclusão de certidão extraída pela internet durante a sessão pública. Possibilidade.** Conhecimento. Negar Provedimento. Arquivamento dos autos. (Destacou-se)

Acórdão 1758/2003 – Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Quanto à alegação dos citados de que a Comissão de Licitação realizou diligência e comprovou que a empresa Tradetek estava devedora na data de entrega dos envelopes (19/4/2022), trata-se de inovação desacompanhada de elemento de prova.

Ou seja, apesar de alegar um fato novo não ventilado anteriormente, os citados não trouxeram uma prova sequer do alegado.

Se a diligência tivesse realmente sido realizada pela Comissão de Licitação, deveria estar documentada nos autos do processo licitatório e tal evidência deveria ter sido colacionada nos autos do presente processo.

Não é demais lembrar que certidão vencida e situação do contribuinte são situações completamente distintas, podendo a certidão estar vencida e na data da abertura dos envelopes a situação do contribuinte ser regular.

Neste ponto, cumpre dizer que a consulta apresentada pelo Representante e a consulta realizada por este subscritor, colacionada na ITI e nesta peça, revelaram que a empresa Tradetek estava em situação regular (não devedora) na data de abertura dos envelopes (19/4/2022), evidências que, portanto, não corroboram a nova versão adotada pelos citados.

Quanto à responsabilidade dos citados, oportuno comentar que a decisão inicial da Comissão de Licitação foi tomada em momento no qual o Tribunal de Contas de Minas Gerais havia decidido, cautelarmente, em caso idêntico, da mesma forma que os citados.

Contudo, a ITI 194/2022 colacionou a mudança de posicionamento da Corte Mineira de Contas, em situação idêntica à do processo licitatório da PPP de IP de Cachoeiro de Itapemirim, o que poderia levar os responsáveis à modificação das decisões administrativas de inabilitação do Representante e de adjudicação do objeto à terceira interessada Quantum Engenharia Ltda.

No entanto, além de não terem modificado tais decisões, os citados ainda inovaram a argumentação relativa à CND da empresa Tradetek, aduzindo, sem qualquer elemento de prova, que a Comissão de Licitação diligenciou e constatou que a tal empresa estava devedora na data de entrega dos envelopes (19/4/2022), alegação que não é respaldada pelas evidências colacionadas nos presentes autos.

*Dessa forma, entende-se que a responsabilidade dos citados deve ser mantida, aplicando-se aos mesmos a multa prevista no artigo 135, II, da LOTCEES.*

*Quanto à Controladoria-Geral de Cachoeiro de Itapemirim, devido ao entendimento equivocado verificado nos argumentos constantes no evento 190, deve-se esclarecer que a finalidade da notificação do Órgão de Controle Interno no presente processo, foi apenas dar ciência do achado, a fim de embasar possível ação de controle.*

*O mesmo esclarecimento vale para a notificação da Prefeitura de Cachoeiro de Itapemirim e da Secretária Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente, cujas notificações tiveram como finalidade dar ciência do achado, a fim de embasar possíveis ações corretivas/disciplinares.*

*Diante do exposto, sugere-se a **manutenção do achado, a aplicação da multa prevista no artigo 135, II, da LOTCEES aos citados, e a expedição de determinação à Comissão de Licitação da Concorrência Pública 1/2022 do Município de Cachoeiro de Itapemirim, destinada à contratação da Parceria Público-Privada do serviço de Iluminação Pública no Município e ao Sr. Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente, nos termos do art. 1º, XVI e XVII, da LCE 621/2012 (LOTCEES) c/c os arts. 208, caput e § 1º, e 329, § 7º, a fim de que, no âmbito de suas competências, comprovem nos presentes autos, em prazo a ser estabelecido pela Corte, (a) a anulação da decisão administrativa proferida na Concorrência Pública 1/2022 que inabilitou o Consórcio Luz de Itapemirim, ora Representante, bem como da decisão administrativa que homologou a licitação e adjudicou o objeto licitado à licitante Quantum Engenharia Ltda., sob pena de sustação da execução dessas decisões, comunicação à Câmara Municipal e aplicação da multa prevista no inciso IV do artigo 135 da LOTCEES, (b) a reanálise dos documentos de qualificação técnica apresentados pelo Representante para comprovação do requisito exigido no subitem 12.3.4.1, admitindo, para fins de comprovação de investimentos sob recursos próprios, atestados de realização de investimentos sob regime de empreitada, pela Lei 8.666/93, sem exigência de retorno em longo prazo, e (c) que diligenciaram a fim de sanar a irregularidade relativa ao prazo de vigência da CND apresentada pela consorciada Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias Ltda., CNPJ 08.184.542/0001-73 ou permitiram ao Consórcio Representante comprovar que na data de entrega dos envelopes (19/4/2022) a consorciada Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias Ltda., CNPJ 08.184.542/0001-73, estava em situação regular em relação à Certidão conjunta exigida no subitem inciso (iv) do subitem 12.3.3 do Edital.***

Diante de todo o exposto acima, adoto o entendimento técnico como razões de decidir. Divirjo, contudo, apenas em relação à responsabilização dos agentes públicos, conforme passo a discorrer.

Primeiramente, é preciso ressaltar que se encontra vigente no âmbito do Direito brasileiro a Lei Federal n. 13.655/2018, que incluiu no Decreto-Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

Um dos dispositivos acrescentados foi o artigo 28, que assim expressa:

*Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões*

*técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*

O que resta claro é que a norma criou requisito alternativo e inafastável para a responsabilização dos agentes públicos, sendo esses ou o dolo ou o erro grosseiro. Assim, é nessa perspectiva que as ações praticadas devem ser analisadas.

Pois bem.

De fato, da leitura do edital, em especial de seu item 12.3.4.1, verifica-se que a exigência quanto à comprovação de retorno de longo prazo deve-se dar apenas em relação a recursos de terceiros. Vejamos:

*12.3.4.1. Comprovação de que a PROPONENTE tenha participado de qualquer empreendimento pertencente ou não ao setor de iluminação pública, em que tenha realizado investimentos de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) ou mais, na data base da entrega da proposta, com recursos próprios ou de terceiros, sendo que esta última hipótese deve compreender retorno de longo prazo, observadas as seguintes condições: (Destacou-se)*

Ou seja, no que se refere à exigência de realização de investimentos na monta de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) ou mais, no caso de recurso de terceiros, esse deveria compreender retorno de longo prazo. Parece não haver muito espaço para dúvidas em relação a esse tópico ora analisado. Entender de forma contrária, no sentido de abarcar na necessidade da comprovação do retorno de longo prazo também o investimento com recursos próprios seria proceder a uma interpretação ampliativa do item acima transcrito. Nesse ponto assentimos com a Área Técnica.

Entretanto, ao analisar a amplitude do que se caracterizaria como investimento, abria-se duas possibilidades de interpretação: uma que privilegiaria o aspecto contábil e a que privilegiaria o aspecto econômico. De fato, assiste razão à Área Técnica que, no bojo da Instrução Técnica Conclusiva 2750/2022, privilegia a interpretação econômica, no sentido de que “investimento é capital que se aplica com o intuito de obter rendimentos a prazo, podendo ser no curto, médio ou longo prazo”, abarcando assim qualquer recurso aplicado com o intuito de obter lucro.

Como conclusão, a construção de um hospital, em cumprimento a um contrato administrativo de empreitada, seria um investimento a ser aceito como meio de

comprovar o exigido no item 12.3.4.1 do edital.

Lado outro, há defesa nos autos no sentido de que, tendo em vista que a Lei 6.404/76, ao explicitar em seu art. 179, inc. III, que os investimentos seriam as participações permanentes em outras sociedades e os direitos de qualquer natureza, não classificáveis no ativo circulante, e que não se destinariam à manutenção da atividade da companhia ou da empresa, o contrato apresentado pela licitante, firmado com a Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística do Paraná, tendo origem em uma concorrência pública por empreitada global, e com pagamento assegurado exclusivamente pela Administração, não estaria abarcado no conceito de investimento, independentemente de se com recurso próprio ou de terceiro, desatendendo assim, nessa visão, o exigido no item editalício em tela.

Discorda-se, de forma correta, desse entendimento. Entretanto, tal interpretação não é absurda ao ponto de se denotar uma ação dolosa ou mesmo um erro grosseiro, a caracterizar a presença desses elementos de responsabilização. Há nos autos, inclusive, decisão do Tribunal de Contas de Minas Gerais que, em um primeiro momento, entendeu que atestados relacionados a contratos de empreitada ou equivalentes não se constituíam em investimentos custeados pelo contratado com recursos próprios ou de terceiros, já que nesses casos o contratado receberia remuneração custeada pelo próprio Poder Público, e depois repassada em razão do avanço do empreendimento. Apesar dessa decisão ter sido posteriormente revertida, já resta demonstrada a plausibilidade do entendimento, capaz de afastar a presença de dolo ou erro grosseiro.

Em suma, errou a comissão ao não aceitar o atestado apresentado, mas não de forma grosseira, nem restando demonstrado o dolo.

Diante disso, acompanho a Área Técnica, exceto no que tange à responsabilização dos agentes públicos. Assim, afasto responsabilidade.

### **3. DISPOSITIVO**

Ante o exposto, acompanhando parcialmente o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Acórdão** que submeto à sua apreciação.

**LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA**  
**Conselheiro Relator**

**1. ACÓRDÃO TC-00205/2023-9**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas em:

**1.1. CONSIDERAR** a presente representação **procedente**, com a manutenção do seguinte achado:

1.1 Inabilitação indevida de licitante (subitem 3.1 da ITC e 5.1 da ITI 194/2022)  
Critérios: arts. 3º, caput, 43, caput e § 3º, e 51, caput e §3º, da Lei 8.666/93 ;  
subitens 12.3.4.1, 15.2, (ii) e (v), e 16.8, do Edital da CP 1/2022; Acórdãos TCU  
Plenário 966/2022, 2627/2013, 2443/2021, 988/2022, 1445/2022 e 1758/2003;

**1.2. ACOLHER PARCIALMENTE** as razões de justificativas apresentadas pelos senhores ERICK MOREIRA DE AGUIAR - Presidente da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim; LAÍS CRISTINA GASPAR CORRÊA - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim; MICHELLE OLIVEIRA MASSENA - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, LUIZ FELIPE IMENES DE MENDONÇA - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim; RENATA LOPES DOS SANTOS ZAGOTTO - Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL) da CP 1/2022 de Cachoeiro de Itapemirim, ALEXANDRO DA VITORIA - Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim, no sentido de excluir qualquer responsabilização pela prática do ato considerado irregular, tendo em vista a ausência de dolo e/ou erro grosseiro, nos termos do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro;

**1.3. DETERMINAR** na forma dos artigos 1º, inciso XVI, XVII e 111, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (LOTCEES) c/c os artigos 208, caput e § 1º e 329, § 7º da Resolução TC 261/2013 (RITCEES) à Comissão de Licitação da Concorrência Pública 1/2022 do Município de Cachoeiro de Itapemirim, destinada à contratação da Parceria Público-Privada do serviço de Iluminação Pública no

Município e ao Sr. Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente, a fim de que, no âmbito de suas competências, comprovem nos presentes autos, no prazo de 30 (trinta) dias, as seguintes providências:

1.3.1 o cumprimento da medida cautelar concedida nos presentes autos, sob pena de aplicação da multa prevista no artigo 135, IV, da LOTCEES.

1.3.2 a anulação da decisão administrativa proferida na Concorrência Pública 1/2022 que inabilitou o Consórcio Luz de Itapemirim, ora Representante, bem como da decisão administrativa que homologou a licitação e adjudicou o objeto licitado à licitante Quantum Engenharia Ltda., sob pena de sustação da execução dessas decisões, comunicação à Câmara Municipal e aplicação da multa prevista no inciso IV do artigo 135 da LOTCEES.

1.3.3 a reanálise dos documentos de qualificação técnica apresentados pelo Representante para comprovação do requisito exigido no subitem 12.3.4.1, admitindo, para fins de comprovação de investimentos com recursos próprios, atestados de realização de investimentos sob regime de empreitada, pela Lei 8.666/93, sem exigência de retorno em longo prazo.

1.3.4 que diligenciaram a fim de sanar a irregularidade relativa ao prazo de vigência da CND apresentada pela consorciada Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias Ltda., CNPJ 08.184.542/0001-73 ou permitiram ao Consórcio Representante comprovar que na data de entrega dos envelopes (19/4/2022) a consorciada Tradetek Comércio Importação e Exportação de Luminárias Ltda., CNPJ 08.184.542/0001-73, estava em situação regular em relação à Certidão conjunta exigida no subitem inciso (iv) do subitem 12.3.3 do Edital;

**1.4. DAR CIÊNCIA**, na forma regimental, **arquivando** os presentes autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 16/03/2023 - 10ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Rodrigo Coelho do Carmo.

**4.2.** Conselheira substituta: Márcia Jaccoud Freitas (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

**Relator**

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

**Em substituição**

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**