PARECER Nº 005/AA/2019

(MMXIX-IX-IX)

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CONCESSÃO. EXPLORAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO E DE SERVIÇOS COMPLEMENTARES NO MUNICÍPIO DE POTIM, SP. PELA IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO E PROSSEGUIMENTO DO CERTAME.

O presente parecer, proferido no âmbito da assessoria e consultoria prestada ao Município de Potim por força do Contrato Administrativo nº 050/2019, tem a finalidade de analisar a impugnação interposta pela empresa AQUARUM SANEAMENTO AMBIENTAL LTDA em face da Concorrência nº 001/2019, cujo objeto é a *"concessão para exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e de serviços complementares no Município de Potim, SP"* e com data de abertura designada para o dia 12/09/2019, às 14:00h.

A impugnante alega, em apertada síntese, que a Municipalidade não providenciou a correta publicação do resumo do edital em jornais e veículos de grande circulação e que estariam equivocadas as exigências de qualificação econômico-financeira para empresas que se apresentem sob a forma de consórcio.

I – DA PUBLICAÇÃO EM JORNAIS E VEÍCULOS DE GRANDE CIRCULAÇÃO

A impugnante alegou que a Municipalidade não providenciou a correta publicação do resumo do edital em jornais e veículos de grande circulação, ferindo assim o Princípio da Publicidade, requerendo que seja efetuada nova publicação (o que implicaria na redesignação da data de abertura), fundamentando sua pretensão no artigo 21, inciso III, da Lei Licitatória:

> *"Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos*

adauto@andrade.sjc.br (12) 98113-1300

leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

(...)

III – em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição."

Conforme informado pelo Setor de Licitações da Prefeitura Municipal de Potim, o resumo do edital foi publicado no próprio site da Prefeitura (http://www.potim.sp.gov.br), no Diário Oficial do Estado de São Paulo (Poder Executivo, Seção 1, pág. 177) e no jornal A Gazeta dos Municípios (pág. 7), tendo sido a última publicação no dia 24/07/2019.

Previamente cabe consignar que a Lei Licitatória foi seguida à risca, em especial no que diz respeito ao prazo mínimo previsto no citado artigo, em seu § 2º, inciso I, alínea "b", que é de 45 (quarenta e cinco) dias, haja vista que entre a data da última publicação (24/07/19) e a data designada para recebimento e abertura dos envelopes (12/09/19) há um interregno de 50 (cinquenta) dias.

No que diz respeito à exigência de publicação em *"jornal diário de grande circulação"*, conforme previsto no artigo 21, inciso III, da Lei nº 8.666/93, faz-se necessário esclarecer que trata-se de norma de caráter geral, essencial para o cumprimento do Princípio da Publicidade por parte do Município licitante.

Entretanto há que se considerar que a norma não contém um viés absoluto, até porque não seria possível à Municipalidade determinar de fato que jornal seria de *"grande circulação no Estado"* – e, no que diz respeito ao Estado de São Paulo, isso implicaria numa cobertura de mais de 248 mil km², abrangendo 645 municípios – de modo que não lhe caberia privilegiar um determinado veículo de comunicação em

adauto@andrade.sjc.br (12) 98113-1300

detrimento de outro. Assim sendo, a conclusão óbvia é que a *mens legis* neste caso é de que a publicidade deve sim se dar além das fronteiras municipais (o que, inclusive, já foi consolidado pela publicação no Diário Oficial do Estado), mas envolvendo a região em que se situa a cidade de Potim.

Outra não é a conclusão, conforme ensina o mestre ***Marçal Justen Filho***, em sua obra *Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15.ed., pág. 283:

> *"1.6) Publicação em jornal diário de grande circulação: É obrigatória a publicação do aviso de licitação por uma vez em jornal diário. A regra se aplica, também, para licitações de concessões e permissões (ainda que o inc. III silencie sobre elas), devendo reputar-se que* ***a publicação deverá ocorrer na região geográfica abrangida pela execução da futura avença****."* Grifei.

Também nesse sentido temos a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, conforme o seguinte trecho do Acórdão nº10.076/2011, 1ª Câmara, com relatoria do Ministro Weder de Oliveira:

> *"Quanto à publicação do aviso da tomada de preços 3/2005 no jornal O Estado [do Ceará], que não seria de grande circulação na opinião da unidade técnica, contrariando a Lei 8.666/1993, art. 21, III, não entendo que a existência de outros jornais de maior circulação desqualifique o referido veículo como jornal de grande circulação e que se possa tê-lo como inapto para o atendimento do referido dispositivo legal."*

Ora, no presente caso temos que a Municipalidade efetuou a publicação do resumo da licitação no jornal denominado *"A Gazeta dos Municípios"*. Esse veículo de comunicação, conforme informado em seu expediente à pág. 2, é um jornal diário e regional impresso na cidade de Tremembé (situada a cerca de 50 km da cidade de Potim) e distribuído por toda a região do Vale do Paraíba, Litoral Norte e Região Serrana, abrangendo, mas não se limitando, as cidades de Caçapava, Campos do Jordão, Caraguatatuba, Cunha, Jambeiro, Lagoinha, Monteiro Lobato, Natividade da Serra,

adauto@andrade.sjc.br (12) 98113-1300

Paraibuna, Potim, Pindamonhangaba, Redenção da Serra, Santa Branca, Santo Antônio do Pinhal, São Bento do Sapucaí, São Luís do Paraitinga, Taubaté, Tremembé, Ubatuba, dentre outras.

De tal sorte, embora a publicação pudesse ter ocorrido em jornais tradicionais e consagrados (como, ao que parece, pretende a impugnante), mesmo assim é possível afirmar categoricamente que a publicação efetuada n'*A Gazeta dos Municípios* atingiu seu objetivo de dar adequada divulgação ao procedimento licitatório em tela, eis que abrange a região do Vale do Paraíba, onde se situa o município de Potim. Tanto o é, que a própria impugnante tomou conhecimento do certame e teve a oportunidade de manifestar sua indignação.

Ademais, *ad argumentandum tantum*, cabe destacar que nesta data de 09/09/19 foi publicada a Medida Provisória nº 896, de 6 de setembro de 2019, quem seu artigo 2º confere nova redação ao inciso III do artigo 21 da Lei nº 8.666/93, qual seja:

> *"III - em sítio eletrônico oficial do respectivo ente federativo, facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, alternativamente, a utilização de sítio eletrônico oficial da União, conforme regulamento do Poder Executivo federal."*

Com isso finda-se a obrigatoriedade de publicação dos resumos das licitações em jornais e veículos de grande circulação. É certo que tal regra, neste momento, não se aplica ao presente procedimento licitatório (ante o Princípio da Irretroatividade da Lei), mas fica claro que esse tipo de veiculação impressa já não atende mais ao atual estado da técnica, cabendo tanto ao Poder Público quanto às empresas licitantes adequarem-se a este mundo globalizado e conectado que agora se nos impõe.

II – DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A impugnante alegou que estariam equivocadas as exigências de qualificação econômico-financeira para empresas que se apresentem sob a forma de consórcio sob a premissa de que a Municipalidade não estaria tomando os devidos *"cuidados"* para garantir a *"segurança financeira"* do processo (sic) ante o conteúdo do item 7.1.2 do Edital:

adauto@andrade.sjc.br (12) 98113-1300

> *"7.1.2. Qualificação Econômico-Financeira: poderá ser apresentada em sua totalidade, por uma única empresa consorciada ou, então, por todas as integrantes, conjuntamente, na proporção de suas respectivas participações, observada a solidariedade nas obrigações assumidas."*

Isso porque, em seu entender, seria temerária a adoção de apenas um critério para a comprovação da qualificação econômico-financeira de todas as empresas integrantes de um consórcio, haja vista que se uma delas vier a enfrentar dificuldades financeiras, as demais não teriam condições de cumprir com as obrigações contratuais.

Ora, a finalidade básica em permitir a participação de consórcios é oportunizar a ampliação da competitividade, uma vez que empresas interessadas no certame poderão reunir recursos financeiros e técnicos (cada qual de acordo com sua capacidade), em face do vulto de determinados empreendimentos desejados pela Administração, que, isoladamente, só poderiam ser realizados por poucas empresas ou até, eventualmente, por nenhuma, em particular considerada.

Daí porque, em função da complexidade ou do vulto do objeto a ser licitado, cabe à Administração, por ocasião do planejamento da licitação, avaliar a conveniência e a oportunidade em torno da admissão ou não de consórcios.

Por sua vez, o consórcio traduz-se na conjugação de esforços e atributos das empresas que o compõem. Essa condição permite concluir que o número e a qualidade das empresas necessários para a formação do consórcio que participará do procedimento licitatório dependerá basicamente de dois fatores: o vulto do objeto licitado e o potencial das empresas que o constituirão.

Especificamente no que diz respeito à qualificação econômico-financeira, temos que a Municipalidade não descuidou de se resguardar no tocante à situação de cada empresa. Ora, nos termos do edital, se apenas uma empresa consorciada cumprir com as determinações editalícias, temos que a exigência foi cumprida, haja vista que, caso resolvesse participar isoladamente, também teria que se qualificar.

adauto@andrade.sjc.br (12) 98113-1300

Já no caso em que o consórcio venha a optar por apresentar a qualificação de cada uma das empresas que o integram, deverá fazê-lo na proporção de suas respectivas participações, o que corresponde exatamente àquilo que é exigido no artigo 33, inciso III, da Lei Licitatória.

E, independentemente da proporção que cada qual assuma no que diz respeito à sua comprovação de qualificação econômico-financeira, temos ainda a determinação legal constante na já citada Lei de Licitações, que em seu artigo 33, inciso V, estabelece a *"responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato"*.

De tal sorte temos que a Municipalidade atendeu as determinações legais que regem a matéria, não cabendo à impugnante querer impor que se exija mais do que a própria Lei Licitatória já determina, o que feriria de morte o Princípio da Legalidade, pelo qual cabe ao Administrador Público operar em conformidade com o que a lei expressamente autoriza.

III - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, entendo que não assiste razão às argumentações lançadas pela empresa impugnante, de modo que nada há a ser retificado no certame em questão, o qual deve ser mantido em todos os seus termos.

Este, SMJ, é o parecer, o qual submeto ao crivo do Sr. Secretário Municipal de Justiça e Cidadania da Prefeitura Municipal de Potim para avaliação e, se o caso, aprovação.

De São José dos Campos para Potim, em 9 de setembro de 2019.

Adauto de Andrade
OAB/SP nº 151.437

adauto@andrade.sjc.br (12) 98113-1300