



TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA
Assessoria Jurídica de Licitações e Contratos

Processo nº 14.998/2019

Assunto: Impugnações ao Edital do Pregão Eletrônico nº 03/2020

Parecer nº 70/2020

1. Chegam os autos a esta Assessoria Jurídica para manifestação acerca das impugnações ao Edital do Pregão Eletrônico nº 03/2020, tempestivamente formuladas pelas empresas **POTENCIAL EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS EIRELI** (doc. nº 20587/2020) e **PROVIDER SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA.** (doc. nº 20591/2020).
2. A primeira delas – **POTENCIAL** – questiona: a) as exigências de qualificação econômico-financeira, especificamente o Capital Circulante Líquido mínimo de 16,66% do valor ofertado pela licitante para os 12 meses de prestação dos serviços em ano não eleitoral e o Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% do valor da proposta (condição 12.1.6.1, alíneas “b” e “c”) do ato convocatório; b) a condição 12.1.7, alíneas “a” e “b”, que impõem, como requisito de qualificação técnica, a apresentação de atestados ou declarações, em nome da licitante, que comprovem que a empresa gerencia ou gerenciou serviços terceirizados com, no mínimo, 20 postos de trabalho, bem como a comprovação de experiência mínima de 3 anos na prestação de serviços terceirizados.
 - 2.1. De referência à qualificação econômico-financeira, alega que as alíneas “b” e “c” da condição 12.1.6.1 são exorbitantes, ferindo os princípios da finalidade e da competitividade. Aduz que o atendimento aos Índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 seria suficiente para demonstrar a boa saúde financeira da empresa, não podendo tal requisito ser cumulado com outras exigências previstas no art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Ressalta que a garantia contratual, a ser apresentada após a celebração do ajuste, assegura o adimplemento das prestações.
 - 2.1.1. Para fundamentar suas argumentações, colaciona decisões dos Juízos da 5ª, 6ª e 7ª Varas da Fazenda Pública de Salvador – BA.
 - 2.1.2. No que tange à comprovação de Capital Circulante mínimo, acrescenta não ter amparo legal. Quanto ao percentual de 16,66%, afirma que a Administração não pode fixá-lo de “maneira aleatória”, dependendo de “decreto regulamentador”.

2.2. Passando à qualificação técnica, a impugnante reforça que as condições em pauta maculam os princípios da finalidade, competitividade e isonomia. Assevera ser ilegal exigir atestados em nome da empresa. Transcreve o art. 30, II, § 1º, da Lei nº 8.666/93, concluindo que a norma admite que a comprovação se dê através do acervo do responsável técnico da licitante. Junta excertos de julgados que tratam da capacidade técnico-profissional em licitações. Em relação ao prazo de experiência, classifica a exigência como ilegal.

2.3. Ao final, requer: a) que, para as licitantes que comprovem Índices Financeiros iguais ou superiores a 1, sejam excluídas as exigências concernentes ao Patrimônio Líquido e ao Capital Circulante; b) que seja admitida a comprovação da capacidade técnica por meio de atestados de capacidade técnica da empresa licitante ou por meio do acervo técnico dos seus respectivos responsáveis; c) que seja suprimida a comprovação de experiência mínima de 3 anos na prestação de serviços terceirizados; d) que a impugnação seja recebida como recurso, atribuindo-lhe efeito suspensivo, a fim de evitar o prosseguimento do certame.

3. A PROVIDER impugna a condição 10.6, “a”, do Edital, por considerá-la desarrazoada. Sustenta que a Administração só levou em consideração as empresas que são tributadas pelas alíquotas de 0,65% para o PIS e 3,00% para o COFINS. Afirmar que tal limitação quanto à formação do custo da empresa viola o princípio da livre concorrência. Além disso, a planilha teria o condão apenas de demonstrar a exequibilidade do lance ofertado, não se prestando a impedir a participação de empresas que adotam regimes de tributação diferentes. Assim, pede a revisão e republicação do ato convocatório para que sejam consideradas na estimativa de preço da licitação as alíquotas maiores (1,65% e 7,60%, respectivamente), permitindo-se que todas as empresas que atuam na área participem do certame com isonomia.

É o relatório.

4. Para facilitar a compreensão, trataremos de cada um dos pontos questionados individualmente.

5. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

5.1. Prescreve a condição 12.1.6.1 do Edital, *in verbis*:

“**12.1.6.** Qualificação econômico-financeira:

(...)

b) Balanço Patrimonial do último exercício social exigível, apresentado na forma da lei.

b.1) O último exercício social exigível será o do ano imediatamente anterior, no caso de transcorridos os seguintes prazos para apresentação do Balanço Patrimonial:

b.1.1) 30 de abril, nos termos do disposto no art. 1078 do Código Civil;

b.1.2) Último dia útil do mês de maio, para as licitantes obrigadas a adotar o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), conforme IN-RFB 1774/2017 (Acórdãos TCU-Plenário de n.os 119/2016 e 2293/18).

12.1.6.1. Os documentos exigidos para fins de qualificação econômico-financeira deverão comprovar o seguinte:

a) Índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1;

b) Capital Circulante Líquido - CCL ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) **do valor ofertado pela licitante para os 12 meses de prestação dos serviços, ano não eleitoral;**

c) Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor da proposta da licitante.”

5.2. Defende a impugnante que as exigências constantes das alíneas “b” e “c” seriam supletivas e não cumulativas, aplicando-se apenas às licitantes que não alcançassem índices financeiros superiores a 1 (um). A argumentação, todavia, não procede. O art. 31 da Lei nº 8.666/93, ao revés, possibilita que a boa saúde financeira da empresa seja avaliada com base em índices (§ 1º), na exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo (§ 2º) e na relação de compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira (§ 4º), competindo ao órgão promotor do certame, diante dos riscos envolvidos na contratação, eleger os critérios adequados ao caso concreto.

5.3. Acerca das vedações legais, que limitam a discricionariedade administrativa, disserta Renato Geraldo Mendes¹:

“Há no § 1º do art. 31 dois tipos de vedação: implícita e explícita. A implícita está presente na condição de que ‘a exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir’ e decorre diretamente da imposição prevista na parte final do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal. Assim, **tem a Administração o direito e o dever de assegurar que o licitante terá condições financeiras mínimas de cumprir suas obrigações contratuais. Não se trata aqui de potencializar a exigência de capacidade financeira a fim de reduzir ao máximo os eventuais riscos envolvidos com a contratação. A redução máxima do risco implicaria, necessariamente, a redução da competitividade. Dessa forma, o legislador fixou uma solução equilibrada, ou seja, que atendesse, simultaneamente, aos seguintes valores: cumprimento da obrigação, competitividade e economicidade.** Por outro lado, a vedação explícita tem o propósito de impedir que se possa realizar a análise da capacidade com base em faturamento, rentabilidade ou lucratividade. A opção legal foi restringir ou limitar a análise a determinados indicadores contábeis, tais como liquidez corrente, liquidez geral, liquidez seca, solvência geral, etc. Em face de tal exigência legal, está a Administração impedida de exigir: (a) comprovação de capacidade financeira que seja incompatível ou desproporcional com as obrigações a serem assumidas contratualmente e (b) comprovação baseada em faturamento, rentabilidade ou lucratividade. **Por outro lado, é**

¹ Disponível em: <<https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaCliente>>. Acesso em: 06 fev 2020.

importante notar que toda exigência e toda comprovação devem ter como parâmetro objetivo o valor estimado da contratação.” (destacamos).

5.4. Impende ressaltar que as exigências de qualificação econômico-financeira previstas no ato convocatório encontram-se estabelecidas na Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 05, de 26 de maio de 2017, nos seguintes termos:

“ANEXO VII-A

DIRETRIZES GERAIS PARA ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

(...)

11. Das condições de habilitação econômico-financeira:

11.1. Nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração deverá exigir:

a) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao último exercício social, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC), e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um);

b) Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social;

c) Comprovação de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta;”

5.5. O regramento acima destacado foi promulgado em face de determinação do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário. Tal decisão constitui um marco nas contratações públicas envolvendo terceirização de mão-de-obra, haja vista que resultou de amplo estudo desenvolvido por grupo formado por representantes do TCU, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP, da Advocacia Geral da União – AGU, do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal. Pela pertinência e profundidade da análise realizada, transcrevemos excertos do julgado:

“**RELATÓRIO**

(...)

III.a –Qualificação econômico-financeira

(...)

85. No intuito de conhecer a abrangência das exigências de qualificação econômico-financeira nos processos licitatórios para contratação de serviços terceirizados foram consultados editais de vários órgãos federais e percebeu-se que, embora a legislação permita exigência maior, somente tem-se exigido a comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando quaisquer dos índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral são iguais ou inferiores a 1 (um).

86. Ocorre que, via de regra, as empresas não apresentam índices inferiores a 1 (um), por consequência, também não se tem exigido a comprovação do patrimônio líquido mínimo, índice que poderia melhor aferir a capacidade econômica das licitantes.

87. Por certo, este aparente detalhe, tem sido o motivo de tantos problemas com as empresas de terceirização contratadas que, no curto, médio e longo prazos, não conseguem honrar os compromissos assumidos com os contratantes.

88. O problema está no fato de que o cálculo de índices contábeis pelo método dos quocientes, tal como disponibilizado no SICAF, por si só, não tem demonstrado adequadamente a capacidade econômico-financeira das licitantes, eis que não a evidenciam em termos de valor. Assim, tem-se permitido que empresas em situação financeira inadequada sejam contratadas.

(...)

90. A título de exemplificação, em tese, na avaliação da liquidez corrente, uma empresa com R\$ 1,50 (um real e cinquenta centavos) no ativo circulante e R\$ 1,00 (um real) no passivo circulante terá o mesmo índice de liquidez de outra empresa com R\$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos mil reais) no ativo circulante e R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão) no passivo circulante, qual seja, liquidez corrente igual a 1,5.

91. Observa-se que, embora tenham o mesmo índice, são empresas com capacidades econômico-financeiras totalmente distintas. Todavia, se não fosse conhecido o ativo e o passivo circulante em termos de valor monetário, seriam elas, equivocadamente, consideradas como equivalentes do ponto de vista econômico-financeiro. Daí a utilidade do capital circulante líquido – CCL.

(...)

93. Ao contrário das empresas de fornecimento de bens, as de terceirização de serviços são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo e de alta liquidez, como moeda corrente, pois se faz necessário que disponham de recursos suficientes no ativo circulante para suportar despesa com a folha de pagamento e outros encargos a cada mês, independentemente do recebimento do pagamento do órgão para o qual presta os serviços.

(...)

95. O pagamento somente pode ocorrer após o ateste do serviço realizado, normalmente no decorrer do mês posterior à prestação dos serviços. Assim, faz sentido exigir das licitantes que tenham recursos financeiros suficientes para honrar no mínimo 2 (dois) meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante. Uma empresa que não tenha esta capacidade quando da realização do processo licitatório, certamente terá dificuldades de cumprir todas as obrigações até o fim do contrato.

(...)

100. Nos termos do artigo 31, parágrafos 1º e 5º, da Lei nº 8.666/93, no que diz respeito aos índices, somente é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade, bem como índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

(...)

102. Assim, com base nesses pressupostos, propõe-se as seguintes condições de habilitação econômico-financeira para comporem os editais destinados à contratação de serviços terceirizados:

As licitantes deverão apresentar a seguinte documentação complementar:

Capital Circulante Líquido – CCL:

1.1. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da realização do processo licitatório, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo,

16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação;

Patrimônio Líquido – PL mínimo de 10%:

1.2. Comprovação de patrimônio líquido não inferior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da sessão pública de abertura do processo licitatório;

(...)

VOTO

(...)

Qualificação econômico-financeira

44. O grupo de estudos registrou que as exigências de qualificação econômico-financeira previstas na maioria dos editais não estão sendo capazes de evitar a contratação de empresas sem a devida capacidade econômico-financeira para honrar os compromissos pertinentes à prestação dos serviços.

45. O grupo entende que deve ser sempre exigido que a empresa tenha patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado da contratação, independentemente dos índices de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral. O grupo ressalta que empresas de prestação de serviço são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo para honrar seus compromissos, sendo necessário que elas tenham recursos suficientes para honrar no mínimo dois meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante. **Assim, propõe que se exija dos licitantes que eles tenham capital circulante líquido de no mínimo 16,66% (equivalente a 2/12) do valor estimado para a contratação (período de um ano).**

(...)

47. A então 3ª Secex, ao analisar esse ponto, entendeu que não haveria autorização legal para a exigência de capital circulante líquido mínimo de 16,66% do valor estimado da contratação. Assevera que tais números ‘por serem limitadores do direito de licitar dos administrados, não podem ser aleatoriamente fixados pela administração’. Aduz aquela unidade técnica que o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93 diz que as demonstrações contábeis têm por objetivo comprovar a ‘boa situação financeira’ da empresa, ‘o que, sem dúvida, explana conceito aberto, mas nem por isso autorizador de limitações indevidas por parte do administrador, daí por que, mesmo razoáveis os valores e índices declinados na proposta, estes só podem ser adotados se estabelecidos por meio de decreto regulamentador, visto que este tipo de normativo existe justamente para explicitar a lei’ (grifos do original).

48. Entendo não assistir razão à unidade técnica nesse aspecto. **A prevalecer o entendimento defendido pela então 3ª Secex, só poderiam ser adotados critérios e índices expressamente estabelecidos na própria Lei 8.666/93 ou em decreto regulamentador. Nessa hipótese, as únicas exigências numéricas possíveis, na ausência de decreto regulamentador sobre a matéria, seriam o capital social ou patrimônio líquido de até 10% do valor estimado da contratação (expressamente previsto no art. 31, §3º da Lei 8.666/93) e a garantia, limitada a 1% do valor estimado (art. 31, inciso III). Nem mesmo o estabelecimento de valores mínimos de índices poderia ser feito, uma vez que não há previsão normativa expressa a respeito desses valores.**

49. A leitura do art. 31 da Lei de Licitações indica que o legislador não estabeleceu de forma precisa quais critérios, índices e valores a serem requeridos. E nem deveria fazê-lo, julgo eu, diante da diversidade de tipos e complexidades de objetos, que podem requerer exigências distintas. A lei estabeleceu sim, determinados limites para

as exigências a serem feitas pela administração, como valor máximo de patrimônio líquido, vedação da imposição de faturamento anterior ou índices de rentabilidade ou lucratividade, proibição da exigência de índices e valores não usualmente adotados. **A lei também requer, de forma explícita, que a comprovação da boa situação financeira seja feita de forma objetiva por meio de índices devidamente justificados no processo administrativo da licitação.**

50. Assim, se os critérios previstos pela administração estiverem dentro desses parâmetros, entendo que é perfeitamente legal exigi-los. **E os critérios sugeridos pelo grupo de estudos situam-se nos limites estabelecidos em lei, tendo-se apresentado justificativas técnicas pertinentes que motivam sua adoção.**” (grifou-se).

5.6. Conclui-se que a exigência simultânea de que as licitantes comprovem índices, patrimônio líquido e capital de giro mínimos está autorizada em lei, sendo imprescindível à demonstração da saúde financeira necessária às empresas que executarão os serviços objeto do Pregão Eletrônico nº 03/2020.

6. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

6.1. Em relação aos requisitos de qualificação técnica, estabelece o ato convocatório:

“**12.1.7. Qualificação técnica:**

a) Atestado(s) e/ou declaração(ões) de capacidade técnica, expedido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, em nome da licitante, que comprove(m) aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades com o objeto desta licitação, assim entendida a que demonstra que a empresa gerencia ou gerenciou serviços terceirizados, com, no mínimo, 20 (vinte) postos de trabalho;

1.a.1. Será aceito o somatório de atestados e/ou declarações de períodos concomitantes para comprovar a capacidade técnica;

1.a.2. O(s) atestado(s) ou declaração(ões) de capacidade técnica deverá(ão) se referir a serviços prestados no âmbito de atividade econômica principal e/ou secundária da empresa;

b) Comprovação de experiência mínima de 3 (três) anos na prestação de serviços terceirizados, ininterruptos ou não, até a data da licitação;

1.b.1. Os períodos concomitantes serão computados uma única vez;

1.b.2. Para a comprovação de tempo de experiência, poderão ser aceitos cópias de contratos ou outros documentos idôneos, mediante diligência.”

6.2. A POTENCIAL EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS EIRELI insurge-se: a) quanto à titularidade dos atestados exigidos, entendendo que a comprovação poderia ser aceita em nome do responsável técnico da licitante; e b) em relação à exigência de prazo de experiência mínimo, alegando não possuir fundamento legal.

6.3. De igual modo, as razões da impugnante não devem prosperar. Nesse ponto, cumpre diferenciar o duplo caráter da qualificação técnica: a capacidade técnico-operacional e a capacidade técnico-profissional. Sobre o tema, leciona Marçal Justen Filho²:

“O desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 436-437.

executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis. Utiliza-se a expressão ‘capacitação técnica operacional’ para indicar essa modalidade de experiência, relacionada com a ideia de empresa. Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação pessoal de um único sujeito. **Indica-se a execução de um objeto que pressupõe a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo, jurídicas). O objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado. Portanto, não se tratou de experiência pessoal, individual, profissional. Exigiu-se do sujeito a habilidade de agrupar pessoas, bens e recursos, imprimindo a esse conjunto a organização necessária ao desempenho satisfatório.** Assim, a experiência seria das pessoas físicas – mas não dessas pessoas individualmente. Esse conjunto de pessoas físicas enfrentou desafios e problemas e os resolveu através da conjugação de seus esforços comuns. Cada uma das pessoas físicas, isoladamente, contribuiu para uma parcela para o êxito comum. Portanto, a perspectiva de enfrentar problemas no futuro e continuar a superá-los pressupõe a manutenção dessa organização.

A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

Por outro lado, utiliza-se a expressão ‘qualificação técnica profissional’ para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração. **A questão da qualificação técnica profissional somente pode ser compreendida em face de obras e serviços de engenharia.** É que a legislação que regula a profissão subordina a realização de qualquer obra ou serviço de engenharia a um controle específico em face dos órgãos de classe (CREA). Esse controle envolve a participação e a responsabilidade técnica de um profissional (pessoa física) regularmente inscrito no CREA. Veja-se que o profissional que é indicado como ‘responsável técnico’ não é, na quase totalidade dos casos, parte da relação jurídica contratual. A obra ou serviço de engenharia é contratada com uma certa pessoa jurídica. A responsabilidade técnica é de uma pessoa física – que pode ser sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia.

Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública).” (negritamos).

6.4. Da inteligência da doutrina colacionada, depreende-se que a impugnante confunde as modalidades de capacidade técnica. Interessa a este Tribunal verificar se a empresa possui expertise na execução do objeto e não se detém em seu quadro de pessoal profissional com uma qualificação específica (que, como explicitado acima, só tem relevância para obras e serviços de engenharia).

6.5. Atentando-se para esse aspecto, é que o Grupo de Estudos sugeriu à Corte de Contas da União a adoção dos critérios ora exigidos no Pregão nº 03/2020:

“112. As empresas que prestam serviços terceirizados, em regra, não são especialistas no serviço propriamente, mas na administração da mão de obra. É uma realidade de mercado à qual a Administração precisa se adaptar e adequar seus contratos. É cada vez mais raro firmar contratos com empresas especializadas somente em limpeza,

ou em condução de veículos, ou em recepção. As contratadas prestam vários tipos de serviço, às vezes em um mesmo contrato, de forma que adquirem habilidade na gestão dos funcionários que prestam os serviços, e não na técnica de execução destes.

(...)

114. **O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais.** É situação muito diversa de um contrato que envolva complexidade técnica, como uma obra, ou de um contrato de fornecimento de bens, em que a capacidade pode ser medida tomando-se como referência a dimensão do objeto – que serve muito bem o parâmetro de 50% usualmente adotado.

(...)

117. Com o propósito de atender aos princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, entende-se que deve ser requerido, para demonstrar a capacidade técnica para gerir pessoal, um mínimo de 20 (vinte) postos, pouco importando as dimensões dos serviços. **Essa exigência presta-se a assegurar que a contratada possui a aptidão mínima para gerenciar contratos de natureza continuada, com cessão de mão de obra, perante a administração pública, até o limite de quarenta postos.** Após esse limite, passaria a ser exigido 50% do total de postos de trabalho objeto da licitação.” (grifos acrescidos).

6.6. Convém realçar que o quantitativo de postos da contratação encontra-se plenamente compatível com o mínimo exigido na condição 12.1.7, “a”, uma vez que os serviços envolvem a alocação de 26 postos regulares, podendo alcançar até 46 empregados em anos eleitorais.

6.7. No que tange à experiência mínima de 3 anos na prestação de serviços terceirizados, observa-se que o art. 30, II, da Lei nº 8.666/93 admite que a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação leve em consideração o prazo de execução³.

6.8. Nesta perspectiva, o voto condutor do Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário, abraçando as justificativas elencadas pelo Grupo de Estudos, julgou válida a recomendação para que fossem exigidos, no mínimo, 3 anos de experiência:

“76. Outro aspecto considerado relevante pelo grupo é requerer que as empresas evidenciem experiência mínima de 3 anos na prestação dos serviços, de forma a evitar a contratação de empresas inexperientes, novas de mercado. **Essa exigência objetiva minimizar os riscos de a administração contratar empresas que acabem não conseguindo cumprir o contrato durante todo o seu período, o que vem acontecendo com frequência.**

³ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...) II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

79. A então 3ª Secex se manifesta contrariamente à possibilidade das exigências dos 20 postos e do mínimo de 3 anos de experiência, entendendo não haver amparo legal para elas. Até mesmo em relação ao percentual de 50% dos serviços a ser contratados a unidade entende não ser legal o estabelecimento dessa exigência.

80. Mais uma vez, com as devidas vênias, discordo da unidade técnica. Tal como fez na análise das questões relacionadas à qualificação econômico-financeira, a unidade adotou uma visão bastante restritiva, basicamente argumentando que tais exigências (20 postos e experiência mínima de 3 anos) não estão previstas em lei e, portanto, sua exigência nos editais seria indevida. Particularmente em relação à experiência mínima, ressalta que seria necessária a expedição de decreto regulamentador para possibilitar a inserção de tal requisito nos editais.

81. **Na mesma linha que defendi anteriormente, também nesse caso entendo de forma diferente. A lei possui caráter geral, pois se destina a regular todas as situações. Em razão disso, dada a diversidade de possíveis objetos, seria difícil e até temerário a legislação entrar em um nível de detalhe tal a especificar quantidades e percentuais a serem requeridos.** O art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93 estabelece que a administração deve exigir que a licitante comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto. Os parágrafos do citado artigo estabelecem algumas regras para tentar evitar abusos ou exigências desarrazoadas, no sentido de garantir a observância do art. 37, inciso XXI, *in fine* da Constituição Federal, que só permite as exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Algumas das restrições feitas pela Lei 8.666/93 relativas às exigências que podem ser estabelecidas são as seguintes: vedação da exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou em locais específicos, proibição de exigências de propriedade e de localização prévia de equipamentos e pessoal.

82. **Estando as exigências dentro dos limites autorizados pela lei, não há porque a priori, considerá-las indevidas. O que se deve verificar é sua pertinência para garantir a cumprimento (ou ao menos diminuir o risco de descumprimento) das obrigações das contratadas, sem restringir indevidamente a competitividade das licitações.**” (destacou-se).

6.9. Insta salientar que a medida foi considerada razoável tendo por parâmetro a vigência de 12 meses, usualmente adotada pela Administração. No caso em comento, a exigência ganha maior importância, uma vez que o ajuste será formalizado por um prazo de 24 meses.

6.10. Também no que concerne à qualificação técnica, a Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 05/2017 reproduziu as orientações do TCU:

“ANEXO VII-A

DIRETRIZES GERAIS PARA ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

(...)

10. Da habilitação:

(...)

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração poderá exigir do licitante:

(...)

- b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;
- c) no caso de contratação de serviços por postos de trabalho:
 - c.1. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for superior a 40 (quarenta) postos, o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) com um mínimo de 50% (cinquenta por cento) do número de postos de trabalho a serem contratados;
 - c.2. quando o número de postos de trabalho a ser contratado for igual ou inferior a 40 (quarenta), o licitante deverá comprovar que tenha executado contrato(s) em número de postos equivalentes ao da contratação.”

6.11. Portanto, resta assentada a licitude das cláusulas editalícias que tratam da qualificação técnica, não merecendo o Edital do Pregão Eletrônico nº 03/2020 qualquer reparo, no particular.

7. REGIME DE TRIBUTAÇÃO PARA O PIS E COFINS

7.1. A PROVIDER SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA., citando o item 10.6, “a”, do Edital, argui a ilegalidade do instrumento convocatório, indicando que o regramento fere o princípio da isonomia ao impedir que as empresas tributadas pelo regime não cumulativo concorram no certame em igualdade de condições com as licitantes que adotam o regime cumulativo.

7.2. Nota-se que, em verdade, o questionamento da empresa se refere ao parâmetro adotado para a estimativa de preços elaborada pela Administração, uma vez que, na planilha de custos e formação de preços (Anexo II), que define o valor máximo da contratação, foram utilizados os percentuais de 0,65% para o PIS e de 3,00% para o COFINS (regime cumulativo).

7.3. Vejamos o que estabelece o dispositivo impugnado:

10.6. Juntamente com a(s) planilha(s) de custos e formação de preços, a **licitante** deverá encaminhar os seguintes documentos:

a) declaração do regime de tributação que será adotado durante a execução do contrato, para o PIS e a COFINS (cumulativo ou não cumulativo), ou Simples Nacional (**somente cabível quando se tratar de serviços de limpeza e higienização, vigilância ou serviços de engenharia**);

7.3.1. Ora, se as licitantes estivessem impedidas de orçar alíquotas distintas daquelas consideradas na planilha da Administração, não haveria sentido em solicitar a declaração do regime de tributação. O documento presta-se, justamente, à verificação da exequibilidade da proposta. Cabe ao Pregoeiro analisar se o lance ofertado reflete os reais custos da empresa (inclusive quanto aos tributos a que a licitante está sujeita). Sedimentando nossas conclusões, o item 4 do Anexo III do Edital explicita que:

“4. Os Encargos Sociais e os tributos (ISS, COFINS e PIS) devem ser informados com base no regime de tributação ao qual a licitante estará submetida durante a

execução do contrato. No caso específico de itens Estimativos, estes devem ser definidos com base na realidade da empresa.”

7.4. Assim, constata-se que o regramento do ato convocatório não estabeleceu limitações à forma de tributação das licitantes, respeitando o princípio da livre concorrência, sem interferir na esfera dos particulares.

7.5. Quanto aos percentuais adotados na planilha, cumpre ratificar os custos estimados pela Administração. O princípio da economicidade impõe a previsão do melhor cenário possível, que, quanto à matéria, significa a inclusão do percentual de 0,65%, a título de PIS, e 3,00%, para fazer frente ao COFINS.

7.5.1. Como dito acima, tal previsão não obsta que as licitantes submetidas ao regime não cumulativo incluam em suas propostas os percentuais de 1,65% e 7,60%. A planilha do Anexo II é meramente orientativa, devendo ser adaptada pelos licitantes à sua realidade.

8. Por tudo quanto exposto, opinamos pelo não acolhimento das impugnações apresentadas pelas empresas POTENCIAL EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS EIRELI e PROVIDER SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA.

9. Entretanto, debruçando-nos com mais vagar sobre as exigências de qualificação econômico-financeiras, constatamos equívoco quanto à base de cálculo sobre a qual deverá incidir o percentual de 10% para comprovação do Patrimônio Líquido mínimo.

9.1. De acordo com a alínea “c” da condição 12.1.6.1, a licitante deverá comprovar Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% **do valor da proposta da licitante**. Ocorre que a contratação terá vigência de 24 meses, de modo que o valor da proposta corresponderá a este período.

9.2. Aplica-se o mesmo raciocínio desenvolvido no Parecer nº 11/2020 (doc. nº 7004/2020):

“7.3. Em relação à qualificação econômico-financeira, julgamos que a exigência contida na condição 12.1.6.1, ‘b’, tal como ora se apresenta, não se mostra razoável. Quando o Acórdão nº 1.214/2013 recomendou a inclusão desse requisito nas licitações, o cálculo pretendeu assegurar que a empresa pudesse arcar com os custos dos salários e demais encargos sociais e trabalhistas por um período de dois meses sem a contraprestação da Administração. Para tanto, depreendemos que no racional desenvolvido pelo Grupo de Estudos⁴ se pensou em valor total do ajuste considerando **a vigência de doze meses usualmente adotada pela Administração**. *In casu*, temos uma vigência inicial de 24 meses, elevando, s.m.j., o parâmetro de comprovação da capacidade econômico financeira das licitantes, neste particular.

⁴ No item 45 do Voto do Relator do Acórdão nº 1.214/2013 – Plenário consta referência expressa de que o valor estimado para contratação equivale ao período de um ano.

Este raciocínio foi desenvolvido em procedimento de apuração de conduta praticada em licitação (PAD nº 13825/2018), quando a empresa foi inabilitada pela não comprovação de possuir *‘Capital Circulante Líquido - CCL ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor ofertado’* para a prestação de serviços pelo **prazo de 24 meses**. Ali opinamos pela descaracterização da suposta conduta ilícita, traçando o entendimento de que *‘por força do prazo de vigência contratual estabelecido por período superior a 12 meses’*, se exigiu, ao final, *‘elevadas somas para atingimento dos índices fixados no ato convocatório’*. Portanto, guardando consonância com tal posicionamento, sugerimos que o percentual de 16,66% incida sobre o valor ofertado para 12 meses de prestação dos serviços, ano não eleitoral. Isto porque em ano não eleitoral é que se trata das despesas fixas, dos postos regulares, não temporários, cujos custos a empresa terá sempre que suportar, inclusive na hipótese de dois meses sem a correspondente contraprestação.”

9.3. Ressalte-se que o documento hábil à demonstração do Patrimônio Líquido é o Balanço Patrimonial do último exercício social. Não teria lógica exigir que a escrituração contábil, que segue a anualidade, fosse capaz de comprovar a capacidade financeira da empresa para executar dois anos de execução contratual. A alteração é indispensável ao atendimento do princípio da proporcionalidade.

9.4. Tratando das limitações à qualificação econômico-financeira, a Consultoria Zênite aponta para as cautelas que devem ser tomadas no momento do planejamento da contratação:

“Em razão do limite máximo de 10% fixado no § 3º do art. 31 da Lei nº 8.666/93, o licitante tem o direito de se opor quando tal limite não for respeitado. Portanto, haverá violação do direito do licitante quando a Administração não respeitar o limite ou não tomar como parâmetro de aferição da capacidade o valor estimado da contratação. **Se a Administração superestimar o valor da contratação e o licitante comprovar tal equívoco, bem como em razão dele não for possível atender à exigência de capital social ou patrimônio líquido, também poderá considerar que houve violação do seu direito, visto que o valor superestimado serviria para impor uma restrição indevida à sua participação.** Tais situações poderão ensejar a impetração de mandado de segurança por quem se sentir lesado, o que poderá trazer sérios problemas para a Administração. Assim, esse é um ponto que deve ser objeto de atenção por parte de quem planeja.”⁵ (destaques acrescidos).

9.5. Destarte, com base no poder-dever de autotutela, insta a adequação da alínea “c” da condição 12.1.6.1, passando a prever:

c) Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor ofertado pela licitante para os 12 meses de prestação dos serviços, ano não eleitoral.

10. Na oportunidade, tendo em vista que os requisitos de habilitação encontram-se completamente especificados na Seção XII do edital, e objetivando evitar prescrições contraditórias (o que se verificou na hipótese dos presentes autos), sugerimos a supressão do Tópico 14 do Termo de Referência.

⁵ Disponível em: <<https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaCliente>>. Acesso em: 06 fev 2020.

11. Em resumo, posicionamo-nos pela adoção das seguintes providências:

- a) não acolhimento das impugnações ao Edital do Pregão Eletrônico nº 03/2020;
- b) suspensão do certame, cuja abertura está agendada para o dia 07/02/2020, às 9hs, para promoção das alterações recomendadas nos itens 9.5 e 10 deste opinativo, com a consequente republicação do edital, reabrindo-se o prazo para envio das propostas.

É o parecer, *sub censura*.

Salvador, 06 de fevereiro de 2020.

Patrícia Caleffi

Técnico Judiciário