

PARECER

Campinas, 28 de janeiro de 2019.

Protocolo nº: 2018.00000231-79

Objeto: Contratação de empresa para prestação de serviços de controle, operação e fiscalização de portarias e edifícios com a efetiva cobertura dos postos designados nas unidades da FUMEC/CEPROCAMP em Campinas/SP, conforme condições e especificações deste Termo de Referência.

Interessado: Fumec

Ao

Willian Soldera,

Trata-se de indagação do técnico do certame acerca de acontecimentos que se deram no decorrer da sessão de Pregão Eletrônico nº 02/2019, o qual tem como objeto a prestação dos serviços em referência.

Conforme narrado no documento ([1186087](#)), foram constatados inúmeros fatos relacionados à Licitante provisoriamente classificada em 1º lugar, qual seja, a **PONTOMIX EMPRESA JORNALÍSTICA, COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI (CNPJ/MF nº 27.219.629/0001-83)** e a empresa que emitiu o Atestado de Capacidade Técnica a **MAIS SERVICE SOLUTIONS EDITORA E COMÉRCIO LTDA. (CNPJ/MF nº 03.354.003/0001-11)**. Cumpre registrar que muitas das constatações advieram dos apontamentos feitos pelos demais Licitantes, o que, por sua vez, resultou na realização de diligências por parte dos prepostos da fundação com fundamento no artigo 43, parágrafo 3º da Lei nº 8.666/93 e que resultaram na apuração de novos fatos.

De forma sucinta, os apontamentos são os seguintes: (i) o atestado de capacidade técnica foi subscrito por indivíduo com o mesmo sobrenome (Almeida) e residente no

mesmo endereço que o titular da Eireli provisoriamente vencedora (Rua José Pessota, 383, São Paulo/SP), o que denota haver prévia relação entre eles, (ii) as notas fiscais dos serviços que embasam o atestado de capacidade técnica não têm como objeto os serviços de controle e acesso de portaria (objeto do certame), mas sim os serviços de *(instrução, treinamento, orientação pedagógica e educacional, avaliação de conhecimentos de qualquer natureza)*; (iii) o contrato apresentado, não obstante datar de agosto de 2018, prevê pagamentos somente a partir do mês de janeiro de 2019; (iv) os comprovantes de pagamento apresentados (cheques) sequer foram compensados até o presente momento, não obstante os mais de 5 (cinco) meses de vigência contratual; (v) a documentação relativa ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS apresentada (GFIP) foi toda ela gerada somente no dia 23 de janeiro de 2019, após a exigência feita pelo Pregoeiro da Fumec; (vi) segundo o relato do técnico do certame (ainda não formalizada nos autos), quando requisitado a prestar as informações relativas à folha de salários de seus empregados que prestaram os serviços que fundamentara o atestado, a Licitante afirmou, num primeiro momento, que se tratavam de autônomos, sendo que, posteriormente, apresentou as GFIP's que apontam a mão de obra como sendo própria; (vii) o atestado de capacidade técnica e o contrato que lhe suporta apontam um prazo de vigência de 6 (meses), ao passo que o edital exige um prazo de 12 (doze) meses.

Os autos foram encaminhados à Procuradoria e Assessoria Jurídica da Fumec para uma análise jurídica, o que passamos a fazer a partir de agora.

Cumprido desde já registrar que o Atestado de Capacidade Técnica é o documento exigido com fundamento no artigo 30, inciso II da Lei nº 8.666/93 que objetiva certificar que a empresa interessada em contratar com o Poder Público tem experiência no objeto do certame e reúne as condições técnicas para tanto.

As afirmações contidas no referido documento têm presunção “*iuris tantum*” (ou seja, presunção relativa), conforme já decidiu a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no RESP nº 324.498/SC ao fazer constar na ementa deste precedente que: “*A presunção de autenticidade de documento fornecido por empresa particular é meramente iuris tantum*”.

Desta forma, não basta a mera apresentação do documento, devendo a Administração Pública investigar a veracidade dos fatos certificados no Atestado de Capacidade Técnica.

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

“A Lei permitiu a substituição de exames e documentos complexos por declarações fornecidas pelo licitante por terceiros. Ampliaram-se os riscos de fraudes e de irregularidades para evitar que requisitos de forma restringissem o amplo acesso à licitação. Deve haver um rigoroso controle acerca da veracidade e da autenticidade dos documentos fornecidos.

A aptidão técnica deve ser objeto de investigação minuciosa por parte da Administração Pública. Além do exame dos documentos e da realização de diligências internas, poderão ser efetuadas diligências externas (tais como vistorias, por exemplo), ainda quando não expressamente previstas no ato convocatório.

Muitas vezes, a documentação pode apresentar dados ou informações obscuros; poderão surgir dúvidas acerca da autenticidade dos documentos ou de seu conteúdo. A Administração Pública poderá executar diligências não previstas especificamente no ato convocatório. Tais diligências não poderão voltar-se ao exame de requisito não previsto no ato convocatório. Seu objeto apenas pode complementar e comprovar o conteúdo dos documentos. A atividade da Administração Pública não pode ser meramente passiva, sob pena de tornar inúteis as exigências contidas no ato convocatório. Deve promover-se a investigação acerca de dúvidas e, caracterizado o vício, a punição deve ser exemplar”. (Comentários A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Malheiros, 17ª edição, pág. 744).

Pela simples análise do Atestado de Capacidade Técnica ([1179388](#)) apresentado em nome da empresa **MAIS SERVICE SOLUTIONS EDITORA E COMÉRCIO LTDA.** e subscrito pelo Sr. **Ivanilson Oliveira de Almeida**, notamos que o mesmo reside no mesmo endereço que o titular da Eireli provisoriamente classificada em 1º lugar e beneficiária da declaração, a **PONTOMIX EMPRESA JORNALÍSTICA, COMÉRCIO E SERVIÇOS**

EIRELI, como apontam as Fichas da Junta Comercial do Estado de São Paulo (vide doc. [1183460](#) e [1183572](#) página 16) . O endereço é a Rua José Pessota, 383, São Paulo/SP.

Além disto, ambos têm o mesmo sobrenome “*Almeida*”. De fato, o subscritor do atestado emitido pela empresa **MAIS SERVICE SOLUTIONS EDITORA E COMÉRCIO LTDA.** é o Sr. **Ivanilson Oliveira de Almeida**, ao passo que o titular da empresa Licitante a **PONTOMIX EMPRESA JORNALÍSTICA, COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI** chama-se **Jonathan Vinícius Almeida Gomes**. Estes 2 fatos conjugados denotam uma prévia relação entre os mesmos, resultando, desta forma, em ofensa ao princípio da impessoalidade

Em situação na qual constatado o vínculo entre as empresas, o Tribunal de Contas da União – TCU já decidiu que a emissão de Atestado de Capacidade Técnica de uma em favor de outra resulta em ofensa ao princípio da impessoalidade e da moralidade. Neste sentido, podemos transcrever a passagem do Acórdão nº 11.676/2011:

“1.8.1 O exame da documentação do procedimento licitatório referente ao Pregão Eletrônico nº 01/2011, em conjunto com os documentos encaminhados pela Jucems e juntados a estes autos, demonstra a existência de estreito vínculo entre as empresas Silvia Helena Fernandes Jucá – ME e Pardo e Vieira Ltda. – ME, fornecedora de atestado de capacidade, ferindo os princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade;” (2ª Câmara, Rel. Raimundo Carreiro, sessão de 06/12/2001, Processo 015.550/2011-7, grifos nossos).

Outro apontamento diz respeito às notas fiscais apresentadas ([1179847](#) páginas 8 e 9) e que supostamente suportam o Atestado de Capacidade Técnica emitido. Basta uma simples análise no teor do documento para constatarmos que a mesma descreve como serviços prestados a: “*instrução, treinamento, orientação pedagógica e educacional, avaliação de conhecimentos de qualquer natureza*”, o que nada tem a ver com o objeto deste certame, que são os serviços de controle e acesso de portaria.

Novamente invocamos a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o qual já decidiu que o Atestado de Capacidade Técnica, por óbvio, deve ser pertinente ao objeto do certame. Neste sentido, transcrevemos a passagem do Acórdão nº 1417/2008:

*“9.2.2. ao inserir nos editais de licitação exigência de comprovação de capacidade técnica, seja a técnico-profissional ou técnico-operacional, como critério de pontuação de proposta técnica ou como requisito indispensável à habilitação de licitantes, consigne expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e **pertinentes ao objeto licitado**;” (Plenário, Rel. Augusto Sherman, sessão de 23/07/2008, Processo nº 007.535/2005-6, grifos nossos).*

Ainda em relação às notas fiscais apresentadas, as mesmas apontam como forma de pagamento o “*crédito em conta corrente*”, o que é incoerente com os cheques apresentados (e que sequer ainda foram compensados) para comprovar os pagamentos.

Em relação aos cheques (doc. [1186019](#)), é de se estranhar que os mesmos apontam como data para depósito dias futuros, mais especificamente somente os dias 29/01/2019 e 03/02/2019 (vide expressões “*bom para 29/01/2019*” e “*bom para 03/02/2019*”). Ou seja, senão bastasse o fato de que os supostos serviços vêm sendo prestados desde o mês de agosto sem remuneração alguma, - não obstante passados mais de 5 (cinco) meses desde o início da sua execução - os cheques emitidos ainda não estão aptos a serem depositados.

Cumprе ressaltar que o instrumento contratual apresentado ([1179847](#)) prevê em sua cláusula quarta a vigência a partir de 01/08/2018, mas os pagamentos somente a partir do mês de dezembro de 2018 (vide cláusula sétima), o que certamente não está de acordo com as práticas de mercado.

Ainda em diligências, foi solicitado à Licitante a empresa **PONTOMIX EMPRESA JORNALÍSTICA, COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI** que apresentasse a GFIP dos empregados que trabalharam na prestação dos serviços objeto do atestado. Conforme o relato do técnico do certame, num primeiro momento a empresa alegou tratar-se de autônomos, mas depois de forma incoerente apresentou a documentação relativa à previdência social em que os mesmos aparecem registrados em folha de pagamento como empregados (vide doc. [1183453](#) e [1183460](#)).

Ademais, as GFIPs **foram emitidas somente no dia 23/01/2019 após o início do procedimento de pregão e após o Pregoeiro exigir os mesmos**. Nota-se, desta forma, que até ser demandada para tanto a empresa sequer havia cumprido com as suas obrigações previdenciárias em relação aos empregados que supostamente laboraram nos serviços objeto do atestado de capacidade técnica emitido.

Por fim, foi constatado que tanto o Atestado de Capacidade Técnica apresentado quanto o contrato que lhe dá suporte preveem um prazo de vigência de 6 (seis) meses, o que afronta o disposto na cláusula 6.1 do edital que prevê um prazo compatível com o objeto desta contratação que é de 12 (doze) meses.

De fato, eis a redação da referida cláusula:

“6.4.1 Prova de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação, por meio da apresentação de Atestado (s), expedidos por pessoa jurídica de direito público ou privado;”

A ausência de impugnação significa que a Licitante concordou com os termos do edital, conforme a previsão contida na cláusula 15.7.4 do edital, razão pela qual não poderia a mesma, neste momento, insurgir-se contra as suas disposições.

Eis a redação da referida cláusula:

“15.7.4. A ausência de impugnação implicará na aceitação tácita, pelo licitante, das condições previstas neste Edital e em seus anexos, em especial no ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA e ANEXO V - MINUTA TERMO DE CONTRATO;”

Quanto aos gestores da Fumec, os mesmos estão vinculados aos termos do edital, devendo seguir rigorosamente os seus termos em função do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Este entendimento está positivado no artigo 41, “caput”, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe que:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso”. (grifos nossos).

A doutrina também segue o mesmo entendimento, conforme as palavras de Marçal Justen Filho, o qual se manifestou com as seguintes palavras: *“A Lei nº 8.666/93 determina que o silêncio do interessado acerca do vício do edital acarreta-lhe a impossibilidade de argui-la posteriormente. Qualquer vício deve ser objeto de imediato protesto por parte do licitante, sob pena de o silêncio constituir obstáculo a posterior questionamento”*. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Revista do Tribunais, 17ª edição, pág. 911).

Trata-se de uma decorrência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o qual vincula não somente a administração como também os particulares, conforme a passagem do trecho abaixo extraído do Acórdão nº 2367/10 do Plenário do Tribunal de Contas da União, sob a relatoria do Ministro Valmir Campelo, o qual transcrevemos:

“4. O princípio da vinculação ao instrumento convocatório, expresso no caput do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, dispõe: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”.

5. O edital torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Em sendo lei, o edital e seus termos atrelam tanto a Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto as licitantes – sabedoras do inteiro teor do certame.” (Plenário, Rel. Valmir Campelo, sessão de 15/09/2010, Processo nº 032.149/2008-2, grifos nossos).

Independentemente da previsão editalícia, o próprio Estatuto Licitatório já prevê que o Atestado de capacidade Técnica deve ser compatível tanto em relação aos prazos quanto ao objeto do certame, como se depreende da redação do disposto no artigo 30, inciso II do referido diploma, o qual transcrevemos:

“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” (grifos nossos).

Ante todo o exposto neste breve parecer elaborado num curto espaço de tempo em função da urgência que o assunto requer, **opinamos** no sentido da inabilitação da empresa **PONTOMIX EMPRESA JORNALÍSTICA, COMÉRCIO E SERVIÇOS EIRELI**.

Salvo melhor juízo, este é o nosso parecer.

Campinas, 28 de janeiro de 2019

Fernando Augusto Monteiro Perez

Procurador da Fumec

OAB/SP nº 153.882