

**PIBERO S G LVA**  
Advogados Associados

**ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO RESPONSÁVEL PELA  
CONCORRÊNCIA PÚBLICA 008/2010 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BELO  
HORIZONTE**

## IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA

FACILITY CENTRAL DE SERVICOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 72.109.291/0001-61, com sede na Rua Cardoso de Moraes n.º 61, sala: 927, Bonsucesso, Rio de Janeiro/RJ, vem, com o devido acatamento e respeito, através de seus advogados *in fine*, apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL de Concorrência Pública 008/2010, nos termos do artigo 41, § 2º da Lei 8.666/93 e conforme o Item 6 do referido instrumento convocatório, conforme os fatos e fundamentos a seguir expostos:

## PRELIMINAR

1. A Impugnante pede *venia* para reafirmar o respeito que dedica à digna Comissão Permanente de Licitação e aos doutos profissionais que a integram.

69

2. Destaca que a presente manifestação tem estrita vinculação à interpretação objetiva dos fatos do procedimento licitatório e se destina apenas à preservação do direito da Impugnante e da legalidade do presente certame. As eventuais discordâncias deduzidas na presente impugnação fundamentam-se no entendimento que se pretende para o texto da Constituição e da Lei, eventualmente diverso daquele adotado quando da edição do ato convocatório.

### **OBJETO DA LICITAÇÃO**

3. O Edital refere-se à concorrência, do tipo menor valor de contraprestação pública, objetivando a concessão administrativa da execução das obras e serviços do Hospital, que deverão ser executados de modo adequado, observadas as especificações técnicas previstas no Contrato, comprometendo-se a Concessionária ao atendimento do índice de desempenho, conforme Item 7 do Ato Convocatório.

4. Como se demonstra adiante, há várias disposições do Edital que não podem ser mantidas.

5. Com o máximo respeito, essas disposições do ato convocatório são incompatíveis com o regime da Constituição Federal e das Leis Lei 11.079/2004 e 8.666/93.

6. Tais previsões impedem a adequada avaliação das propostas dos licitantes, em consonância com as especificações do objeto licitado. São também aptas a acarretar a restrição da competição no presente certame podendo provocar o alijamento de possíveis licitantes aptos a fornecer integralmente e de modo vantajoso os serviços objeto da licitação.



2

7. Por isso, espera o acolhimento da presente impugnação, promovendo-se as alterações necessárias no Edital de Concorrência, com a sua republicação e reabertura do prazo para entrega das propostas (Lei 8.666/93, art. 21, §4º).

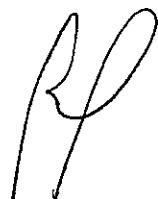
**ILEGALIDADE DO ITEM 5.2.: NECESSIDADE DE AMPLA DIVULGAÇÃO DOS  
ESCLARECIMENTOS PRESTADOS:**

8. O Item 5.2. do Edital dispõe que *"As respostas da COMISSÃO DE LICITAÇÃO aos referidos pedidos de esclarecimentos serão divulgadas no sítio eletrônico www.portalpbh.pbh.gov.br."*

9. Com o devido respeito, os esclarecimentos não devem apenas ser disponibilizado no sítio eletrônico, pois devem ser objeto de publicação oficial, da qual possam tomar conhecimento todos os potenciais interessados.

10. Os esclarecimentos ao Edital são vinculantes para a Administração e para os licitantes. Deverão ser observados por todos durante a licitação. Os esclarecimentos passam a integrar o instrumento convocatório e implicam na sua alteração. Por isso, deve ser-lhes dada a mesma publicidade conferida ao instrumento convocatório.

11. Isso decorre do disposto no art. 21, §4º, da Lei 8.666/93: *"Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original".*



12. Na presente licitação, já foram prestados diversos esclarecimentos ao Edital, portanto, seria imprescindível que tais esclarecimentos tivessem sido levados a conhecimento do público em geral através da divulgação em jornais de grande circulação e diário oficial.

13. Assim, diante da violação ao princípio da publicidade, cabe a republicação do Edital e dos esclarecimentos prestados, reabrindo-se o prazo para entrega das propostas (Lei 8.666/93, art. 21, §4º).

#### **DA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS**

14. De início, cumpre ressaltar que é aplicável a presente licitação as disposições da Lei 11.079/2004, que dispõe sobre normas gerais para licitações e contratações sob o regime de parceria público-privada (PPP) e, também, a Lei 8.666/93, que dispõe sobre normas gerais de licitações e contratos.

15. Ambos os diplomas normativos citados indicam a **indispensabilidade** de que as obras e serviços públicos sejam realizados com respeito ao Princípio do Planejamento dos gastos públicos, primando pela responsabilidade fiscal. Nesse sentido, estabelece o artigo 4º, IV da Lei 11.079/2004 que:

*Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:*

*(...)*

***IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;***



16. Além desta disposição geral, a própria Lei 11.079/2004 traz uma série de outros dispositivos que condicionam a realização da licitação ao atendimento de uma série de estudos e requisitos previstos na Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e demais normas de Direito Financeiro. Vejamos:

*Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:*

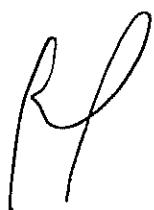
*I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:*

*(...)*

*b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1.º do art. 4.º da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e*

*c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;*

*II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;*



*III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;*

*IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;*

*V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;*

17. Por outro lado, a Lei 8.666/93, aplicável de modo supletivo à Lei 11.079/2004 e à Lei 8.987/95, estabelece a **indispensabilidade** de que o edital de licitação indique a dotação orçamentária com saldo suficiente para suportar as despesas decorrentes do futuro contrato. Vejamos:

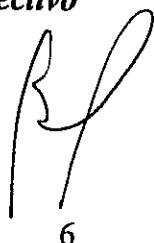
*Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:*

(...)

*2º. As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:*

(...);

*III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;*



6

18. Destarte, a melhor interpretação conferida ao artigo 7º, § 2º, III da Lei 8.666/93 é a que exige a indicação expressa no instrumento convocatório da dotação orçamentária que irá fazer frente às despesas decorrentes da licitação. No caso, não houve a indicação da disponibilidade de recursos e, muito menos a indicação da conta orçamentária que fará frente as despesas a serem assumidas.

19. **No caso do Edital impugnado não há sequer indicação da dotação orçamentária que fará frente as despesas.** Desta forma, como se garantir o respeito as normas mínimas de direito financeiro, em especial ao Princípio do Planejamento e às boas práticas de responsabilidade fiscal?

20. Aliás, **nem mesmo o contrato**, que é parte integrante do edital, indica qual a dotação orçamentária fará frente ao pagamento da contraprestação pública devida pelo poder público.

21. A falha ora apontada é **grave**, uma vez que a **ausência dos estudos prévios e da indicação da fonte orçamentária de recursos demonstra ausência de planejamento e a possibilidade de que o licitante não seja adequadamente remunerado.** Num cenário extremo, tal fato poderia redundar na paralisação das obras e da prestação dos serviços do hospital, provocando estado de calamidade pública e desperdício de recursos públicos.

22. Ademais, **não** se encontram disponíveis no sítio eletrônico do procedimento<sup>1</sup> os estudos de impacto financeiro e orçamentário, tal como determinam os artigos 10 da Lei 11.072/2004 (já citada) e art. 16 e 17 da Lei Complementar 101/00, que assim preceituam:



---

<sup>1</sup>

<http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/noticia.do?evento=portlet&pAc=not&idConteudo=39284&pldPlc=&app=salanoticias>

*Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:*

*I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;*

*II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.*

*§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:*

*I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;*

*II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.*



§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do caput constituem condição prévia para:

*I - empenho e LICITAÇÃO DE SERVIÇOS, FORNECIMENTO DE BENS OU EXECUÇÃO DE OBRAS;*

23. Veja-se, portanto que a elaboração dos estudos de estimativa de impacto financeiro e orçamentário é **condição prévia** e *sine qua non* para início dos atos que possam resultar na assunção de despesas de caráter continuado, tal como a da presente licitação. Sem a elaboração e anexação destes estudos prévios (necessariamente disponibilizados aos licitantes), a despesa não é autorizada, mostrando-se irregular e lesiva aos cofres públicos:

**Lei Complementar 101/00**

*Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.*



24. Portanto, deverá esta Comissão de Licitação suspender a tramitação da presente licitação até que se atendam (e divulguem) de modo adequado os estudos orçamentários exigidos nos artigo 10, I, "b" e "c" da Lei 11.079/2004; e artigos 16 e 17 da Lei Complementar 101/00 e, posteriormente, inclua no edital qual a dotação orçamentária fará frente as despesas provenientes do contrato, nos termos previstos no artigo 7º, III da Lei de Licitações.

25. Tudo isso sob pena de ser considerada ilegal e lesiva ao patrimônio público a despesa a ser contratada.

#### IMPOSIÇÃO DE NÚMERO MÁXIMO DE CONSORCIADOS

#### REGRA RESTRITIVA DA COMPETITIVIDADE

26. No item 9.3.3 do Edital, estabelece-se número máximo de integrantes do Consórcio a ser formado para disputa do certame e cumprimento do contrato. Tal cláusula impõe o limite máximo de 04 (quatro) empresas. Vejamos:

*9.3.3. Cada CONSÓRCIO poderá contar com, no máximo, 4 (quatro) integrantes;*

27. Não obstante, tal restrição ao número de empresas consorciadas não encontra respaldo na legislação vigente, especificamente no artigo 33 da Lei 8.666/93, aplicável aos contratos de parceria público-privada<sup>2</sup>. Eis o teor do dispositivo:



<sup>2</sup> Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

*Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:*

*I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;*

*II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;*

*III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;*

*IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;*



*V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.*

*§ 1º. No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.*

*§ 2º. O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.*

28. Como se verifica, inexiste na norma de regência a possibilidade de limitação do número de empresas para formação do consórcio, tal como estabelecido no presente instrumento convocatório. Por outro lado, não se desconhece que cabe à Administração promotora do certame ditar as regras específicas, inclusive no que tange a participação de consórcios.

29. **Não obstante**, também não se desconhece que esta regulamentação deve se pautar pelos princípios da legalidade e na ampliação da competitividade, os quais foram desrespeitados no caso em tela. Nesse sentido, inclusive, manifestação do **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS** em estudo técnico publicado na Revista do Tribunal de Contas, baseado o caso constante dos autos do processo **775.461**:

*“Verificou-se que o item 8.1.1 do instrumento convocatório possibilita a participação de consórcios no certame, formados cada um por, no máximo, três empresas.*

  
12

*Conforme demonstrado em 1<sup>a</sup> análise, embora a admissão de consórcio em licitação seja uma discricionariedade do administrador, não cabe a este impor condições não previstas legalmente (art. 33 da Lei n. 8.666/93), como limitar o número de integrantes.*

*O Presidente da COPASA e o Presidente da Comissão de Licitação se manifestaram no sentido de que, muito embora a lei de licitações não autorize expressamente que a Administração limite o número de consorciados, ela expressamente autoriza a Administração a proibir a participação de consórcio em licitações. Assim, alegam que neste caso se aplicaria o brocado jurídico de quem pode o mais pode o menos, tendo em vista que proibir a participação de consórcio em licitações é ato mais gravoso à pretensão de potenciais interessados de se associarem a terceiros para disputar o certame do que permitir tal associação, mas com limitação do número máximo de associados por consórcio.*

*Alegam que a finalidade da norma que permite à Administração admitir consórcios em licitações públicas é viabilizar a ampliação da competitividade nas licitações que tenham objetos de grande vulto e/ou complexos, sem que tal ampliação possa, de outro lado, importar em risco desmesurado para a Administração quanto à idoneidade dos licitantes, cabendo à Administração a discricionariedade administrativa para valer-se deste instrumento. É indubitável que caberia a ela utilizá-lo na medida e extensão necessárias à satisfação daquela finalidade.*



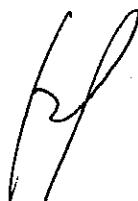
13

*Por fim, asseveram que, sob uma perspectiva de análise pragmática do caso, nenhuma empresa se insurgiu, seja administrativamente, seja em juízo, ou perante esta Corte de Contas, contra limitação do número de consorciados estipulado no edital. Não havendo, portanto, fundamento para se afirmar que esta limitação teria trazido prejuízo a potenciais licitantes e/ou à Administração no caso concreto, razão pela qual não se poderá pretender invalidar o procedimento por força desta questão.*

*Todavia, este órgão técnico não compartilha do entendimento manifestado pelos defendantes tendo em vista que, de acordo com o princípio da legalidade, à Administração só é permitido fazer ou deixar de fazer alguma coisa, se prevista em lei.*

*Conforme demonstrado em primeira análise, a possibilidade de a Administração limitar o número de empresas a integrarem consórcios não está prevista em lei e sim apenas a faculdade de a Administração, por critérios de conveniência e oportunidade, visando a uma maior competição no certame, admitir que empresas em consórcio participem de uma licitação.*

*Assim, a própria decisão da Administração em admitir a participação de consórcios no certame busca uma maior competitividade na licitação, razão pela qual não há que se falar na possibilidade de limitar o número de empresas a integrarem o consórcio.*



*Ademais, este entendimento, conforme demonstrado em primeira análise está em consonância com a jurisprudência dominante do TCU (Processo n. Acórdão 2036/2008 — Plenário; Processo n. 011.456/2008-0. Acórdão n. 1.240/2008 — Plenário; Processo n. 006.482/2003-0. Acórdão n. 1.917/2003 — Plenário; Acórdão 1470/2008 — Plenário).*

30. Noutro giro, indispensável notar que a figura do consórcio visa possibilitar que mais interessados possam acudir a determinado certame que, pela complexidade de seu objeto e multiplicidade de tarefas, apenas poucas empresas conseguiriam cumprir isoladamente. É o pensamento de MARÇAL JUSTEN FILHO:

*“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas umas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para licitação.”<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Dialética: São Paulo, 13<sup>a</sup> ed. p. 476

31. A presente licitação é o típico caso em que a multiplicidade de tarefas envolvidas exige a formação de consórcios. Isso porque, como resta evidente já do objeto do edital, os encargos contratuais vão de construção de um hospital (obra e serviço de engenharia) à sua posterior administração, incluído aí a prestação de serviços de assistência à saúde. Cite-se:

### ***“7. DO OBJETO E METAS DA CONCESSÃO***

*7.1. O objeto da presente **CONCORRÊNCIA** é a delegação, por meio de concessão administrativa, da execução das **OBRAS** e dos **SERVIÇOS** do hospital, conforme detalhado nos anexos 4 e 5 do **CONTRATO**.*

32. Nesse sentido, o anexo 5 do Contrato traz o desdobramento do objeto acima reproduzido, indicando a **multiplicidade** de tarefas a serem executadas pela Concessionária:

#### ***“1.2 OBJETIVOS***

*O presente documento tem como objetivo descrever e detalhar todos os **SERVIÇOS** e obrigações sob escopo de fornecimento da **CONCESSIONÁRIA**, divididos em 8 grandes grupos, conforme abaixo:*

##### ***a) Obra Civil***

*Serviços relacionados à construção e implantação dos diversos projetos técnicos de instalações e infraestrutura que compõe o **HOSPITAL (OBRAS)**.*

##### ***b) Equipamentos***



*Serviços relacionados à aquisição, instalação e manutenção de equipamentos e mobiliários necessários à operação do **HOSPITAL**.*

**c) Engenharia e Manutenção**

*Serviços relacionados à gestão e fornecimento de utilidades, como água, energia elétrica e gases, e aos processos de engenharia e manutenção predial do **HOSPITAL**, contendo, entre outros, a gestão e zelo pelo consumo eficiente e racional dos recursos.*

**d) Serviços Administrativos e de apoio**

*Serviços relacionados às diversas atividades administrativas e de apoio não assistencial à operação do **HOSPITAL**.*

**e) Transportes**

*Serviços relacionados à gestão e operação do estacionamento e do controle de acesso de veículos às dependências do **HOSPITAL**.*

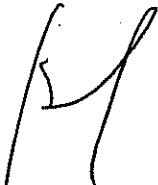
**f) Higiene**

*Serviços de Limpeza e Gerenciamento de Resíduos necessários à operação do **HOSPITAL**.*

**g) Hotelaria**

*Serviços de Lavanderia e Rouparia, Nutrição e Dietética necessários à operação do **HOSPITAL**.*

**h) Tecnologia**



17

*Serviços relacionados às diversas atividades de Tecnologia e Gestão da Informação necessárias à operação do HOSPITAL.”*

33. Evidente, portanto que, para cumprir satisfatoriamente o amplo objeto contratual, necessário o esforço de diversas empresas, de diversas áreas de conhecimento, incluído os ramos de engenharia, administração de serviços hospitalares, prestação de assistência à saúde, etc.

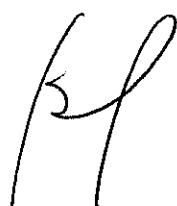
34. Realmente, como bem apontado no precedente do TCE/MG, não há previsão legal para restrição do número de consorciados, o que viola frontalmente o Princípio da Legalidade e da Competitividade, motivo pelo qual tal cláusula restritiva deve ser retirada do presente edital.

35. Ademais, não há qualquer justificativa técnica (ou jurídica) que justifique a ilegal limitação no Edital, no que se refere ao limite máximo de 04 (quatro) empresas consorciadas, mostrando-se desmotivada a limitação, revelando, assim, a inadequação (técnica e jurídica) do Edital de Licitação neste ponto.

#### **INOVAÇÃO NO PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO EM LEI**

#### **ANTECIPACÃO DA GARANTIA**

36. Conforme se confere nos itens 16.2, 16.3 e 16.3.1 do edital de licitação, o procedimento previsto para o certame prevê, em primeiro lugar, a abertura do envelope 01, onde consta a garantia da proposta. Cite-se:



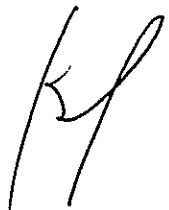
*16.2. Após o inicio da Sessão, a Comissão de Licitação promoverá a abertura dos volumes referentes ao Envelope 1 – Garantia da Proposta – de todas as concorrentes, quando então será (i) realizado o credenciamento dos representantes das concorrentes, conforme previsão do item 14 do edital; e (ii) verificado o atendimento ao disposto no item 11 do edital para as garantias de proposta.*

*16.3. A decisão de aceitação das garantias de proposta apresentadas será proferida na sessão pública.*

*16.3.1. A comissão de licitação poderá suspender a sessão para análise dos documentos relativos à Garantia de proposta, caso não se ache em condições de proferir sua decisão de imediato, sendo-lhe facultado, ainda, publicar sua decisão no DOM ou reconvocar as concorrentes para nova sessão pública na qual proferirá sua decisão.*

*16.4. Proferida a decisão sobre a Garantia de proposta, as concorrentes terão direito de vista da respectiva documentação e será aberto prazo para eventual recurso.”*

**37.** Conforme se infere dos itens acima, a análise da conformidade da garantia da proposta será anterior à verificação dos demais documentos de habilitação, que somente serão analisados no final do procedimento (item 16.6).



38. Entretanto, tal procedimento encontra-se completamente divorciado dos ditames legais. Isso porque, como é cediço, a garantia da proposta consiste em documento de habilitação, nos termos previstos no artigo 31, III e § 2º da Lei 8.666/93, devendo ser analisada no mesmo momento que os demais.

39. De fato, é de se lembrar que o artigo 13 da Lei 11.709/2004 permite a inversão entre as fases da proposta e habilitação. **Contudo, em nada dispõe sobre a possibilidade de antecipar a exigência da garantia da proposta.** Assim, há uma flagrante violação ao princípio da legalidade, uma vez que é vedado os órgãos da Administração Pública inovar nos procedimentos licitatórios já previstos nas normas de regência.

40. O e. STJ já reconheceu expressamente a nulidade de exigências de apresentação prévia de garantia de proposta, tal como a que consta itens 16.2 e 16.3 do Edital impugnado. O precedente recebeu a seguinte ementa:

*“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE GARANTIA ANTES DA HABILITAÇÃO EM TOMADA DE PREÇO. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. Tem-se aqui caso em que edital de licitação exigia a apresentação de garantia em até cinco dias da data da abertura da licitação.*

*2. De acordo com o art. 31, inc. III, da Lei n. 8.666/93, a apresentação de garantia é requisito para que o licitante seja considerado qualificado no aspecto financeiro-econômico. Como se sabe, a apresentação das qualificações insere-se na fase de habilitação, na esteira do art. 27 daquele mesmo diploma normativo, motivo pelo qual a exigência de garantia antes do referido período é ilegal.*

3. Não ajuda à Administração sustentar que o edital é lei entre as partes e que a decisão que aplica os dispositivos antes mencionados viola o art. 41 da Lei n. 8.666/93, pois, se é verdade que o edital vincula o Poder Público, não é menos verdade que a lei também o faz, em grau ainda mais elevado.

4. Recurso especial não provido.” (REsp 1.018.107/DF, Rel. Min. MAURO CAMBELL MARQUES, 2<sup>a</sup> T., j. 26.5.2009, v.u., DJe 12.6.2009)

41. Pede-se licença para transcrever o seguinte trecho do voto do Exmo. Min. Relator:

“De acordo com o art. 31, inc. III, da Lei n. 8.666/93, a apresentação de garantia é requisito para que o licitante seja considerado qualificado no aspecto financeiro-econômico. Como se sabe, a apresentação das qualificações insere-se na fase de habilitação, na esteira do art. 27 daquele mesmo diploma normativo, motivo pelo qual a exigência de garantia antes do referido período é ilegal.”

42. No mesmo sentido, também já decidiu o E. TRF – 1<sup>a</sup> Região:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM PROCEDIMENTAL PREVISTA NA LEI DE LICITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE GARANTIA ANTES DA HABILITAÇÃO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES.



01. *O procedimento de licitação observa etapas pré-determinadas, fixadas na Lei e no regulamento interno da licitação. Afere-se a qualificação dos participantes para, em seguida, examinarem-se as propostas daqueles que tiverem demonstrado condições de execução do objeto.*

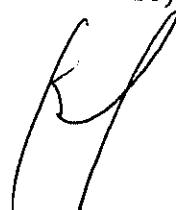
02. *Para aferição da qualificação dos licitantes, o art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93, exige que os mesmos ofereçam garantia na fase de habilitação do processo de licitação, e não antes.*

03. *Assim, resta ilegítima a exigência editalícia no sentido de que todos os participantes do certame prestem garantia no prazo de cinco dias úteis antes da data de abertura da licitação.*

04. *Apelação e remessa oficial desprovidas.”*

(AMS 2000.01.00.000311-0/DF, Rel. Juiz Fed. Conv. CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, 6<sup>a</sup> T., j. 4.6.2007, v.u., DJ 2.7.2007)

43. O C. TCU manifestou-se recentemente sobre a matéria, reconhecendo a nulidade da exigência prévia de garantia. No Acórdão 4606/2010 – 2<sup>a</sup> Câmara, a equipe técnica apontou a ilegalidade da exigência de comprovação de caução até cinco dias antes da licitação, conclusão essa que foi acolhida pelo Exmo. Ministro Relator: “*Considerando que a caução integra a documentação relativa à fase de HABILITAÇÃO, cujos documentos devem ser apresentados em envelope fechado, a ser aberto na data de abertura do processo licitatório, a exigência da prestação antecipada fere o disposto na legislação vigente.*” (Rel. Min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, DOU 25.8.2010).



44. Destarte, também este ponto deve ser alterado no edital, conformando-o aos ditames da legalidade, sob pena de nulidade completa do procedimento.

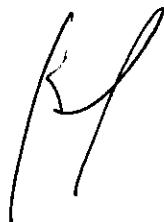
### **ILEGALIDADE NOS DOCUMENTOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**

45. No item 13.5.1 e 13.5.2, requer o edital a apresentação de atestado comprovando que a concorrente já executou empreendimentos onde tenha realizado investimentos da ordem de R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de reais). Tal documento, nos termos previsto no edital, visa a comprovação da **qualificação técnica** da concorrente. *Verbis*:

*13.5.1. Para fins de qualificação técnica, as concorrentes deverão apresentar os documentos consignados nos itens abaixo.*

*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:*

46. Não obstante, para comprovação da qualificação técnica, o edital somente pode exigir dos documentos constantes do artigo 30 da Lei 8.666/93 documentos relativos à qualificação técnica dos licitantes, **o qual não contempla a exigência prevista no instrumento convocatório:**



23

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

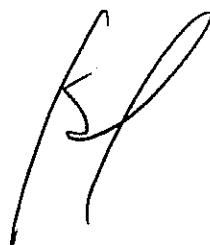
*I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;*

*II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;*

*III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;*

*IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.*

47. Como se verifica, o edital também neste ponto vulnera a legislação de regência, devendo ser suspensa a licitação para sua adequação aos ditames da Lei 11.0709/2004 e à Lei 8.666/93.



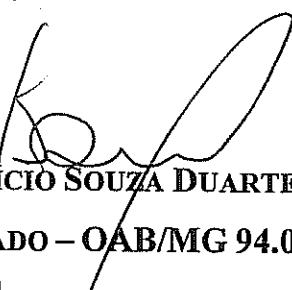
## DOS PEDIDOS

48. Ante o exposto, fica impugnado o edital conforme os fatos e fundamentos acima relatados por serem contrários à legislação de regência, devendo esta Comissão de Licitação **suspender a abertura do certame prevista para o próximo dia 18 de janeiro de 2010**, promovendo a adequação do edital conforme os itens indicados na presente peça.

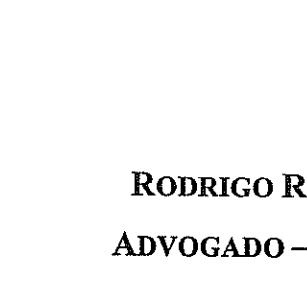
Nestes termos,

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 13 de janeiro de 2011.



FÁBRICIO SOUZA DUARTE  
ADVOGADO – OAB/MG 94.096



RODRIGO RIBEIRO PEREIRA  
ADVOGADO – OAB/MG 83.032