



PREFEITURA MUNICIPAL DE JIJOCA DE JERICOACOARA

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO E PREGÃO

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Concorrência Pública nº 2020.12.18.01-CP

Assunto: Recurso Administrativo

Impetrante: ECOSERV CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS - EIRELL

A Comissão de Licitação informa a ECOSERV CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS - EIRELL citada acerca do recurso administrativo impetrado pela referida empresa, que fora julgada inabilitada na Concorrência Pública já citada, por descumprir os seguintes itens do Edital: **item 7.3.2.1** - apresentou Certidão de débitos municipais vencida; **item 7.3.3.3** - Alínea a - não apresentou atestados de capacidade técnica comprovando ter realizado serviços de Coleta manual e transporte de resíduos sólidos domiciliares e comerciais em caminhão compactadores de 15m3; **item 7.3.3.3** - Alínea b - não apresentou atestados de capacidade técnica comprovando ter realizado serviços de Coleta de transportes de lixo reciclável; o **item 7.3.5.6** - apresentou o Balanço Patrimonial em desacordo ao solicitado; item 7.1 - apresentou declarações assinadas por seu sócio mas o mesmo não estava presente, sendo assim, conforme solicitado em edital as mesmas deveriam ser apresentadas com os respectivos reconhecimentos de firma; **item 7.3.4.11** - Alínea c - não apresentou atestados de capacidade técnica comprovando ter realizado serviços de limpeza manual de faixas de praia.

Preliminarmente aduzimos que a recorrente alega que a causas de sua inabilitação são desarrazoadas, que visam tão somente o favorecimento a única empresa que ficou habilitada no certame a empresa URBANA LIMPEZA E MANUTENÇÃO VIÁRIA EIRELLI, o que viola o princípio da livre concorrência, e ainda que a empresa possui vasta experiência na participação em licitações, que os itens de qualificação técnica não se mostram razoáveis e que a empresa cumpre em seus atestados o objeto da contratação, que é CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ÁREA DE LIMPEZA PÚBLICA URBANA PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE COLETA, TRANSPORTE E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO DA LIMPEZA DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS NO MUNICÍPIO DE JIJOCA DE JERICOACOARA/CE.

Em primeiro ponto há que se esclarecer que a afirmação de que há favorecimento a qualquer empresa no certame carece de comprovação, não sendo suficientes simples ilações para que se afirme questão dessa natureza no processo.

Ocorre que a mera alegação, sem a colação aos autos administrativos de provas que comprovem o argumento apresentado, não são suficientes para atestar a veracidade desse argumento, até

CNPJ: 23.718.034/0001-11

Rua Minas Gerais, 420 – Centro - Jijoca de Jericoacoara - Ceará - Brasil.

CEP: 62.598-000 – Telefone: (88) 3669-1200 Email: licitacao@jijocadejericoacoara.ce.gov.br



porque a regra básica é que o ônus da prova cabe a quem alegou. É o que dispõe o art. 373, I, do CPC e o art. 36 da Lei de Processo Administrativo, vejamos respectivamente:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

Art. 36. Cabe ao interessado à prova dos fatos que tenha alegado sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Os atos da Administração Pública gozam de presunção de veracidade, presunção essa que é apenas relativa. Nesse sentido, para ser desconstituída, depende de prova em contrário.

“Presunção de legitimidade é o atributo que torna legítimo todo ato administrativo até que se prove o contrário. As consequências da presunção de legitimidade traduzem-se na ‘imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade’ (Hely Lopes Meirelles), mas somente enquanto não declarada a invalidade, e no fato de que o ônus da prova da ilegitimidade passa automaticamente para quem a alega” (BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de direito administrativo. Curitiba: Juruá, 1998. p. 120).

Segundo a Lei Federal nº 9.784/1999 imputa o ônus da prova ao interessado, conforme inclusive bem observa José dos Santos Carvalho Filho:

Vigora para o processo administrativo o mesmo princípio adotado no processo judicial no que toca ao ônus da prova: cabe ao interessado o ônus da prova em relação às alegações que tenha apresentado. O postulado já resulta do ensinamento dos romanos: *onus probandi incumbit ei dicti, non qui negat*. No estatuto processual civil, tendo em vista que o processo contém um conflito de interesses no qual a pretensão de uma parte encontra resistência por parte da outra, a regra é a de que o autor tem o ônus de provar o fato constitutivo de seu pedido, ao passo que o réu deve comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O sistema atual, portanto, baseia-se na distribuição da prova e no interesse direto da parte no que tange à comprovação fática, e daí se realça a importância das alegações no processo: se quem faz a alegação relata determinado fato, a ela deve caber prová-lo.

“Ônus da prova é a atribuição, pela lei, a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. Visa a motivar os litigantes a participarem ativamente do contraditório processual e, assim, influenciarem diretamente na formação do convencimento judicial. É pela comprovação das alegações que as partes podem tirar o Magistrado do estado de dúvida, atribuindo-lhe argumentos para fundamentar a decisão.” (CAMBI, Eduardo. Código de processo civil comentado (livro eletrônico). Sob a coordenação de José Sebastião Fagundes Cunha (coordenador geral), Antonio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1102)

Assim, o argumento esposto pela recorrente não merece amparo, posto que não juntou aos autos qualquer meio de prova que corrobore com o alegado, o encargo da prova de determinado fato

CNPJ: 23.718.034/0001-11

Rua Minas Gerais, 420 – Centro - Jijoca de Jericoacoara - Ceará - Brasil.

CEP: 62.598-000 – Telefone: (88) 3669-1200 Email: licitacao@jijocadejericoacoara.ce.gov.br



deve ser imposto àquela parte que teoricamente se beneficiará caso o fato alegado prevaleça. Se é seu o virtual bônus, deve ser seu o ônus.

Noutro ponto as afirmações de que os itens de qualificação técnica não são razoáveis consistem em contestações a termos editalícios, caso em que partindo deste ponto, qualquer contestação junto à comissão de licitação acerca dos termos citados, encontra-se com prazo precluso, de modo que deverá ser desconsiderada de pronto pela comissão de licitação.

O texto legal é explicitamente esclarecedor quando normatiza que o licitante que não impugnar os termos do edital até o segundo dia útil que anteceder a licitação decairá do prazo, inteligência o Art. 41, parágrafo 2º, *ipsis literis*:

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

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

Vejamus entendimento do Tribunal Regional Federal 1ª Região, que em julgado percuciente, entende:

TRF-1 - REMESSA EX OFFICIO : REO 14409 DF 95.01.14409-7

Processo:	REO 14409 DF 95.01.14409-7
Relator(a):	JUIZA ASSUSETE MAGALHÃES
Julgamento:	12/11/1999
Órgão Julgador:	SEGUNDA TURMA
Publicação:	17/12/1999 DJ p.875

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. PRAZOS. ART. 41, LEI N. 8.666/93. MÉRITO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO.

1. O prazo para impugnar o licitante edital de licitação perante a Administração é até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preço ou concurso, ou a realização de leilão (Lei nº 8.666/93, art. 41, § 2º, com a redação da Lei nº 8.883/94).

2. A análise pelo Poder Judiciário restringe-se ao exame da legalidade dos atos administrativos, sendo-lhe vedada apreciação acerca do mérito administrativo, cujos critérios de oportunidade e conveniência decorrem de exclusiva discricionariedade da Administração. Caso em que o Impetrante pretende a nulidade de edital licitatório impugnado administrativamente, discutindo acerca do conteúdo de normas editalícias,

CNPJ: 23.718.034/0001-11

Rua Minas Gerais, 420 – Centro - Jijoca de Jericoacoara - Ceará - Brasil.
CEP: 62.598-000 – Telefone: (88) 3669-1200 Email: licitacao@jijocadejericoacoara.ce.gov.br



sem ao menos trazer à baila o teor da impugnação, para a verificação de possível ilegalidade.

3. Sentença que concedeu em parte a segurança.

4. Remessa oficial conhecida e improvida.

No que tange a apresentação da **Certidão Municipal** exigida no **item 7.3.2.1 vencida**, verificamos que o documento apresentado esta datado de 02 de novembro de 2020 com **validade até 31 de dezembro de 2020**, para atendimento a exigência em um certame com data de abertura em 02 de fevereiro de 2021.

Portanto, não há como se questionar o descumprimento ao item 7.3.2.1 do edital, assim como o item 7.2.3, que é claro em exigir documentos dentro do prazo de validade.

7.2.3 Dentro do prazo de validade, para aqueles cuja validade possa expirar. Na hipótese de o documento não conter expressamente o prazo de validade, deverá ser acompanhado de declaração ou regulamentação do órgão emissor que disponha sobre a sua validade. Na ausência de tal declaração ou regulamentação, o documento será considerado válido pelo prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da data de sua emissão.

Tratando sobre a exigência do item **7.3.3., alínea "a" - Coleta manual e transporte de resíduos sólidos domiciliares e comerciais em caminhão compactadores de 15m³**, fora constatado que não houve o devido cumprimento pela recorrente.

Em observância ao que cita a legislação e pela similaridade dos serviços prestados e aqueles constantes dos acervos da licitante, reformamos o julgamento neste ponto.

Quanto ao item **7.3.5.6 – Balanço Patrimonial** que fora apresentado em desacordo com o exigido no edital, esta comissão reconhecendo a imprecisão na motivação pela qual não aceitaria o documento retira a pecha que causa sua desaprovação.

Já no que tange ao descumprimento aos itens, 7.3.3.3 – Alínea b – Coleta de transportes de lixo reciclável e 7.3.4.11 – “ Alínea c – serviços de limpeza manual de faixas de praia, não podemos concordar com as razões pontuadas pela impetrante, mormente aquelas que aduzem que a empresa possui experiência em limpeza urbana em diversos municípios do estado do Ceará e ainda mais a citação ao objeto genérico do edital previsto no item 2.1.

É imperioso ressaltar que não se encontrou em nenhum dos acervos apresentados pela impetrante quaisquer itens que atestem o atendimento as exigências dos itens 7.3.3.3 – Alínea b e 7.3.4.11 – “ Alínea c, do Edital.

Ainda esclarecendo a impetrante é mister citar que mesmo o objeto da licitação sendo a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ÁREA DE LIMPEZA PÚBLICA URBANA PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE COLETA, TRANSPORTE E DESTINAÇÃO FINAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO DA LIMPEZA DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS NO MUNICÍPIO DE JIJOCA DE JERICOACOARA/CE**, de forma genérica, o edital prevê a exigência do cumprimento de itens de maior relevância, exigidos de forma legal e que devem ser cumpridos por todos os licitantes participantes.

CNPJ: 23.718.034/0001-11

Rua Minas Gerais, 420 – Centro - Jijoca de Jericoacoara - Ceará - Brasil.

CEP: 62.598-000 – Telefone: (88) 3669-1200 Email: licitacao@jijocadejericoacoara.ce.gov.br



Objetivamente as exigências de parcelas de maior relevância, são exigências legais, mormente pela previsão do Art. 30, inciso II, parágrafo primeiro, inciso I, da Lei nº8.666/93 e suas alterações posteriores, *verbis*:

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

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 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;

Na temática serviços de maior relevância não fora à toa que o legislador se referiu a comprovação da licitante em execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

Ou seja, quando há complexidade admitir-se-á exigências compatíveis com tais casos, exigências que garantam que a empresa vencedora do certame terá condições de tocar o contrato pretenso contrato sem maiores percalços a Administração.

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)

Vejamos o posicionamento contido no Blog da Editora Zênite no sitio eletrônico, <http://www.zenite.blog.br/como-identificar-a-parcela-de-maior-relevancia-e-valor-significativo-do->

CNPJ: 23.718.034/0001-11

Rua Minas Gerais, 420 – Centro - Jijoca de Jericoacoara - Ceará - Brasil.

CEP: 62.598-000 – Telefone: (88) 3669-1200 Email: licitacao@jijocadejericoacoara.ce.gov.br



[objeto-da-licitacao/](#), que além de tratar da abordagem da equipe técnica ainda adentra na questão dos itens de maior relevância, 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.

Quanto aos quantitativos exigidos nos itens contestados, enfatizamos que este quantitativo está em conformidade com a jurisprudência do TCU que é enfática em asseverar que tais quantitativos não poderão ser superiores a 50 % do que será executado, senão vejamos.



"9.1.2.1.2. em relação à fixação dos quantitativos mínimos já executados, não estabeleça percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93;" (Acórdão 1.284/2003 - Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, publicado no DOU de 15/09/2003)

A mesma determinação é feita no Acórdão 2.383/2007 - Plenário: "a) é desarrazoada, como forma de comprovação da qualificação técnica dos licitantes, a exigência em edital de percentuais mínimos superiores a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço (...)" (Rel. Min. Benjamin Zymler, publicado no DOU de 20/11/2007).

Nesse sentido, em 1º de fevereiro de 2008, o DNIT editou a Portaria nº 108, dispondo o seguinte:

"Considerando determinações do Ministério dos Transportes, por meio da Instrução Normativa 01, de 04 de outubro de 2007, e do Egrégio Tribunal de Contas no que diz respeito aos procedimentos e exigências a serem adotados quanto às capacitações técnicas previstas nos editais de licitação, resolve:

Art. 1º Determinar que a exigência de Capacitação Técnica se restrinja aos itens de maior relevância técnica e financeira contidos no objeto a ser licitado em número máximo de 8 (oito) e não superior a 50% (cinquenta por cento) das quantidades licitadas para o serviço específico.

Dessa forma, evidencia-se que a determinação contida na Portaria nº 108 do DNIT coaduna-se com o que vem sido decidido pelo Tribunal de Contas da União.

Art. 2º Os itens de maior relevância são entendidos como aqueles que constem do objeto licitado em valor igual ou superior a 4% (quatro por cento).

Art. 3º Revoga-se a Portaria nº 721, de 9 de maio de 2007.

Art. 4º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação."

Em meio a dificuldade da Administração Pública fixar requisitos de capacidade técnica sem restringir a competitividade a Portaria nº 108 do DNIT representa uma tentativa de deixar a questão mais clara em relação aos serviços e obras a serem licitados.

As normas da Portaria nº 108 são um norte nesse tema mesmo em relação a licitações promovidas por entidades desvinculadas do DNIT, pois são conforme o entendimento do TCU sobre o assunto.

Reitere-se, os quantitativos foram exigidos referentes a serviços mensais, ou seja, bem abaixo do que se poderia exigir não havendo nada de desarrazoado.



Da mesma forma que se entende a qualificação técnico profissional quanto aos itens de maior relevância, também se faz para qualificação técnico operacional, uma vez que esta continua sendo exigível por via de atestados de execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços similares, limitados, contudo, às parcelas de maior relevância e valor significativo.

Nas lições, sempre atuais, do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, destaca-se que:

"A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto apostado à letra b do §1º do art. 30. Na verdade o dispositivo vetado impunha limitação a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação" (Direito Administrativo, 20ª ed., 1995, p. 270).

Em julgados recentes o Tribunal de Contas da União vem decidindo na forma dos enunciados a seguir:

Para comprovar a capacidade técnico-operacional das licitantes, guardada a proporção com a dimensão e a complexidade do objeto da licitação, podem-se exigir, desde que devidamente justificados, atestados de execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços similares, limitados, contudo, às parcelas de maior relevância e valor significativo. Acórdão 1842/2013-Plenário | Relator: ANA ARRAES

Para fins de comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, não cabe exigir atestados com quantitativos mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens da obra ou do serviço licitado, limitada a comprovação aos itens de maior relevância técnica e valor significativo do objeto a ser contratado, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados no processo administrativo relativo à licitação. Acórdão 1851/2015-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER

Não se admite a transferência do acervo técnico da pessoa física para a pessoa jurídica, para fins de comprovação de qualificação técnica em licitações públicas, pois a capacidade técnico-operacional (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), uma vez que a primeira considera aspectos típicos da pessoa jurídica, como instalações, equipamentos e equipe, enquanto a segunda relaciona-se ao profissional que atua na empresa. Acórdão 2208/2016-Plenário | Relator: AUGUSTO SHERMAN

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993). Acórdão 361/2017-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO

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).***

Portanto aferir se o profissional e a empresa executaram os serviços anteriormente em percentual do que se pretende contratar, é absolutamente legal e retratam a capacidade de operação que deve refletir com o quantitativo dos lotes/itens vencidos na licitação.

Esse percentual é o recomendado e permitido pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e da União, para serviços como é o caso do objeto em tela, vejamos:

REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO ÂMBITO DO EDITAL DE LICITAÇÃO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 10/2014/CPL - GERAL/CML/SEMAD/PVH. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE ILEGALIDADES. REPRESENTAÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE. ARQUIVAMENTO.

1. A exigência da apresentação de atestado de qualificação técnica operacional de pelo menos 50% (cinquenta por cento), isto é, o correspondente a 1/2 do quantitativo mensal, em razão da complexidade e do vultoso importe financeiro que envolve os serviços pretendidos, revela-se como um instrumento hábil a comprovar que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participou anteriormente de contratos, cujos objetivos eram similares ao previsto no certame em referência, e, conseqüentemente, possui expertise operacional e financeira para a contratação almejada pela Administração Municipal; (grifo)

2. O Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, em consolidada jurisprudência, tem considerado legal a comprovação de capacidade técnico-operacional das licitantes em percentuais mínimos dos quantitativos estimados no certame, desde que limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo, guardando proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser licitado;

3. Em razão do princípio da ampla competitividade e da isonomia, não é possível criar exigências que de alguma forma possam restringir ou causar embaraços à participação de empresas em recuperação judicial;

4. In casu, há que se ponderar que a Administração Pública, em obediência aos Princípios da Finalidade e da Continuidade do Serviço Público, tem por dever assegurar que todos os



seus atos e contratos satisfaçam integralmente o interesse público, de modo que deve evitar contratações em que haja possibilidade de descontinuidade do serviço público;

5. Os objetivos do certame em apreço possuem notórias particularidades, senão pela vultuosidade dos valores envolvidos, principalmente dada à relevância dos serviços para a coletividade, o que, por óbvio, justifica a adoção de medidas que se destinem a assegurar a escolha de uma empresa com solidez financeira e capacidade econômica para executar o contrato em sua completude;

6. Representação conhecida e, no mérito, julgada procedente.

7. Precedente: Acórdão n. 87/2009 - Processo n. 2.334/2009;

8. Arquivamento. (Acórdão AC2-TC 01385/16, TCE/RO, Processo nº 02188/2016, Relator: Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra, 2ª Câmara de Julgamento, Julgado em 31/08/2016)

Esse é o entendimento da Súmula nº 263/2011, do Tribunal de Contas da União:

SÚMULA Nº 263/2011 Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Em outro entendimento já se manifestou o Egrégio Tribunal de Contas da União:

"Habilitação. Qualificação técnica. Capacitação técnico-profissional. Capacitação técnico-operacional. Concorrência. A estabilidade do futuro contrato pode ser garantida com a exigência de atestados de capacitação técnico-profissional aliada ao estabelecimento de requisitos destinados a comprovar a capacitação técnico-operacional nos termos do inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93. (TC-009.987/94-0, publicado no Boletim de Licitações e Contratos, NDJ, 1995, vol. 11, p. 564).

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:

(...)

CNPJ: 23.718.034/0001-11

Rua Minas Gerais, 420 – Centro - Jijoca de Jericoacoara - Ceará - Brasil.

CEP: 62.598-000 – Telefone: (88) 3669-1200 Email: licitacao@jijocadejericoacoara.ce.gov.br



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, inclusive administrativa, como se apontará, 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:

“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.”

Isto posto, restam comprovadas a regularidade das exigências supramencionadas, de maneira que não se pode interpretar o edital de forma diversa ao sentido das normas nele contido, mormente quando não se está mais em fase legal para tanto.

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.

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”**.

Ressaltamos que em sede de descumprimento de exigência comprovadamente legal, decidiu o STJ:

“...desmerece habilitação em licitação pública a concorrente que não satisfaz as exigências estabelecidas na legislação de regência e ditadas no edital.”

Fonte: STJ. 1ª turma, RESP nº 179324/SC. Registro nº 199800464735.DJ 24 Jun.. 2002. p. 00188. Revista Fórum Administrativo – Direito Público vol. 17. ano 2. jul. 2002.

Observemos que os documentos exigidos nos itens descumpridos, como não poderia deixar de ser, estão todos previstos no edital de regência, bem como, estão em conformidade com a legislação licitatória, Lei nº 8.666/93 e suas alterações, 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 comprova sua capacidade técnica 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 descurar.

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

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 conterà 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:

"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 neelas 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.”

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.

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.

Jijoca de Jericoacoara- Ce, 26 de fevereiro de 2021.


LUCIANA SETÚBAL ARAÚJO
Presidente da CPL