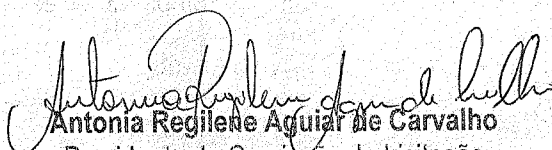


À Secretaria de Infraestrutura e Desenvolvimento

Senhor Secretário,

Encaminhamos cópia do recurso impetrado pela empresa COPA ENGENHARIA LTDA, participante na Concorrência nº 001/2019/SMI - CP, com base no Art. 109, parágrafo 4º, da Lei de Licitações Vigente. Acompanha o presente recurso as laudas do processo nº 001/2019/SMI - CP juntamente com as devidas informações e pareceres desta comissão sobre o caso.

Cariré – Ce, 20 de maio de 2019.



Antonia Regilene Aguiar de Carvalho
Presidente da Comissão de Licitação

À Secretaria de Infraestrutura e Desenvolvimento

Informações em Recurso Administrativo

Concorrência nº 001/2019/SMI - CP
Assunto: Recurso Administrativo
Impetrante: COPA ENGENHARIA LTDA

"A qualificação técnica é um conjunto de requisitos profissionais que o licitante deverá reunir para a concretização plena do objeto da licitação [...] (TCU - Tribunal de Conta da União, por meio da Decisão nº 682/96)

A Comissão de Licitação informa a Secretaria referida acerca do recurso administrativo manifestado pela impetrante que fora inabilitada na licitação em surpra por, "**04. Copa Engenharia Ltda. inscrita no CNPJ: 02.200.917/0001-65, Apresentou Responsável em comum com a empresa Lomacôn Locação e Construção Ltda. uma vez que o profissional indicado pela licitante é responsável técnico do Consórcio Lomacôn – Copa ficando vedada a participação da licitante por força do código penal e dos artigos 90 e 94 da Lei nº 8666/93 e de acordo com a informação constante na Certidão de Registro e Quitação – CRQ do CREA da licitante. Não apresentou item de maior relevância exigido no item 4.2.3.2 do edital subitem IV – 5.22 Ancoragem Passiva para cabos de pelo menos 12,77mm.**

Preliminarmente aduzimos que a empresa recorrente cita que as empresas envolvidas no Consorcio Lomacôn são empresa distintas com CNPJ's diferentes, que o responsável técnico Sr. Eduardo Aguiar Benevides não é responsável técnico da empresa LOMACON, que o mesmo é responsável técnico do consórcio criado pelas empresas COPA e LOMACON. Alegou a inda a recorrente que o consórcio Lomacôn-Copa tem mais de uma responsável técnico, onde cada uma delas nomeia prepostos para integrarem o consórcio, que tem objeto social específico, com finalidades específicas, não havendo como confundir a atuação do Eng. Eduardo Aguiar Benevides como responsável técnico do CONSORCIO LOMACON-COPA com uma suposta atuação como responsável técnico da empresa LOMACON LOCAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.

Em resposta a recorrente é de bom alvitre ressaltar que não há nas laudas recursais nenhuma observação ou justificativa ao que cita a certidão de quitação do CREA da licitante que veda a participação da licitante por força do código penal e nos Art's 90 e 94 da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, obviamente por integrarem o consórcio e então podendo haver falta de competitividade entre as empresas em certames outros que concorressem em comum.



Nos parece um ônus imputado pelo CREA aos integrantes do consórcio, repetimos pelo CREA, ou seja, o próprio órgão regeedor e delimitador das atividades de engenharia determinou a vedação a competitividade entre essas empresas em certames licitatórios futuros.

Noutro ponto, não fora citado pela comissão em nenhum momento, ao contrário do que afirma a recorrente, que a Engenheiro citado é responsável técnico pela empresa LOMACOM, na verdade fora efetivamente afirmado que este é responsável técnico do Consórcio Lomacon, e ressaltando claramente sobre o impedimento exarado pelo CREA, que sequer fora comentado ou justificado pela recorrente.

Sobre o tema, o risco é evidente por sinal, no ponto em que não haja competição entre as concorrentes consorciadas, mesmo em outros órgãos, para outro objeto, mas persiste o vínculo entre as licitantes, tanto que o CREA vedou a participação das licitantes, certamente para garantir a impossibilidade de conluio ou acerto entre os concorrentes.

Vejamos também que os artigos legais citados na Certidão do CREA da recorrente, referem-se a questões envolvendo fraudes em licitações por conluio, combinação ou outro ajuste para frustrar a competitividade nos certames, além de mencionarem questões relativas devassagem do sigilo das propostas em procedimento licitatório.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

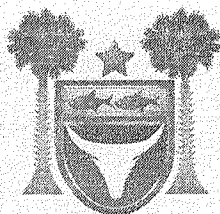
Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Obviamente tal fato ensejou a inabilitação das empresas supras de modo a preservar a competitividade no certame, bem como por consequência evitar afronta ao princípio do sigilo das propostas, primordiais a boa conduta no julgamento das licitações públicas.

Não fora dezarrazoada a atitude desta comissão de licitação quanto inabilitou as concorrentes em tela, tal atitude fora procedida para preservar os princípios da atividade administrativa tais e quais o princípio do julgamento objetivo, sigilo das propostas, competitividade e vinculação ao instrumento convocatório.

Não se pode deixar de admitir que nos casos como o em questão inexistente o caráter competitivo, inerente e fundamental em todo e qualquer procedimento licitatório. Não se pode deixar levar por uma peça de teatro, enfim, um arremedo, um simulacro de concorrência, já que competição entre as empresas LOMACON e COPA pode não ocorrer, como aliás, adverte o próprio CREA. Com tal expediente, sem dúvida alguma restaria frustrada a competitividade entre tais empresas no procedimento



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



licitatório. Note-se ainda que tal expediente, também atenta contra o princípio fundamental da igualdade entre os concorrentes, já que numa mesma licitação acabam eles apresentando duas ou mais propostas, o que é vedado aos demais participantes.

Está evidenciado que, utilizando o expediente de tentarem esconderem-se sob o manto - penetrável, aliás - da personalidade jurídica distinta, como cita a recorrente, frustra-se o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para a si as vantagens decorrentes da adjudicação do objeto da licitação.

Revela-se o manifesto abuso na forma da pessoa jurídica como **expediente fraudulento**. Semeado o campo fecundo à construção de uma competição aparente, porquanto as duas empresas possuem advertência imposta pelo CREA que veda sua participação em certames, justamente por restar clara a falta de competição e facilitar a vitória.

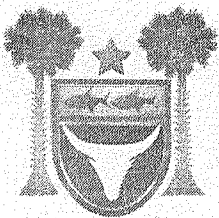
Nessas condições, ocorreria flagrante e indisfarçável **fraude à lei** com a utilização das pessoas jurídicas. Através deste expediente atingiria-se a finalidade vetada pela lei. Violar-se-ia o princípio da isonomia retratado na "igualdade de condições a todos os concorrentes", assegurado pela Constituição Federal no art. 37, XXI, e pela Lei Federal 8.666/93 e suas alterações, cujo art. 3º estabelece que "a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

Respeitante a esse tema, Osvaldo Aranha Bandeira de Mello traduziu assim situação semelhante:

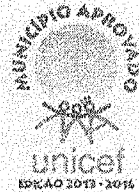
"as pessoas jurídicas, não obstante constituídas das pessoas naturais, que as integram, não passam de seres acidentais, resultantes das relações destas, que as constituem, num todo apartado, para realizar o bem comum dos seus membros ou dos seus beneficiários, coletivamente considerados. Se o seu membro, na verdade, é um só, se o único de fato, pois pode dispor com poderes ilimitados do patrimônio da pseudo-sociedade, esta se confunde com ele, para conseguir o objetivo social e individual do sócio. Então se identificam, em vez de se distinguirem, como a natureza distinta dos seres exigia tal ocorresse."

Trazemos o lecionado por Joel de Menezes, em sua obra "Princípio da Isonomia na Licitação Pública", a saber:

"Destarte, a isonomia e a eficiência caminham juntas, permeando o princípio da competitividade. É por esse princípio que ambas se unem, formando a essência da licitação pública. A competitividade tem o condão de juntar a isonomia e a eficiência. Sem isonomia não há competitividade e, no mesmo plano, sem competitividade não há eficiência."



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



Toshio Mukai acentua que, 'se num procedimento licitatório, por obra de conluio falta a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecera a própria licitação, inexistirá o instituto do mesmo.'

Para Ari Carlos Sundfeld, 'a competição tão ampla quanto possível, é o valor fundamental a preservar. Daí que a Administração esteja obrigada a ensejá-la, favorecê-la, estimulá-la, jamais podendo opor-lhe limites, barreiras ou dificuldades dezarrazoadas. O caráter competitivo é da essência da licitação.'

Eros Roberto Grau, por seu turno, vê a ligação entre a competitividade e a isonomia, ao aduzir que 'competição, pressuposto da licitação, é a possibilidade de acesso a todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação; ela, aqui, é a concreção da garantia da igualdade'

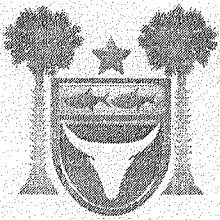
Isto posto concluímos, o princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, porque só podemos promover esse certame, essa disputa, onde houver competição. É uma questão lógica. Com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória.

O TCU no TC-013.401/1993-9, da relatoria do ministro Valmir Campelo é enfático quando em diversos pontos comenta o tema, senão vejamos:

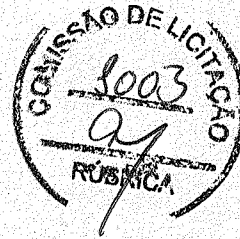
"8.40 ato de julgar não se limita a verificar o menor preço oferecido, mas implica fazê-lo em observância aos princípios concernentes à licitação, buscando averiguar a legalidade do procedimento e evitar eventual fraude ou conluio que comprometa a competitividade entre os concorrentes. O exame, de forma hermética, do menor preço constante das propostas revela, no mínimo, negligência do recorrente, pois que deixou de analisar as propostas recebidas no contexto de todo o procedimento licitatório, confrontando com os demais documentos do processo.

Para evitar esse tipo de manipulação fraudulenta, exige-se dos membros da comissão de licitação redobrada atenção na análise tanto isolada como integrada dos documentos que compõem o procedimento licitatório, assegurando-se, dessa forma, a livre competitividade entre os concorrentes.

Ocorre, entretanto, que a habilitação das empresas licitantes é etapa integrante da fase externa do procedimento licitatório, e não há autonomia absoluta entre essas etapas, conforme exposição feita anteriormente nos subitens 8.4/8.7 desta instrução, devendo o julgamento ocorrer de forma a contemplar a análise dos demais documentos constantes do processo licitatório, a fim de assegurar, dentre outros, o princípio da competitividade entre os licitantes, que, atrelado ao da moralidade, consiste na reprovação a ajustes ou acordos que frustem a disputa entre os licitantes (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 35, 6ª ed., de Marçal Justen Filho).



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



É prudente que se verifique ainda que em não havendo competição entre os licitantes, mormente quando tal é pelos fatos aduzidos, restaria ferido por via direta o sigilo das propostas que deve ser combatido de modo a preservar a lisura no procedimento.

Não pode esta comissão acatar no certame as empresas recorrentes, se agisse assim, decisivamente, contribuiriam para a violação ao sigilo das propostas, tanto que conscientemente violariam a lei de licitações ao admitirem como válidas as propostas de sociedades de sócios parentes em primeiro grau e responsável técnico comum.

Das palavras de Hely Lopes Meirelles se extrai que:

"o sigilo na apresentação das propostas é consectário da igualdade entre os licitantes e de suma importância para a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório, bem como da objetividade do julgamento. Com efeito, o interessado que viesse a conhecer a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua ficaria em situação vantajosa; e o conhecimento prematuro das ofertas poderia conduzir ao seu prejulgamento, com afronta aos propícios do procedimento formal e do julgamento objetivo. Daí porque, mesmo sem mencioná-lo expressamente, a Lei 8.666/93 acatou o princípio do sigilo na apresentação das propostas ao prescrever que o conteúdo delas não é público nem acessível ao público até o momento previsto para sua abertura (art. 3º, § 3º). Só então poderão ser descerrados os envelopes ou invólucros que as contenham, para que os participantes possam examiná-las, rubricá-las e, se for o caso, impugná-las (...) A abertura antecipada da documentação e das propostas ou a revelação de seu conteúdo fora das oportunidades regulamentares ou fixadas pelo órgão julgador constitui violação do sigilo necessário, punível como crime pelo art. 94 da Lei 8.666/93, e, no âmbito administrativo ou na esfera judicial civil, dará ensejo à anulação do procedimento licitatório ou de seu julgamento".

Respondendo a indagação acerca da possibilidade de duas empresas com denominações diferentes e sócios comuns participarem de uma mesma licitação, expõe o Boletim de Licitações e Contratos que:

"a licitação é procedimento que somente tem serventia se todos os interessados em dela participar forem tratados igualmente e isso jamais ocorrerá nesta hipótese. As empresas, embora pessoas distintas de seus sócios, agem e querem como seus sócios. Se duas empresas têm os mesmos sócios, é evidente que ambas agem e querem como os sócios que por sua vez participam duas vezes, enquanto os sócios das demais empresas uma única vez. Assim, se permitida a participação dessas empresas restará violado o princípio da igualdade, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal como de obediência obrigatória para todos os comportamentos da Administração Pública e, em especial, no caso dos procedimentos licitatórios, pelo art. 3º da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. A peculiar situação das empresas com denominações diferentes e sócios comuns a que faz referência a questão é semelhante à das empresas consorciadas quando o consórcio



é admitido. Nestas hipóteses, por determinação da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, o edital deve vedar que a mesma empresa participe de mais um consórcio ou participe com uma empresa em regime de consórcio e isoladamente. A razão dessas vedações é óbvia: a empresa que assim agisse estaria participando mais vezes da mesma licitação, concorrendo vantajosamente em relação as demais empresas que participam de um só consórcio ou isoladamente. Se essas circunstâncias forem descobertas na fase da habilitação, as empresas devem ser impedidas de participar, inabilitadas, portanto. Se descobertas posteriormente, devem ser eliminadas dos procedimento, observadas as cautelas de estilo".

Na Decisão 283/1999 TCU – Plenário o Miiistro Homero Santos em seu relatório é enfático ao julgar caso semelhante a este de empresas de mesmo responsável técnico participando mesmo certame, *verbis*:

“Acrescente-se a isso, o fato de as empresas (...) e (...) terem se utilizado do mesmo responsável técnico, o que contraria as normas emanadas do CREA e compromete o sigilo das propostas.”

“Todavia, não resta dúvida de que a dupla responsabilidade do responsável técnico prejudica a lisura do processo licitatório.”

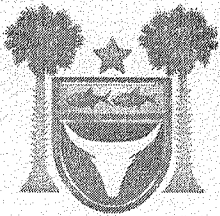
Segue recomendando o relator:

“d) observar, nos próximos certames licitatórios, se for o caso, a exigência de que o responsável técnico pertença ao quadro permanente do licitante, de acordo com o art. 30, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, recusando a habilitação de licitantes que apresentem o mesmo responsável técnico no mesmo certame, tendo em vista o sigilo que deve caracterizar as propostas licitatórias;”

No tocante a ausência do item Ancoragem Passiva para cabos de pelo menos 12,77mm, a recorrente alega que o edital exige serviços pertinentes e compatíveis com objeto da licitação e que mesmo não tendo a comprovação de todos os itens exigidos as certidões de acervo juntadas demonstram que a empresa e o responsável técnico executaram serviços compatíveis com o objeto da licitação.

Alega ainda que a empresa comprova a execução de uma série de serviços de Ancoragem Ativa para cabos de pelo menos 12, 77mm, que tais serviços possuem o mesmo grau de complexidade dos serviços de Ancoragem Passiva, que os dois tipos de Ancoragem são complementares, sendo plenamente cabível se dizer que quem sabe executar a Ancoragem Passiva sabe realizar a Ancoragem Ativa e vice-versa, pela semelhança técnica existente.

Isto posto, observamos que mesmo após as razões recursais não houve justificativa plausível para ausência de acervo mormente os serviços de maior relevância, já citados, sendo então imperiosa a inabilitação da recorrente como procedido.



Isto posto, reiteramos que consta nexa na exigência do item 4.2.3.2 do edital subitem IV – 5.22, em comento, haja vista a previsão no Art. 30, parágrafo 1º, inciso I e paragrafo 2º, da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, *ipsis verbis*:

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

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

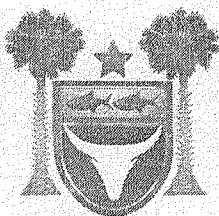
I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

Não fora à toa que o legislador referiu-se a atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, notemos, o edital exige à **execução** de obra de artes especiais em Concreto Protendido, com características técnicas similares às do objeto da presente licitação cujo itens de maiores relevâncias são: IV – 5.22 Ancoragem Passiva para cabos de pelo menos 12,77mm, portanto em consonância com o texto legal referido.

Jessé Torres Pereira Júnior em sua obra **COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**, editora renovar, 5ª edição, pág. 358, assevera:

"O atestado de capacitação técnico-profissional cingir-se-á a certificar que o habilitante possui, em seu quadro permanente de pessoal (logo, descabe contratação em caráter eventual ou temporário), na data da licitação, que é da entrega dos envelopes pelos licitantes (não valerá contratação posterior), profissional de nível superior em cujo nome haja sido emitido atestado de responsabilidade técnica (necessariamente registrado no órgão de controle do exercício profissional) por execução de obra ou serviço de características semelhantes às do objeto da licitação; a semelhança não se estenderá a todos os pormenores da obra ou do serviço, mas, tão só, às parcelas significativas para o objeto da licitação."



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



No mesmo sentido entende o TCU – Tribunal de Contas da União:

Em verdade, tem esta Corte decidido reiteradamente que “as exigências de comprovação de qualificação técnico-profissional devem se restringir as parcelas que sejam, cumulativamente, de maior relevância e valor significativo e indispensáveis a garantia do cumprimento das obrigações” - texto extraído da ementa do Acórdão 2396/2007 Plenário -, entendimento que se alinha aos demais julgados referenciados na instrução e também aos Acórdãos 167/2001, 1284/2003, 697/2006, 1332/2006, 1771/2007, 2396/2007, 800/2008 e 1908/2008, do Plenário.

Acórdão 2170/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

Noutro ponto e no tocante aos itens de maior relevância vejamos o posicionamento contido no Blog da Editora Zênite no sítio eletrônico, <http://www.zenite.blog.br/como-identificar-a-parcela-de-maior-relevancia-e-valor-significativo-do-objeto-da-licitacao/>, senão vejamos:

Para fins de verificação da qualificação técnica, a Administração poderá exigir dos licitantes a apresentação de atestados de desempenho anterior que demonstrem sua capacidade técnica. Visando preservar a competitividade do certame, todavia, tal exigência somente será válida relativamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto, nos termos do art. 30, inc. I, § 1º da Lei nº 8.666/93.

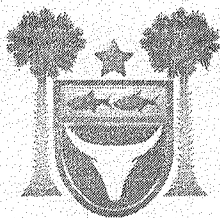
Cabe à Administração indicar no edital da licitação, qual é a parcela de maior relevância técnica e valor significativo, pois é com base nela que o licitante irá demonstrar sua capacidade técnica.

Ocorre que os dois conceitos previstos na Lei nº 8.666/93 para a qualificação técnico-profissional não permitem definição objetiva e absoluta. Pelo contrário, devem ser definidos com base na eleição de parâmetros que restem devidamente motivados no processo administrativo de contratação como sendo adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.

Diante disso, como identificar as parcelas de maior relevância e valor significativo na prática?

A formação desses conceitos deve ser feita em vista da determinação constitucional constante do inc. XXI do art. 37 da Constituição da República, segundo a qual a Administração somente poderá exigir das licitantes a comprovação de aspectos técnicos e econômicos indispensáveis ao cumprimento das obrigações inerentes ao futuro contrato.

Sob esse enfoque, parece válido considerar como “parcela de maior relevância técnica” o conjunto de características e elementos que individualizam e diferenciam o objeto, evidenciando seus pontos mais críticos, de maior dificuldade técnica, bem como que representam risco mais elevado para a sua perfeita execução. Trata-se aqui da essência do objeto licitado, aquilo que é



realmente caracterizador da obra ou do serviço, que é de suma importância para o resultado almejado pela contratação.

Por sua vez, a aferição da fórmula "valor significativo do objeto" toma em conta a relação estabelecida entre o valor da parcela eleita para comprovação da experiência em vista do valor total do objeto.

Assim, é possível que um mesmo objeto apresente diversas parcelas de relevância técnica e valor significativo. A própria literalidade da Lei nº 8.666/93 deixa clara essa possibilidade ao fazer menção a "parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação".

Em suma, restarão caracterizados como sendo parcelas de maior relevância os serviços identificados como sendo de maior complexidade técnica e vulto econômico, cuja inexecução importe em risco mais elevado para a Administração.

Novamente JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 1994, p.30, assim preleciona:

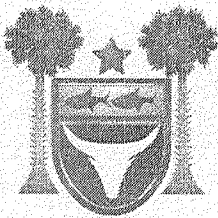
"Os parágrafos do art. 30 preocupam-se sobretudo com a prova da qualificação técnica nos casos de obras ou serviços.

Casos haverá em que a qualificação técnica emergirá suficientemente demonstrada pela só apresentação dos atestados referidos na cabeça do § 1º, inexigível, por excessiva, a prova de capacitação definida no inciso I (v.g., para a contratação de empresa locadora de mão-de-obra em serviços tais como limpeza, manutenção, ascensoristas etc.).

O atestado de capacitação técnico-profissional cingir-se-á a certificar que o habilitante possui, em seu quadro permanente de pessoal (logo, descabe contratação em caráter eventual ou temporário), na data da licitação, que é a da entrega dos envelopes pelos licitantes (não valerá contratação posterior), profissional de nível superior em cujo nome haja sido emitido atestado de responsabilidade técnica (necessariamente registrado no órgão de controle do exercício profissional) por execução de obra ou serviço de características semelhantes às do objeto da licitação; a semelhança não se estenderá a todos os pormenores da obra ou do serviço, mas, tão-só, às parcelas significativas para o objeto da licitação.

Interpretação restritiva superará o aparente excesso da nova lei. O que esta em verdade proscreve é a exigência de experiência anterior em "locais específicos", e, não, a exigência de experiência anterior. Esta parece indispensável a que da licitação resulte como a mais vantajosa proposta formulada por empresa capaz de dar integral cumprimento às obrigações que contratará, como quer a Constituição da República.

Em sede da exigência em discussão, o Egrégio TCU recentemente proferiu a Decisão nº 285/2000-TCU-Plenário, referente ao TC-011.037/99-7, DOU Seção de 04.05.2000, págs. 105/107, em que o Relator Min. ADHEMAR PALADINI GHISI, revendo o seu posicionamento, assim se expressou em seu voto:



"5. A verificação da qualificação técnica, conforme consta do art. 30 da Lei nº 8.666/93, bem como da econômica, tem por objetivo assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que comprometam a observância do princípio constitucional da isonomia. 6. Com efeito, na linha defendida pela Decisão nº 767/98 – TCU – Plenário, há que ser entendido que o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93 pode ser dividido em duas partes. Uma relativa ao licitante e outra ao pessoal técnico que integra o seu corpo de empregados. A primeira, que cuida da comprovação de aptidão do interessado para o 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 refere-se, pois, no presente caso, à pessoa jurídica. A outra, qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, dirige-se especificamente aos seus profissionais. 7. Prosseguindo, a limitação contida no § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 aplica-se exclusivamente à comprovação da qualificação técnica dos profissionais que se responsabilizarão pelos trabalhos. Por conseguinte, a comprovação de aptidão do interessado, conforme mencionado no item anterior, há que ser exigida e feita com base em parâmetros distintos, de forma a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas, na forma estabelecida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. 8. Logo, as exigências de qualificação técnica não estão limitadas à capacitação técnico-profissional. Esta é que deve observar o limite imposto pelo § 1º do art. 30 da Lei."

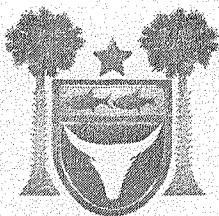
O TCU ainda enfatiza:

A exigência de responsabilidade técnica anterior por serviços similares aos licitados deve observar, simultaneamente, os requisitos de relevância técnica e valor significativo em relação ao todo do objeto, definidos no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei no 8.666/1993.

A qualificação exigida pela Lei 8.666/1993 para os membros da equipe técnica responsáveis pelos trabalhos refere-se a experiência profissional, que não necessariamente guarda relação com o tempo de formado, mas pela participação em obra ou serviço de características semelhantes.

Acórdão 1417/2008 Plenário (Sumário)(grifamos)

O argumento de que é um desafio para Administração garantir a qualidade do objeto sem a configuração de restrição à competitividade já foi objeto de debate no TCU – Tribunal de Contas da



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



União. O Ministro Ubiratan Aguiar, no TC 026.646/2006-6, faz orientações sobre como garantir a qualidade do objeto sem implicar em restrições à competitividade, conforme trecho transcrito a seguir:

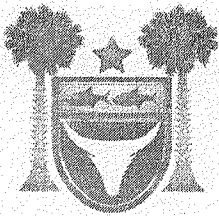
'12. De outra parte, para que a contratante não fique a mercê de licitantes aventureiros' e tenha maior garantia da qualidade do pessoal da contratada, cabe a ela dispor, tanto no edital como no contrato que vier a ser celebrado, o perfil desejado e o quantitativo mínimo de pessoas que entende necessário para realização dos serviços, evitando, assim, eventual favorecimento de determinadas empresas na fase de pontuação técnica, porém garantindo que o objeto contratado será executado por pessoas plenamente qualificadas.'

O objeto licitado exige a real necessidade de estabelecer critérios de qualificação técnica da empresa no edital, pois não é possível que uma entidade com pouca experiência institucional execute bem o contrato. Nesse diapasão, Marçal Justen Filho (2010, p. 436) alerta para o fato de que:

"O desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de 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 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 com uma parcela para o êxito conjunto. Portanto, a perspectiva de enfrentar problemas no futuro e continuar a superá-los pressupõe a manutenção dessa organização".

O TCU admite que sejam exigidos atestados técnicos ou até currículo que comprovem a experiência profissional, desde que de forma motivada e que seja estritamente necessário. Ressalte-se que apesar de não haver previsão legal para a exigência de currículos, já que em regra as comprovações são feitas por atestados, parece razoável demandar o *curriculum vitae* de profissionais que não tenham suas atividades controladas pelos respectivos conselhos de classe como documento substituto do ART. O TCU aceitou essa prática no seguinte caso (BRASIL, TCU, 2006a):

"Nessa linha de raciocínio, considero que a exigência contida no subitem 9.8.4, alínea "c", do Edital do Pregão PR-GSG-5.2113 - atestados técnicos ou currículo comprovando a atuação dos profissionais em atividades de planejamento em, pelo menos, 2 (duas) empresas com mais de 1.000 (um mil) empregados (fls. 16 do anexo I



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



e 43 do anexo II) - não esbarra na vedação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que a interpretação razoável desse dispositivo não alcança os quantitativos intrínsecos a cada contrato anteriormente executado, como no caso em exame, mas apenas a quantitativos referentes, entre outros, ao conjunto de experiências ou ao tempo de prática em cada uma delas, a exemplo do que ocorreria se a Eletronorte houvesse exigido das licitantes a comprovação de experiência mínima de dois anos no ramo de consultoria ou da execução de, pelo menos, dois contratos de consultoria em entidades cujas características, medidas em número de funcionários, faturamento anual, área de atuação etc, fossem semelhantes, em cada um desses entes, às encontradas na Eletronorte. (Grifo nosso)''

Partindo desse prisma à de se concluir que a exigência de comprovação de que a licitante apresente equipe técnica, a bem da supremacia do interesse público, dada sua indispensabilidade as características do certame, que diga-se, envolve características técnicas peculiares e o dispêndio de vultuosas quantias financeiras, é cabível, principalmente a luz do referido Art. 37, Inciso XXI da Carta Magna Nacional, já muito referido.

Vejamos posicionamento do STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

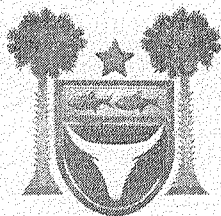
Classe: ROMS - RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 13607
Processo: 200101010297 **UF:** RJ **Órgão Julgador:** PRIMEIRA TURMA **Data da decisão:** 02/05/2002 **Documento:** STJ000436161 **Data da Publicação:** 10/06/2002

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. SERVIÇOS DE CONFECÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E CONTROLE DE SELOS DE FISCALIZAÇÃO DE ATOS NOTARIAIS E REGISTRIS. IMPUGNAÇÃO DE EDITAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE E COMPETITIVIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra v. acórdão que denegou segurança referente à aduzida ilegalidade de exigências contidas em edital de licitação pública.

2. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, a Administração Pública edita ato visando a cercar-se de garantias o contrato de prestação de serviços de grande vulto e de extremo interesse para os administrados.

3. Tendo em vista o elevado montante dos valores objeto de futura contratação, é dever do administrador público realizar todas as etapas do processo seletivo do prestador de serviço com grande cautela, pautando-se rigorosamente pelos preceitos legais aplicáveis, especialmente o art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e outros pertinentes.



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



4. "O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe" (Adilson Dallari).

5. Recurso não provido."

Partindo desse prisma concluir-se-á que a exigência supra se faz legal de modo que sua renúncia seria incorrer no risco de contratar-se com empresa que não tenha a capacidade técnica de tocar a obra caso vencedora da licitação.

Essa, inclusive, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"Administrativo.Licitação.Interpretação do art. 30, II e §1º, da Lei 8.666/93.

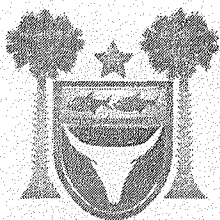
1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei. 666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se a comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadoras de telefonia no Brasil de execução, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe "L" e "C" em período consecutivo de vinte e quatro meses, no volume mínimo de 60.000 HxH, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2. "O exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e sua parte final, referente a 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações', revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe' (Adilson Dallari).

A mais que não é novidade alguma que a administração pública se depara com frequência com aventureiros que acabam ganhando licitações vultuosas e não honram os compromissos, expondo a Administração a frustrações por contratar com empresas incapazes de tocar o contrato, quando não se detecta isso na fase de licitação ainda, constatando-se pura má fé de licitantes descompromissados com a legislação vigente.

Notadamente que a lei de licitações "não proíbe o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica, mas, sim, deixando que a decisão quanto a essa questão fique a critério da autoridade licitante, que deve decidir quanto ao que for pertinente, diante de cada caso concreto, nos termos da legislação vigente.

Novamente invocando a Corte Superior de Justiça, citamos o seguinte julgado que corrobora o alegado:



"Administrativo. Procedimento Licitatório. Atestado Técnico. Comprovação. Autoria. Empresa. Legalidade.

Quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, §1º, II, caput, da Lei nº 8.66/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade e eficiência, objetivando não só a garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo –a lei – mas com dispositivos que busquem resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.

Recurso provido (Resp. nº 44.750-SP, rel. Ministro Francisco Falcão, 1º T., unânime, DJ de 25.9.00)" (sem grifo no original).

Isto posto, comprova-se a legalidade da exigência em tela, não havendo como não imputar ao infringidor de tal norma editalícia nada mais que a inabilitação.

Pelo exposto, o licitante que descumprir o item editalício mencionado, não poderá ser considerado apto a continuar no certame, como fora decretado pela comissão de licitação.

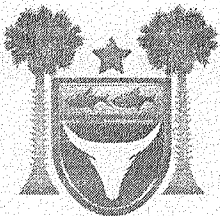
A lei de licitações deverá ser aplicada em sua amplitude, principalmente com as demais normas vigentes e originárias, as constitucionais, portanto, em relação à legitimidade da referida exigência e, a respeito da sua legalidade, analisemos a luz da indispensabilidade contida no Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifamos).

Este é o comando legal, esta é a interpretação da melhor doutrina administrativista pátria acima arrolada, este é o entendimento da jurisprudência, como se apontou, que deve ser observada por imperativos indeclináveis para o administrador público e que são, exatamente, seu dever de preservar o interesse público e, isto, porque, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



"À Administração não convém atirar-se em negócios aleatórios. Não pode envolver-se em riscos que tragam incertezas quanto ao efetivo cumprimento dos encargos que poderão incidir sobre a parte vencedora. O interesse público, a continuidade do serviço, não se compadecem com álea que deriva de avença travada com que pudesse comprometer, por insuficiência econômica ou técnica, a satisfação dos superiores interesses curados pelo Poder Público."

A administração no zelo pela coisa pública e em prol do interesse público deverá sempre que a licitação ensejar o dispêndio de vultuosas quantias ou envolver serviços técnicos mais complexos, exigir e certificar-se que o futuro contratado possui condições de tocar o pretense contrato.

A nosso ver, poderia até ser considerada desidiosa dessa Administração deixar de exigir tais condições das empresas licitantes, face à complexidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descurar.

Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que as exigências editalícias seriam restritivas da competição, nos termos do art. 3º, § 1º, inc. I da Lei 8.666/93.

Com efeito, proclama o mencionado artigo:

"§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos:

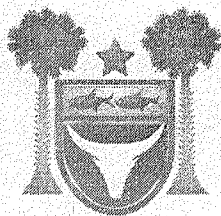
-admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabelecem preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede, ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato" (grifo nosso).

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam *legais, pertinentes e relevantes* ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a *ratio legis*.

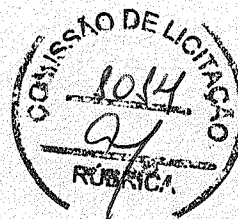
O renomado Marçal Justen Filho, diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:

*"O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. **Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada**, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação*

JFO



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações)".

Um pouco mais adiante diz:

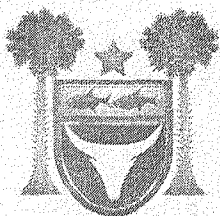
"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir"

Ademais, as exigências ora contestadas, nada mais objetivam, que o zelo desta Administração é contratar somente com fornecedores que tenham condição técnica e econômico-financeira, comprovadas ainda na licitação, de atenderem na íntegra a contratação que derivará de tal procedimento.

Tais objetivos, aliás, estão muito bem delineados por Verri Jr., Luiz Tavolaro e Teresa Arruda Alvim Wambier, quando afirmam:

"(...) o processo licitatório deve servir para verificação das 'qualificações técnica e econômica'"(dentre outras) "do licitante. Não é difícil entender o porquê dessa previsão. Basta lembrar que os contratos administrativos envolvem o dispêndio de recursos públicos e destinam-se a obter prestações de interesse público - recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco. Logo, ao escolher seu parceiro contratual, a quem vai entregar dinheiro público e confiar a persecução do bem público, o Poder Público pode - e deve - formular exigências destinadas a obter excelente garantia de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado. Deixar de fazê-lo seria violar a Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos. Assim, no contrato administrativo justifica-se uma cautela redobrada, um rigor especial, na escolha do contratado. Não é possível celebrar contrato com pessoa incapaz de oferecer, já durante a licitação, garantias de que terá capacidade econômica de tocar o empreendimento, bem como capacidade técnica para fazê-lo com competência. A formulação, nos editais de licitação, de exigência a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional;... trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o interesse privado (a saber: o de obter o máximo possível de negócios)." In Licitações e Contratos Administrativos; São Paulo: RT, 1999, p. 100.(grifou-se)

Desta forma, concluímos que a exigência retro, encontra-se consentânea com a legislação vigente, sendo imprescindível para os quesitos de qualificação técnica, não havendo que se questionar, dada sua razoabilidade.



Antonio Carlos Cintra do Amaral, em artigo publicado no site www.celc.com.br, Comentário nº 133 – 01.05.2006, pontua:

“A partir da análise do texto legal, da noção de sistema e da identificação da finalidade da norma, integrante do sistema ou subsistema, o agente administrativo identifica as soluções possíveis de aplicação, isto é, as soluções **razoáveis**. Cabe-lhe, ao produzir atos administrativos, entre os quais os licitatórios, escolher dentre elas a que lhe pareça ser **a mais razoável**.”

Prossegue o ilustre jurista:

“O agente administrativo tem a liberdade de escolher a solução que lhe pareça ser a mais adequada, ou seja, **a mais razoável**”

É claro e inequívoco o que se prega aqui, a lei não comporta palavras inúteis (sendo o edital a lei interna da licitação), porém não é mister que se interprete a legislação (edital) da forma que dela se quer tirar proveito, há que se coadunar com a realidade e a lógica de sentido que está implícita nesta, ou seja, se o edital exige, quem julga à licitação deverá cumprir, não sendo desta forma, cometer-se-á ilegalidade.

Isto posto, na há que se falar em entendimento diverso, é a máxima: **“Não é dado ao intérprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de criar hipótese não prevista”** (Ivan Rigolin).

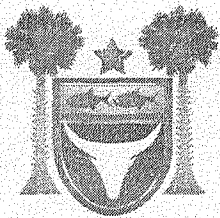
O professor Toshio Mukai, pontua **“Onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo”**.

Notemos que a licitante quanto a este ponto fora devidamente inabilitada e em conformidade com o que dispõe o edital do certame como bem aponta o item 4.1.6 deste.

4.1.6 Será inabilitado o licitante que não atender às exigências deste edital referentes à fase de habilitação, bem como apresentar os documentos defeituosos em seu conteúdo e forma, e ainda, a ME ou EPP que não apresentar a regularização da documentação de Regularidade Fiscal e Trabalhista no prazo definido no item “4.1.4” acima. Isto posto, se está previsto em editalm deverá ser cumprido, não se pode interpretar o edital de forma diversa ao sentido das normas nele contido.

Observemos que os documentos exigidos nos itens descumpridos (4.2.3.2 do edital subitem IV – 5.22), como não poderia deixar de ser, estão todos previstos no edital de regência, bem como, estão em conformidade com a doutrina e jurisprudência pátrias, premente sua legalidade.

O descumprimento supra nada mais poderia ensejar que a inabilitação da licitante, como ocorreu, não pode a bem de qualquer aspecto, a não ser o edital, a Comissão de Licitação julgar o procedimento licitatório, uma vez esse exigindo, é forçoso quando há descumprimento imputar-se ao infringidor das normas editalícias o ônus da inabilitação, essa é a *ratio legis*.



A mais que não pode a Administração celebrar contrato com um licitante que sequer comprove sua capacidade ainda na licitação, não é de bom alvitre que a Administração se lance em negócios duvidosos, mormente no caso em tela, descumprindo a legislação quando as exigências descumpridas são legais.

A administração no zelo pela coisa pública e em prol do interesse público deverá sempre que a licitação ensejar o dispêndio de vultuosas quantias, exigir e certificar-se que o futuro contratado possui condições de tocar o pretense contrato.

A nosso ver, poderia até ser considerada desídia dessa Administração deixar de exigir tal capacidade da empresa, face à complexidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descuidar.

É imperiosa a inabilitação da impetrante, como fora decretada pela comissão de licitação, e conforme apontado, não pode prosseguir no certame empresa que descumpra o edital regedor, e por consequência a legislação, sob pena de restarem prejudicados os licitantes que se ativeram ao edital para formularem suas propostas e juntar sua documentação.

A licitação deverá pautar-se por um julgamento objetivo, ou seja, principalmente aquele previsto no instrumento convocatório, não há que se falar em atitude diversa, o julgamento deverá seguir o rito e as normas editalícias.

É mister salientar que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, caput, tratou de conceituar licitação, em conformidade com os conceitos doutrinários estabelecendo os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e igualdade como estritamente relevantes no julgamento das propostas e da habilitação:

"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

Assim, a luz dos enunciados alhures, não poderá a comissão de licitação considerar habilitada a empresa impetrante, pelas razões já apontadas nesta peça, mormente em vista do descumprimento aos itens do edital regedor, posto que, se assim proceder, descumprirá o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, consagrado nas recomendações do Art. 41, caput, da Lei de Licitações Vigente, *ipsis verbis*:

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

Ao comentar o art. 41 acima transcrito, o Prof. Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", ensina:

"O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública". (pág. 382).

No dizer do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Licitação e Contrato Administrativo",

"Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque é a lei interna da concorrência e da tomada de preços" (pág 88).

É entendimento corrente na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Na escolha do vencedor da licitação deve-se verificar se todos os requisitos expostos no edital de convocação foram atendidos, sendo por óbvio que a melhor proposta para a Administração Pública é aquela que atende de forma perfeita ao edital de Convocação, senão não haveria motivos para a existência de tal edital, que sabemos ser fundamental na licitação.

Na percepção de Diógenes Gasparini, *"submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação, os proponentes, à rigorosa observância dos termos e condições do edital"*.

Prossegue o ilustre jurista, nas linhas a seguir:

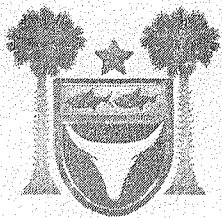
"(...) estabelecidas às regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

Nesta seara vejamos entendimento do STJ:

O STJ entendeu: "O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz na regra de que o edital faz a lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que se vinculam as partes."

Fonte: STJ. 1ª turma, RESP nº 354977/SC. Registro nº 200101284066.DJ 09 dez. 2003. p. 00213



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



Descumprido estaria no caso o não menos considerável princípio da igualdade entre os licitantes, quando se uns apresentaram a documentação segundo o determinado no edital, outros não poderiam descumprir, ainda quando atrelados a este princípio, segundo classificação dada por **Carvalho Filho**, estão os princípios correlatos, respectivamente, da **competitividade** e da **indistinação**.

Princípio de extrema importância para a lisura da licitação pública, significa, segundo **José dos Santos Carvalho Filho**, "que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro."

A margem do aduzido acima observe-se o entendimento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto em questão:

"1 - Licitação, pois, é um procedimento **competitivo** – obrigatório como regra – pelo qual o Estado e demais entidades governamentais, para constituírem relações jurídicas as mais obsequiosas aos interesses a que devem servir, buscam selecionar sua contraparte mediante disputa constituída e desenvolvida **isonomicamente** entre os interessados, na conformidade dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

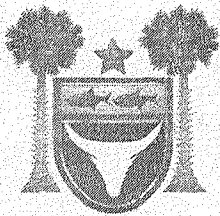
2 – Fácil é ver-se que a licitação não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca a obtenção do negócio mais conveniente para o atendimento dos interesses e necessidades públicas a serem supridos, tanto para assegurar, neste desiderato, o pleno respeito ao princípio da **isonomia**, isto é: o dever de ensejar iguais oportunidades aos que pretendem disputar o tratamento das relações jurídicas em que o Poder Público esteja empenhado.

Tem, pois um caráter manifestadamente instrumental e **competitivo**, pois é um recurso, uma via, para que as entidades estatais possam aportar idônea e satisfatoriamente na satisfação de um interesse público a ser preenchido mediante relação firmada com outrem. Logo, a obrigatoriedade do uso de tal instituto – sem dúvida importantíssimo, tanto que a própria Constituição o prevê como obrigatório, no art. 37, XXI – (...)"

Outro princípio que seria descumprido é o não menos importante princípio do julgamento objetivo. A licitação tem que chegar a um final, esse final é o julgamento, realizado pela própria Comissão de Licitação ou pregoeiro, e no caso de convite, por um servidor nomeado. Esse julgamento deve observar o critério objetivo indicado no instrumento convocatório. Tal julgamento, portanto, deve ser realizado por critério, que sobre ser objetivo deve estar previamente estabelecido no edital ou na carta-convite. Portanto, quem vai participar da licitação tem o direito de saber qual é o critério pelo qual esse certame vai ser julgado, como assim o foi.

Verificamos que o princípio do julgamento objetivo encontra arrimo nas normas dos Art's. 40, inciso VII, 43, inciso V, 44 e 45 caput, todos da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, *ipsis literis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local,



dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

Art. 44 - *No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou no convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.*

Art. 45 - *O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.*

Zanella di Pietro, explicando este princípio, afirma que, "Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital."

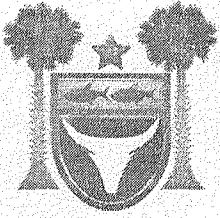
Nesse exato pensar, confirma Odete Medauar que:

"o julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito."

Nesse diapasão, considerar a impetrante habilitada seria ferir os princípios, da vinculação ao instrumento convocatório, quando estão descumpridos itens do edital, da legalidade quando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório resta previsto em lei (Art. 41, Lei nº 8.666/93) e ainda o princípio da igualdade entre os licitantes quando uns cumpriram rigorosamente o edital e outros não satisfazem as exigências dos itens editalícios, portanto não há mais o que se cogitar senão a permanência da inabilitação da concorrente já citada.

Os princípios constitucionais dirigem-se ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando-os e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. No Estado de Direito o que se quer é o governo das leis e não dos homens.

Não é por outro motivo que Celso Antonio Bandeira de Mello dá ênfase ao descumprimento desses princípios, assinalando que:



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada."

Os princípios comentados estão estritamente estabelecidos em lei, como já comprovado, isto posto, habilitar a impetrante, seria ferir o princípio da Legalidade dos atos públicos, conforme abordado, e como facilmente se comprova pelos enunciados em tela.

O princípio da legalidade constitui-se basilar na atividade administrativa e segundo o qual a Administração está restritamente regulada pelo instituído em lei, ou seja, o administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a *teoria da apresentação* de Pontes de Miranda), manifestada por lei. Nesse exato sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos:

"... É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer. (CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 25.)

O Mestre MIGUEL SEABRA FAGUNDES, em sua obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", Saraiva, São Paulo, 1984, pág. 3, assevera:

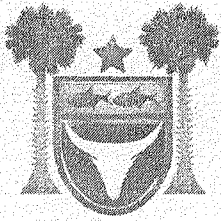
"Administrar é aplicar a Lei de Ofício."

Celso Antônio Bandeira de Melo, um dos mais festejados juristas brasileiros discorrendo sobre o assunto, no seu livro Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, Malheiros, pág. 63 e 64, nos ensina que:

"Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a Lei não proíbe, à Administração só pode fazer o que a Lei antecipadamente autorize".

"o espírito da Lei, o fim da Lei, forma com o seu texto um todo harmônico e indestrutível, e a tal ponto, que nunca poderemos estar seguros do alcance da norma, se não interpretarmos o texto da Lei de acordo com o espírito da Lei."

Desta feita, habilitar a recorrente seria incorrer em ilegalidade do ato administrativo, e, conseqüentemente, do procedimento licitatório, caso em que haveria de ser o mesmo anulado. Nesse diapasão arremata **Hely Lopes Meirelles**, em ensinamento percuciente, que:



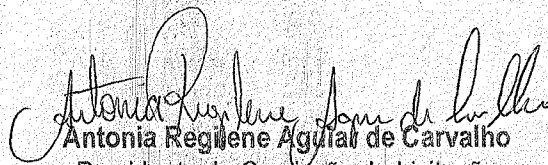
PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS

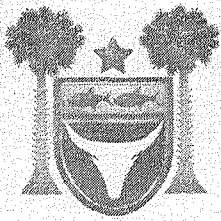


"Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos do direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei." (DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO, RT, 12ª ed., São Paulo, p. 132)

Desta forma, entendemos pela permanência da inabilitação da empresa recorrente pelas razões acima expostas, mantendo-se o julgamento dantes proferido como forma de preservar-se a legislação competente, mormente os princípios norteadores da atividade administrativa, tais quais, o da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Cariré – Ce, 20 de maio de 2019.


Antonia Regilene Aguiar de Carvalho
Presidente da Comissão de Licitação



PREFEITURA DE
CARIRÉ
SEMPRE JUNTOS



Cariré – Ce, 22 de maio de 2019.

Concorrência nº 001/2019/SMI - CP

Julgamento de Recurso Administrativo

Ratificamos o posicionamento da Comissão de Licitação do Município de Cariré quanto aos procedimentos processuais e de julgamento acerca da Concorrência nº 001/2019/SMI - CP, principalmente no tocante a permanência da inabilitação da empresa COPA ENGENHARIA LTDA, por entendermos condizentes com as normas legais e editalícias.

Sendo o que nos consta, subscrevemo-nos.

Renato Oliveira Brandão
Secretario de Infraestrutura e Desenvolvimento