

**COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL**

Processo:	2015006672
Interessado:	TESC SISTEMAS DE CONTROLE LTDA
Assunto:	IMPUGNAÇÃO
Licitação:	RDC Eletrônico nº 001/205

## **JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO**

A empresa TESC SISTEMAS DE CONTROLE LTDA, qualificada na inicial, em 09/10/2015, impugna o Edital de Licitação do RDC Eletrônico nº 001/2015, que tem por objeto *regularização ambiental, projeto básico, projeto executivo e execução de obras de implantação do corredor de transporte BRT (bus rapid transit) e do Sistema Inteligente de Transporte (SIT), na região sul de Palmas.*

Insurge-se a impugnante em especial quanto (a) a vedação de participação no certame de empresas em regime de recuperação judicial e (b) “exageradas” exigências de qualificação econômico-financeiras.

Para a impugnante, a vedação expressa no item 12.2.4, que veda a participação de empresa que se encontre em recuperação judicial não coaduna com o regime falimentar brasileiro instituído pela Lei nº 11.101/2005.

Em seus argumentos, alega ser inexigível a demonstração de regularidade fiscal das empresas em recuperação judicial para contratar com a Administração.

Aponta que detém um despacho judicial que autoriza a impugnante a participar de todo e qualquer certame licitatório na qual demonstre capacidade técnica.

Em relação às exigências de qualificação econômico-financeiras, a impugnante infere que a exigência cumulativa de índices contábeis, capital/patrimônio mínimo e garantia de proposta, além de ilegais, são extremamente rigorosas que reduzem o universo de participantes.

Cita, para embasamento, os arts. 43 e 44 da Instrução Normativa nº 02/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, além de decisão do TCU.

Sustenta que também é exigida a garantia de 1% do valor da “concessão”, conforme cláusula 15.1 do instrumento convocatório e, a partir daí, enumera diversas jurisprudências administrativas contrárias à exigência de capital/patrimônio mínimo e garantia.

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

Alega também a impropriedade de vinculação do valor estimado do contrato à capacidade econômica, o que causaria restrição indevida aos interessados na licitação.

Ao final, requer a reformulação do ato convocatório, sob pena de levar à apreciação dos órgãos fiscalizadores.

É o relatório, no essencial.

DECIDO.

A impugnação é tempestiva.

No mérito, vejo que não assiste razão à impugnante, pelas razões a seguir expendidas.

Sobre a questão da vedação de participação no certame de empresas em regime de recuperação judicial, em primeiro plano, convém assentar que a Comissão de Licitação, respondendo pedido de esclarecimentos no 2º Caderno de Perguntas e Respostas, disponibilizado no site [www.palmas.to.gov.br](http://www.palmas.to.gov.br), banner PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, link “Processo Licitatório do BRT”, em 08/10/2015, já se pronunciou no seguinte sentido:

### **PEDIDO DE ESCLARECIMENTO 07**

Se uma empresa em Recuperação Judicial e que possua uma Ordem Judicial liberando a mesma para participar de certames licitatórios poderá PARTICIPAR do presente certame???

#### **Resposta 07:**

Sim. Observada a legislação aplicável, uma empresa em recuperação judicial que possua uma ordem judicial liberando a mesma para participar de certames licitatórios poderá participar do RDC Eletrônico nº 001/2015, sem prejuízo de eventuais diligências da Comissão de Licitação junto ao Juízo responsável pelo acompanhamento da recuperação judicial para verificação do atendimento dos requisitos legais e cumprimento das etapas propostas de recuperação.

Sobre o tema, em linhas básicas, assim determina a legislação:

LEI Nº 11.101, DE 9 DE FEVEREIRO DE 2005.

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:

...

II – na recuperação judicial:

a) fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial;

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

- b) requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação;
- c) apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor;
- d) apresentar o relatório sobre a execução do plano de recuperação, de que trata o inciso III do caput do art. 63 desta Lei;

...

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

...

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

...

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

...

Art. 56. Havendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembléia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação.

...

§ 4º Rejeitado o plano de recuperação pela assembléia-geral de credores, o juiz decretará a falência do devedor.

...

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

...

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

...

§ 1º Durante o período estabelecido no **caput** deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

...

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;

II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do caput do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do caput do art. 94 desta Lei.

...

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;

III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;

b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;

c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;

d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;

e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial.

Deve ser observado, pela legislação da recuperação judicial transcrita, que existem inúmeros meandros que permeiam o respectivo processo. O despacho do Juiz que permite a dispensa de certidões para que exerça suas atividades (inc. II do art. 52) é apenas o primeiro passo. Após, diversas situações devem ser observadas para que esse documento tenha validade, sob pena de convalidação da recuperação judicial em falência, senão vejamos:

- a) Apresentação de um plano de recuperação judicial em até 60 dias após o despacho que deferir o processamento da recuperação judicial (art. 53 c/c art. 73);
- b) Aprovação do plano de recuperação judicial pelos credores (art. 56 § 4º c/c art. 73);

### COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

- c) Descumprimento de qualquer obrigação do plano de recuperação (art. 61 § 1º c/c art. 73);
- d) Por quaisquer das práticas que levam à decretação de falência (art. 73 parágrafo único c/c art. 94)

Por tais particularidades, vejo inoportuna e dispensável qualquer autorização editalícia no sentido de autorizar que empresas em recuperação judicial participem do procedimento licitatório.

Não é pelo simples fato de a empresa deter despacho inicial do Juiz em deferir o processamento da recuperação judicial é que a habilitação fiscal da empresa será automática. A Comissão de Licitação, até por dever legal, poderá diligenciar junto ao administrador judicial, ao Comitê de Credores ou ao próprio Juiz responsável para verificar o cumprimento das etapas da recuperação judicial, se assim entender pertinente.

Por óbvio, nenhuma empresa com despacho do Juiz deferindo o processamento da recuperação judicial será inabilitada (vide inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal), sem prejuízo de eventuais diligências da Comissão de Licitação, por força das disposições da Lei 11.101/2005.

Assim, devem ser mantidas as regras do item 12.2.4 atacadas pela impugnante, por se tratarem de questões genéricas.

No que se refere à qualificação econômico-financeiras, observa-se que a impugnante ou não leu o instrumento convocatório em sua totalidade ou pretende simplesmente tumultuar o certame.

Em princípio, oportuno frisar que a Instrução Normativa nº 02/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, que “*Estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG*” não tem aplicabilidade no Município de Palmas, vez que não é integrante do SISG e sequer utilizará o SICAF como instrumento de habilitação no procedimento licitatório.

Destarte, observa-se que as exigências dos índices contábeis e patrimônio líquido encontram-se respaldo na legislação, senão vejamos:

LEI Nº 12.462, DE 4 DE AGOSTO DE 2011.

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a **boa situação financeira da empresa**, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

**§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.**

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou **o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação**, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

No cumprimento dos termos legais, a comprovação da situação financeira da empresa será constatada pela obtenção de índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), conforme Edital:

21.2.17.1. A comprovação de boa situação financeira da empresa através dos Índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), que deverão ser maiores ou iguais a 1,00 (um inteiro);

Oportuno salientar que os índices exigidos na licitação (1,00) são os menores possíveis para que a empresa seja financeiramente considerada saudável, posto que índice inferior aponta para a insolvência de seus compromissos, ou passivos superiores aos ativos.

Quanto à exigência de patrimônio líquido, assim determina o Edital:

21.2.17.2. A licitante deverá comprovar Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor de sua PROPOSTA de PREÇO final;

Forçosamente, a exigência de patrimônio líquido (além da exigência de índices contábeis) encontra total respaldo na jurisprudência do TCU para contratações de grande porte.

Neste sentido são os ensinamentos alocados no Informativo de Jurisprudência de Licitações e Contratos nº 189, o qual reproduzo na íntegra por se amoldurar perfeitamente ao caso concreto da licitação do BRT:

**5. A adoção de critério único para a comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes, por meio de índices de liquidez, pode, em contratações de grande porte, levar à seleção de empresa sem condições ideais para fornecer os produtos ou serviços desejados pela Administração.**

Representação oferecida por cidadão apontara a existência de possíveis irregularidades em edital de pregão eletrônico realizado pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), que visava estabelecer ata de registro de preço para aquisição de trilhos ferroviários. Entre os itens questionados, o representante destacara que o instrumento publicado pela entidade não continha requisitos suficientes para a comprovação da capacidade econômico-financeira dos licitantes. O relator, ao examinar a questão, salientou que a “capacidade econômico-financeira envolve tanto a capacidade de pagamento das dívidas quanto a de mobilização de recursos para a sustentação dos negócios da entidade”. Destacou que a capacidade de pagamento das dívidas relaciona-se com a “liquidez e/ou solvência da organização” e a capacidade de mobilização de recursos diz respeito ao porte da entidade. Asseverou, após discorrer sobre a teoria contábil correlata ao tema, que, embora os índices de liquidez corrente e liquidez geral respondam se determinada empresa tem ou não condições de quitar as suas dívidas perante terceiros, eles “não oferecem visão alguma sobre o porte da entidade em termos absolutos”. Tais indicadores “buscam capturar exclusivamente a

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

capacidade de sobrevivência financeira da entidade ao longo do tempo, e guardam relação muito tênue com a capacidade econômico-financeira da entidade de prover os serviços ou produtos que a administração necessita”, o que os tornam insuficientes para atestar as condições de licitantes em certames de grande porte. Diante disso, e exemplificando situação hipotética, o relator concluiu que a “adoção de critério único para comprovação de capacidade econômico-financeira da empresa, por meio de índices de liquidez, pode levar, na fase de execução do contrato, à frustração do objetivo para o qual a licitação foi realizada”. O relator destacou, por fim, que a CBTU, visando agir com prudência, deveria ter exigido, além dos índices contábeis, uma das três opções previstas no Estatuto das Licitações e na Súmula/TCU 275/12, quais sejam capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurassem o adimplemento do contrato. Para o deslinde da questão, no entanto, verificando que não havia “imposição legal ou da jurisprudência desta Corte no sentido de se adotar o procedimento sugerido (...) e, ainda, considerando que se trata de licitação para registro de preços e que não foi interposto recurso que atacasse especificamente a falta de capacidade econômico-financeira das licitantes”, sugeriu, em proposta acolhida pelo Colegiado, que o Tribunal conhecesse da Representação e a considerasse improcedente, dando-se ciência à CBTU sobre a “possibilidade de se exigir, para fins de qualificação econômico-financeira, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, ou ainda garantias, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993 e da Súmula TCU 275/2012, adicionalmente à exigência de índices contábeis prevista no art. 31, § 1º da Lei 8666/1993, quando o valor da contratação e as características do mercado e do objeto assim recomendarem”. [Acórdão 647/2014-Plenário, TC 000.987/2014-0, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 19.3.2014.](#)

Destarte, sempre que o valor da contratação, as características do mercado e do objeto assim o recomendarem, a Administração deve impor como condição habilitatória, além dos índices contábeis, a exigência de capital/patrimônio líquido ou de garantias.

Desta feita, denota-se que tanto a exigência de índices contábeis quanto de patrimônio líquido encontram-se amparadas na legislação própria.

Outrossim, alega a impugnante a exigência indevida de garantia concomitantemente com o patrimônio líquido, citando o item 15.1 do Edital nos seguintes e exatos termos:

“15.1. Para garantia da execução do objeto, serão exigidos, 05 (cinco) dias úteis antes da assinatura do Termo de Concessão, garantia de 1% (um por cento) do valor da Concessão, observadas as disposições do art. 56, da Lei nº. 8.666/93”



## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

Ora, há que se questionar a seriedade de tal argumentação. Primeiro, o item 15.1 do Edital sequer trata do assunto, senão vejamos:

**15.1. Os trabalhos serão conduzidos por servidor público da Secretaria Municipal de Finanças, denominado Presidente da COMISSÃO, mediante a inserção e monitoramento de dados gerados ou transferidos no endereço eletrônico [www.licitacoes-e.com.br](http://www.licitacoes-e.com.br).**

Ademais, nos quesitos de qualificação econômico-financeira (vide itens 21.2.16 e 21.2.17) sequer tratam de exigência de garantia.

Assim, em nenhum momento, houve a exigência concomitante de garantia financeira para fins de qualificação com a exigência de patrimônio líquido. Ante a tantos ensinamentos do TCU, tal exigência não seria possível.

O que o Edital do RDC Eletrônico nº 001/2015 aponta é necessária exigência de garantia de execução do contrato (vide item 8.1 do instrumento convocatório), que nenhuma correlação existe com a fase de habilitação, e portanto sua exigência é perfeitamente legal e plausível, ante o volume financeiro do objeto a ser contratado e executado.

Assim, não há que se falar em utilização do valor estimado como base de cálculo para capacidade econômica, vez que o edital sequer faz qualquer vinculação do valor estimado da licitação (que inclusive é sigiloso) com exigência de qualificação econômica. Existe, sim, a correlação entre o valor proposto pelo melhor colocado (e somente dele) com o seu patrimônio líquido (10%), na forma do item 21.2.17.2 do Edital.

A exigência de garantia de execução do contrato, frise-se, nada tem a ver com a fase habilitatória do certame.

Acerca da garantia de execução do contrato, assim dispõe o edital atacado:

8.1.A Contratada deverá providenciar, no prazo de 10 (dez) dias úteis após a convocação para assinatura do contrato e entregar à SMAMTT antes de sua assinatura, a Garantia de Cumprimento do Contrato, correspondente a 20% (vinte por cento) do seu valor global (importância segurada), com prazo de vigência não inferior ao prazo de vigência do Contrato, numa das seguintes modalidades:

Sobre a garantia contratual na CONTRATAÇÃO INTEGRADA (inclusive no valor de 20% do valor do contrato), já se manifestou o TCU pela legalidade, no ACÓRDÃO Nº 2745/2013 – TCU – Plenário, do qual reproduzo integralmente o trecho do relatório que trata da matéria:

18. O segundo ponto objeto de contenda é acerca da legalidade da exigência contratual de estabelecer seguro garantia de 20% do valor total contratado. A contenda consiste na viabilidade de exigir

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

tal montante a ser segurado, ponderando a disposição constante do art. 56 da Lei 8.666/93 que limita as garantias contratuais em 5% (ou 10%, conforme o caso).

19. Para o deslinde meritório da matéria, convém reproduzir os dispositivos legais em xequê, constantes da Lei 12.462/2011:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

(...)

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

(...)

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

IV - condições de aquisição, de **seguros** e de pagamento **compatíveis com as do setor privado**, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei;

(...)

Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

20. Por sua vez, no art. 56 da Lei de Licitações consta:

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

(...)

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

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

**II - seguro-garantia;**

III - fiança bancária.

§ 2º As garantias a que se referem os incisos I e III do parágrafo anterior, quando exigidas, não excederão a 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a **cinco por cento** do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até **dez por cento** do valor do contrato. (grifei)

21. Entende a unidade técnica, em resumo, ser inteiramente aplicável o art. 56 da Lei 8.666/93. O art. 4º, inciso IV, do RDC – sobre as

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

condições de seguros compatíveis com as do setor privado – não afastariam os limites para seguro-garantia figurados na Lei de Licitações. Em termos literais, a exceção da Lei 12.462/2011 se refere a condições de seguro, não de garantia. A majoração de tal limite compulsório, somados aos maiores riscos de uma contratação integrada, reduziria o universo de licitantes. Redundaria na participação apenas de empresas de maior capital, representando, de maneira transversa, uma condição habilitatória diversa do rol exaustivo estabelecida em lei. Ilegal, portanto.

22. Creio, de outro modo, que um juízo justo sobre a matéria – mesmo que perfunctório, nesta fase processual – deva passar por uma visão finalística; nem tanto gramatical.
23. O intuito da instituição das garantias contratuais na Lei de Licitações, logicamente, é resguardar a Administração de eventual prejuízo ou inadimplemento do objeto, fruto de responsabilidade da contratada. Os limites estabelecidos, nesse norte, seriam os necessários e suficientes para cumprir esse desiderato, sem, todavia, onerar desnecessariamente o contrato de tal forma a restringir, em demasiado, a participação de potenciais concorrentes. Prêmios muito altos de seguros tendem a ser por demais custosos. Em verdade, a fixação de um valor estabelece um limite de cobertura; institui um limite de riscos e, em consequência, um "custo padrão" que viabilize a ampla participação de interessados no certame.
24. O objetivo inscrito no art. 4º, inciso IV, da Lei 12.462/2011 – tido como uma das diretrizes do RDC – não é, outro, que não acautelar eventual prejuízo. Esse dispositivo, contudo, foi inserido em um contexto muito mais específico, relacionado à forma de entrega e pagamento do objeto (condições de aquisição, seguros e pagamento). Essas condições não de obedecer às práticas correntes do mercado, como requisito para a obtenção da melhor proposta (sob o risco de não tê-la).
25. Para explicar a situação, trago o assunto recorrente da viabilidade de se antecipar pagamentos. Via de regra, tal possibilidade se faz vedada. Para certos segmentos do mercado, contudo, tais antecipações são comuns. A própria Administração, se não se render as essas regras próprias de determinados segmentos do mercado, não conseguirá obter o produto almejado. A aquisição de elevadores é um caso típico; paga-se boa parcela do objeto antes da sua entrega. Chillers de ar condicionado são outro exemplo. Grandes máquinas, sob encomenda, geralmente seguem essa regra.
26. Obviamente que para acautelar essa antecipação, a Administração deve exigir uma forma de seguro própria. Como consta, por exemplo, do Acórdão 1.726/2008-Plenário:
  - 9.1.1. abstenha-se de realizar pagamentos antecipados aos contratados quando não houver a conjunção dos seguintes requisitos assinalados no Acórdão 1.442/2003-1ª Câmara: previsão no ato convocatório, existência no processo licitatório de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida e estabelecimento de **garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação;**

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

27. Ou no voto condutor do Acórdão 157/2008-Plenário:
9. Quanto ao pagamento antecipado, forçoso reconhecer que ele não é vedado pelo ordenamento jurídico. Em determinadas situações ele pode ser aceito. Mas esta não é a regra. Ordinariamente o pagamento feito pela Administração é devido somente após o cumprimento da obrigação pelo particular. Não obstante, a doutrina reconhece a possibilidade de sua utilização em situações excepcionais. Jessé Torres Pereira Júnior (“Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública”, 5ª edição, pág. 431) abre duas exceções: “correspondência com a antecipação da execução da obrigação, propiciando descontos para a Administração (art. 40, XIV, ‘d’, Lei nº 8.666/93) e nas licitações internacionais, onde poderá prevalecer disposição especial (art. 42, §5º)”. Marçal Justen Filho aduz a necessidade de dois requisitos: previsão no ato convocatório, de modo a aumentar a possibilidade de acorrerem mais interessados à licitação, e **prestação de garantias pelo contratado**, destinadas a evitar prejuízos à Administração (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 9ª edição, pág. 466).
  10. De qualquer maneira, a antecipação de pagamento é procedimento excepcional e só deve ser tomado com as **devidas cautelas e garantias**, nos casos em que o interesse público assim o exigir.
28. O contexto da decisão, aplicada à antecipação de pagamentos, é que para a obtenção do objeto almejado, em razão de uma prática consagrada no mercado, teve de se abrir mão da vedação ao pagamento antecipado – situação devidamente contornada pela exigência seguradora. Não se aplicou os compulsórios arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, sob pena de não se obter o objeto.
29. Em termos objetivos, assim, o trazido pelo art. 4º, inciso IV, da Lei 12.462/2011 em nada inova na prática jurisprudencial desta Corte. Incluo, aí, a própria remuneração variável, já acatada pelo TCU em situações concretas sob a égide da Lei 8.666/93, ao exemplo do Acórdão 3.260/2011-Plenário. Desde que obedecidas as devidas cautelas, demonstrado o fim primordial da licitação – que é o da obtenção da melhor proposta –, consideraram-se legais tais práticas.
30. Acredito, assim, que o “Seguro-Garantia” remetido no art. 56 da Lei de Licitações tratou a questão de maneira ampla. Tal opção é mais uma possibilidade de garantia a ser escolhida pela contratada para acautelar, de forma global, eventual inadimplemento.
31. A diretriz enraizada no inciso IV, do art. 4º do RDC, ao contrário, foi mais específica. No contexto em que está inserido, sempre que as características do objeto assim o motivarem (por requisitos próprios do mercado), há de se estabelecer a respectiva contrapartida acautelatória, em proporção e em coerência às respectivas condições de aquisição, seguros e de pagamento. Os cuidados proporcionais ao risco são, nesses casos, requisitos indissociáveis para a garantia da melhor proposta.
32. Isso visto, por se tratar de uma contratação integrada, com condições de execução e pagamento muito especiais, entendo que, igualmente, não de existir resguardos proporcionais aos maiores riscos assumidos pela Administração, em termos de inadimplemento do objeto. Essa garantia primeira – a da melhor proposta – é o valor fundamental a ser seguido em qualquer

## COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL

contratação e, por isso, foi inscrita como diretriz das contratações baseadas no RDC.

33. Existe nas contratações integradas um tripé de coerência na concepção dos empreendimentos. A matriz de riscos, os elementos de anteprojeto e os seguros devem ser idealizados de forma integrada; elaborados em um planejamento cuidadoso, de forma a, em conjunto, diminuir os riscos da contratação. Quanto maior a liberdade conferida para o particular inovar e assumir riscos, menor será, em tese, a necessidade de detalhamento do anteprojeto e maior deverá ser a cobertura de seguros, para contrapor o potencial inadimplemento.
34. Em um modo de pensar, para as parcelas do empreendimento mais simples, em que a Administração tem meios de melhor detalhar a solução em anteprojeto (por absoluta simplicidade e pequeníssima vantagem de os particulares competirem em termos de metodologia construtiva), mais conveniente detalhá-los no anteprojeto e exigir a identidade em sua feitura. Os riscos dessa parcela, por conseguinte, serão da Administração.
35. Ao contrário, para aquelas frações mais complexas, tanto se libere as contratadas para propor, cada qual, a sua metodologia, quanto, por consequência, se transfira os respectivos riscos para o particular. No que se refere à viabilidade da cobertura de seguros, deve existir uma exigência contratual de seguro para mitigar essa potencial insegurança. É um imperativo que tanto confere maior estabilidade ao contrato (em termos de certeza no seu adimplemento), como viabiliza a própria precificação do risco. Mais que isso, os seguros proporcionais aos riscos são elementos indissociáveis para a segurança da oferta da melhor proposta.
36. **Acredito, pelo que expus, que a contratação integrada tenha criado um novo cenário factual e mercadológico, então não coberto pelas possibilidades então previstas pelo art. 56 da Lei de Licitações, em seu rol de garantias. Desde que devidamente motivado e proporcional aos riscos assumidos, pode-se superar aqueles limites. Nesse ponto, entendo não haver reprimendas ao instrumento editalício criticado.**

Conclui o TCU que, no âmbito da contratação integrada, podem ser exigidas garantias proporcionais aos riscos assumidos e, em se tratando de uma licitação de alto valor financeiro e muitos serviços agregados, o Administrador houve por bem solicitar a garantia de execução contratual no percentual de 20% do valor do contrato (vide item 22 do TERMO DE REFERÊNCIA – ANEXO I do Edital).

Neste sentido, as exigências de índices contábeis, patrimônio líquido mínimo e garantia de execução do contrato encontram-se de acordo com a legislação aplicável e orientações do TCU.

**COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO – BRT PALMAS SUL**

Com base nas razões expostas, CONHEÇO DA IMPUGNAÇÃO, porém NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo o Edital do RDC Eletrônico nº 001/2015 em todos os seus termos.

Não obstante, acerca da eventual “penalidade” mencionada pela impugnante em levar à apreciação de seus argumentos aos órgãos fiscalizadores, caso indeferidos os pedidos de reforma do Edital, oportuno frisar que esta é uma prerrogativa constitucional (inc. XXXV e LV do art. 5º da CF) e legal (arts. 46 da Lei 12.462/2011 c/c art. 113 da Lei 8.666/1993) que lhe assiste, sendo desnecessária qualquer menção no sentido de intimidar a Comissão Especial de Licitação, que preza totalmente pelo cumprimento integral dos princípios constitucionais e legais que regem os procedimentos licitatórios.

Palmas-TO, 14 de outubro de 2015.

**João Marciano Júnior**  
Presidente da Comissão Especial de Licitação