

Sobral/CE, 13 de julho de 2020.



À

**COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
PREFEITURA MUNICIPAL DE SOBRAL**

A/C.: Ilma. Sra. Presidente da Comissão Permanente de Licitação.

Ref.: Concorrência Pública Nacional nº 007/2020-SEUMA/CPL.

Assunto: Interposição de Recurso Administrativo em face da decisão de inabilitação do consórcio formado pelas empresas **R. R. PORTELA CONSTRUÇÕES E LOCAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA.** e **CONSTRUTURA MONTE CARMELO LTDA.**

R. R. PORTELA CONSTRUÇÕES E LOCAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA., pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 14.858.301/0001-65, com sede na Zona Rural, Distrito de Pedra de Fogo, S/N, em Sobral/CE, CEP 62010-970, neste ato representado por seu representante legal, o Sr. **Francisco Renan de Azevedo Portela**, brasileiro, casado, inscrito no CPF/MF sob o nº 057.524.963-30, e RG nº 2002031067546 SSP/CE, residente e domiciliado na localidade de Pedra de Fogo, Zona Rural, Distrito de Pedra de Fogo, no Município de Sobral, CEP 62010-790, e **CONSTRUTORA MONTE CARMELO LTDA. EPP.**, pessoa jurídica de Direito Privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 14.099.430/0001-17, com sede na Rua Amazonas, nº 742, bairro Bela Vista, em Fortaleza/CE, CEP 60441-685, neste ato por seu representante legal, o Sr. **João Victor Rodrigues Melo**, brasileiro, solteiro, inscrito no CPF/MF sob o nº 037.659.003-38, residente e domiciliado em Fortaleza/CE, integrantes do "**CONSÓRCIO R. R. PORTELA E CONSTRUÇÃO MONTE CARMELO**", vêm, perante Vossa Senhoria, tempestivamente, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO** em face da decisão de inabilitação do consórcio Recorrente, sendo o que faz por meio dos termos e fundamentos delineados a seguir:

1



1 – DOS FATOS

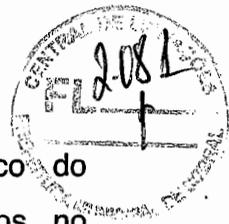
Cuida-se de Concorrência Pública Nacional aberta pela Prefeitura de Sobral, por meio da Secretaria do Urbanismo e Meio Ambiente – SEUMA, para **“CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA EXECUÇÃO DE OBRA DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO BAIRRO JUNCO, EM SOBRAL/CE”**, de acordo com as disposições do instrumento convocatório em questão.

Designada para o dia 06/07/2020 a sessão pública para recebimento e abertura dos envelopes referentes à fase inicial de habilitação, compareceram as empresas **(1) CONSTRUTORA BRITÂNIA LTDA., (2) COENCO SANEAMENTO LTDA., (3) CONSÓRCIO COSAMPA PROJETOS CONSTRUÇÕES/CONSTRUTORA CONITA LTDA., (4) CONSTRUTORA SANTA BEATRIZ LTDA., (5) CONSÓRCIO R. R. PORTELA CONSTRUÇÕES E LOCAÇÕES DE VEÍCULOS LTDA/CONSTRUTORA MONTE CARMELO LTDA. e (6) CONSTRUTORA GRANITO LTDA.**

Após conferência dos documentos por parte do técnico da Secretaria da Infraestrutura do Município, essa Comissão declarou, das 6 (seis) licitantes em disputa, apenas, as empresas **COENCO SANEAMENTO LTDA. e CONSTRUTORA GRANITO LTDA.** como habilitadas. As demais, incluindo o Consórcio Recorrente, foram considerados inabilitados.

Especificamente quanto ao Consórcio Recorrente, essa Comissão entendeu que, **muito embora o responsável técnico, Bruno Sanford Carneiro, possuir experiência comprovada e com quantitativos acima dos indicados no Edital,** não teria sido demonstrada a contento a capacidade técnico-operacional das empresas consorciadas.

Ocorre, Sra. Presidente, que a inabilitação do Consórcio Recorrente, além de prejudicar a necessária competitividade nos processos de licitações públicas, deu-se forma indevida basicamente por 2 (duas) razões, quais sejam: **(1) o know how necessário para execução da obra foi comprovado, seja pela**



experiência das empresas consorciadas, seja pelo acervo técnico do engenheiro/responsável técnico indicado; e (2) os itens apontados no instrumento convocatório dizem respeito a percentual mínimo quanto se considera a íntegra do orçamento do objeto licitado, não sendo razoável, tampouco legal, a exclusão de concorrente em razão do possível não preenchimento de absolutamente todos os quantitativos especificados.

De todo modo, e para que restem cristalinas as teses ora defendidas, o Consórcio Recorrente passa a defendê-las em tópicos autônomos, sendo o que faz a partir dos argumentos fundamentos a seguir:

2 – DO EXAGERO DA INABILITAÇÃO DO CONSÓRCIO FORMADO PELAS EMPRESAS “R. R. PORTELA” E “MONTE CARMELO”

Muito embora, como dito acima, o Consórcio Recorrente tenha comprovado a experiência das empresas consorciadas em executar, sem quaisquer problemas, a obra em questão, bem como ter comprovado, por meio de inúmeros atestados técnicos, a capacidade técnica do engenheiro indicado, essa Comissão entendeu pela inabilitação do Consórcio por suposta não comprovação de sua capacidade técnico-operacional.

Tal inabilitação, *data vênia*, além de exagerada, Sra. Presidente, foi também juridicamente equivocada.

Com efeito, o Edital exige, no item 7.3.2, a comprovação de execução dos seguintes serviços com os respectivos quantitativos mínimos e valores:

ITEM	QUANTITATIVO MÍNIMO	VALOR EQUIVALENTE
ESCAVAÇÃO DE MATERIAL DE 3A. CAT A FRIO	1.470,02 M3	R\$ 378.383,15
REBAIXAMENTO DE LENÇOL FREÁTICO EM VALAS	2.688,07 M	R\$ 96.528,59
ESCORAMENTO CONTINUO DE VALAS C/PRANCHAS METÁLICAS DE 2.00M	5.044,60 M2	R\$ 145.839,39
RAMAL INTRADOMICILIAR DE ESGOTO C/ TUBO 100mm	3.240,00 M	R\$ 81.032,40
TUBO PVC RIGIDO OCRE JE DN 100 (NBR-7362)	4.322,70 M	R\$ 54.163,43



RAMAL PREDIAL DE ESGOTO EM PVC 100mm, C/PAVIMENTO EM ASFALTO	3.025,89 M	R\$ 303.527,03
RAMAL PREDIAL DE ESGOTO EM PVC 100mm, C/PAVIMENTO EM PEDRA TOSCA	1.296,81 M	R\$ 95.782,39
TRAVESSIA METODO NAO DESTRUTIVO P/ TUBO 100<DN<=200	16,30 M	R\$ 35.343,29
RECOMPOSIÇÃO DE CAPA COM REVESTIMENTO ASFALTICO ESP= 5CM	1.152,03 M3	R\$ 1.270.504,77
CADASTRO DE REDE DE ESGOTO/EMISSARIO/DRENAGEM (MEIO MAGNETICO)	3.840,09 M	R\$ 7.526,58
TOTAL		R\$ 2.468.631,02

Exigiu-se, assim, apenas para fins de habilitação, exatamente 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos de alguns dos itens, em valor, mais caros constantes na planilha orçamentária, o que não significa dizer que seriam também os mais complexos, não constando no processo, ainda, qualquer justificativa para tais exigências em específico.

Itens como (1) "ATERRO C/COMPACTAÇÃO MECÂNICA E CONTROLE, MAT. DE AQUISIÇÃO", de custo estimado de **R\$ 559.397,74 (quinhentos e cinquenta e nove mil, trezentos e noventa e sete reais e setenta e quatro centavos)**, (2) "CAIXA DE INSPEÇÃO EM ALVENARIA P/LIGAÇÃO CONDOMINIAL, DI= (40X40)cm", de custo estimado de **R\$ 132.560,00 (cento e trinta e dois mil, quinhentos e sessenta reais)**, (3) "CAIXA DE INSPEÇÃO EM CONCRETO PRÉ-MOLDADO DN 60CM COM TAMPA H= 60CM -FORNECIMENTO E INSTALACAO", de custo estimado em **R\$ 394.582,46 (trezentos e noventa e quatro mil, quinhentos e oitenta e dois reais e quarenta centavos)**, (4) "RETIRADA DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA COM BASE EM PEDRA", de custo estimado em **R\$ 125.886,03 (cento e vinte e cinco mil, oitocentos e oitenta e seis reais e três centavos)**, (5) "POÇO DE VISITA, C/ANÉIS DE CONCRETO, PROF. ATÉ 1.50m, D=1000mm", de custo estimado em **R\$ 114.747,65 (cento e catorze mil, setecentos e quarenta e sete reais e sessenta e cinco centavos)**, que juntos perfazem um custo estimado de **R\$ 1.327.173,88 (um milhão, trezentos e vinte e sete mil, cento**



e setenta e três reais e oitenta e oito centavos), não foram, por exemplo, indicados no Edital em tela.

Saliente-se que a experiência prévia não precisa ser idêntica à do objeto que se pretende licitar, conforme leciona Marçal Justen Filho (2010, p.441):

Em primeiro lugar, não há cabimento em impor a exigência de que o sujeito tenha executado no passado obra ou serviço exatamente idêntico ao objeto da licitação. Parece evidente que o sujeito que executou obra ou serviço exatamente idêntico preenche os requisitos para disputar o certame e deve ser habilitado. Mas também se deve reconhecer que a idoneidade para executar o objeto licitado pode ser evidenciada por meio da execução de obras ou serviços similares, ainda que não idênticos. Em outras palavras, a Administração não pode exigir que o sujeito comprove experiência anterior na execução de um objeto exatamente idêntico àquele licitado – a não ser que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que dê respaldo a tanto,

A Súmula nº 263 do Tribunal de Contas da União – TCU fala da possibilidade de se exigir, para fins de capacidade técnico-operacional, quantitativos mínimos, **“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”**.

O Plenário do TCU através do acórdão 2099/2009, teve como Ministro Relator Augusto Sherman, já decidiu que é vedado a exigência de qualificação técnica que não apresente complexidade, *verbis*:

É vedada a exigência, como requisito qualificação técnica, de comprovação de execução de itens que não apresentem complexidade técnica.

Perceba-se, Sra. Presidente, que a condição da viabilidade jurídica da condição EXIGE, ao mesmo tempo, que os itens sejam a parcela mais relevante e tenham o valor mais significativo do objeto licitado, devendo, necessariamente,



tais itens guardarem proporção com a dimensão e complexidade do objeto a ser contratado.

Assim, para preservar outros princípios jurídicos fundamentais à garantia da legalidade do certame, dentre eles a isonomia e moralidade, é imperioso que o serviço seja, também, financeiramente relevante no contexto global do objeto. Outrossim, espera-se a devida publicidade e motivação quanto aos critérios de escolha dos itens que irão limitar o universo de concorrentes.

No caso presente, por outro lado, houve a exigência indiscriminada parte de itens sem que houvesse qualquer justificativa prévia fundamentando e comprovando a absoluta necessidade daquele exato percentual de "experiência". Foi tanto assim que todos os itens tiveram percentual, para fins de quantitativos mínimos, de 50% (cinquenta por cento) do estimado no orçamento da obra, deixando claro que não houve qualquer critério técnico para as exigências.

Nada demais, o valor dos itens constantes no Edital representa um percentual mínimo quando se considera o valor total da obra.

A restrição editalícia, além de ser constantemente rebatida pelos Tribunais de Contas do País, afasta a competitividade necessária e, por consequência, reduz as chances de a Administração Pública obter a melhor proposta.

Ora, no caso do Consórcio Recorrente, comprovou-se que as consorciadas possuem expertise para executar a obra licitada e, no que tange aos quantitativos, o engenheiro e responsável técnico da empresa MONTE CARMELO possui, de sobra, o know how necessário, não sendo razoável reduzir a concorrência apenas por conta do não preenchimento absoluto dos quantitativos vinculados à capacidade técnico-operacional, sobretudo quando, como se viu, a exigência não respeita a redação do entendimento sumulado pelo TCU.

(Handwritten initials and a mark)



Tais exigências são desproporcionais, Sra. Presidente, e, consequentemente, restritivas ao caráter competitivo do certame. Neste caso, prevalece a ideia de que a mais ampla concorrência proporciona a melhor oferta para Administração, em observância ao disposto no art. 3º da Lei n. 8.666/93. O entendimento deixa evidente a preocupação de que a exigência de capacitação técnico-operacional tal qual a presente é, de fato, capaz de restringir a competitividade do certame, direcionando a contratação a certos grupos econômicos.

Marçal Justen Filho, em posicionamento citado anteriormente, diz que a capacitação técnico-operacional é aceitável quando **“o objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado”**. Ou seja, se o objeto não apresentar complexidade significativa, não se justifica a exigência de tal requisito, exatamente como no caso presente.

Obra de “esgotamento sanitário”, como se sabe, não exige absolutamente nenhuma complexidade técnica que justifique a exigência de comprovação de serviços que, em reais, totalizam quase R\$ 2.500.000,00 (dois e milhões e quinhentos mil reais), sendo este o motivo, provavelmente, de não haver fundamentação técnica dando esteio à referida exigência editalícia.

Não é demais lembrar que, nos termos do art. 3º e § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, *“a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração”, sendo, assim, “vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo”*.

A capacidade técnico-operacional não trata de requisito indispensável para a demonstração da qualificação técnica das licitantes, Sra. Presidente, somente podendo ser exigida quando for *“compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação”*, por força do art. 30, II, da Lei nº



8.666/1993, e nunca de forma indiscriminada e sem critérios prévios, como, infelizmente, acontece no caso presente.

Na prática, portanto, havendo comprovação para desempenhar ATIVIDADE PERTINENTE e COMPATÍVEL, como de fato houve por parte do Consórcio Recorrente quando se considera a soma dos acervos das empresas e de seus representantes técnicos, não poderia essa Comissão inabilitá-la porque, supostamente, não teria apresentado a execução de serviço com poucas especificidades diversas.

A indicação de alguns serviços pelos quais os licitantes poderiam se basear no momento da comprovação da qualificação técnica, isto é, da capacidade técnico-operacional, não significar dizer, e nem poderia, que **apenas eles**, naquelas exatas especificações/quantitativos, seriam considerados pela Comissão, e é tão assim que o próprio instrumento convocatório dispõe da necessidade de que os serviços sejam **semelhantes**.

Assim, se a exigência do Edital extrapola o razoável, é forçoso o reconhecimento da ilegalidade da conduta dessa Comissão ao inabilitar o Consórcio Recorrente, sob pena de restringir a competitividade do certame, ferindo o princípio da legalidade e moralidade.

3 – FUNDAMENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA

Vários princípios legais e até constitucionais podem, e devem, ser aplicados no caso concreto, Sra. Presidente, tais quais, em especial:

3.1 – EXCESSO DE FORMALISMO – FORMALISMO EXAGERADO

Como se sabe, a exigência de comprovação afeta à qualificação técnica deve estar restrita ao **mínimo indispensável à execução do objeto**, nos termos estabelecidos pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Cabe à Administração, portanto, em cada caso concreto, avaliar a real necessidade de exigir os documentos arrolados no art. 30 da Lei nº 8.666/1993,



inclusive no que diz respeito à capacidade técnica-operacional, e em que medida.

Em suma, a comprovação de aptidão para desempenho de atividade do licitante resume-se à comprovação de profissional detentor de responsabilidade técnica para execução de obra ou serviços de características semelhantes.

Sobre o tema, a Des. LISETTE DE SOUSA GADELHA, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, alerta que “*não há dúvida que o processo de licitação poderá prever algumas exigências, desde que indispensáveis ao cumprimento das obrigações e que não impliquem discriminação injustificada entre os concorrentes*” (0015535-77.2017.8.06.0115, 1ª Câmara Direito Público, DJ 19/02/19).

Vê-se, pois, que a Lei de Licitações indicou que até que podem ser exigidos atestados com o objetivo de comprovar a aptidão para desempenho de **atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, bem como a qualificação da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

Decorre desta previsão o enunciado da precitada Súmula 263 do TCU que, repise-se, indica ser legal para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, desde que limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, “*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***”.

Conforme precedente recente, extraído do Informativo de Licitações e Contratos nº 366 do TCU, de 2019, é irregular a exigência de acervo técnico com indicação específico e com quantitativo mínimo de atestados de capacidade técnica para fins de habilitação, a **não ser que a especificidade do objeto a**



recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar explicitados no processo licitatório.

Isto já não ocorre no caso presente. Apesar disto, e muito embora a redação do art. 30 e da Súmula/TCU 263 se referir, respectivamente, à comprovação de "**atividade pertinente e compatível**" e "**serviços com características semelhantes**", é bastante comum verificar Editais que trazem a necessidade de os licitantes apresentarem atestados de capacidade técnica que comprovem a execução específica do objeto do certame, sob pena de inabilitação.

Aqui, o Consórcio Recorrente foi inabilitado justamente por não ter apresentado comprovação absolutamente idêntica à íntegra dos serviços indicados em sede de Edital.

Carlos Pinto Coelho Motta, *in* Eficácia nas Licitações e Contratos, 1994, p. 149, para reforçar a sua interpretação do art. 30, cita na íntegra as seguintes conclusões do Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral, no seu parecer intitulado "*Qualificação Técnica da empresa na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*", separata da Revista Trimestral de Direito Público, no 5, Malheiros Editores:

1. Para efeito de qualificação técnica de empresas licitantes, a Administração deve, com base na Lei 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à "**comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**" (art. 30, II).

2. A Lei 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a **pertinência e compatibilidade** a que se refere o inciso II do art. 30, bem como a noção de **indispensabilidade**, contida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

O TCU já apreciou discussão semelhante por meio do Acórdão 553/2016-Plenário, da relatoria do Min. Vital do Rêgo.



Naquele caso, o órgão realizou pregão eletrônico para a contratação de serviços de secretariado e entendia ser *“obrigatória a desclassificação de qualquer licitante que não cumprisse o exigido e não comprovasse, por atestados, **na forma, quantidade e prazo definidos no edital**, que já houvesse prestado serviços de secretariado”*, desconsiderando, assim, quaisquer atestados que comprovassem a execução de serviços em mão de obra distinta, como limpeza, apoio administrativo, jardinagem, etc.

O Tribunal acabou ressaltando até ser possível, em situações excepcionais, a exigência de comprovação de serviços específicos, **deixando claro, porém, que a consignação pública e expressa das razões que fundamentam a exigência torna-se requisito indispensável.**

Em outro julgamento, o TCU foi bastante claro quanto à impossibilidade de exigências desarrazoadas, tal qual foi vítima a empresa Recorrente, senão, veja-se:

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.



O TCU, acertadamente, posiciona-se veementemente contra o excesso de formalismo:

AS EXIGÊNCIAS PARA O FIM DE HABILITAÇÃO DEVEM SER COMPATÍVEIS COM O OBJETO DA LICITAÇÃO, EVITANDO-SE O FORMALISMO DESNECESSÁRIO. Caberia, no máximo, por parte da instituição promotora da licitação “promover diligência destinada a esclarecer a questão, indagando da empresa a utilização ou não de menores aprendizes”, o que não configuraria irregularidade, qualquer que fosse a resposta obtida. Por conseguinte, votou pelo provimento dos recursos de revisão intentados, e, no ponto, pela rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis envolvidos, levando o fato em consideração para votar, ainda, pela irregularidade das contas correspondentes, sem prejuízo de aplicação de multa, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão no 7334/2009 – 2a Câmara:

Noutra situação, assim se manifestou o TCU:

Aceite a comprovação de capacitação técnica proveniente de obras diferentes daquela licitadas, passando a ter como critério a semelhança entre os serviços a serem comprovados, e não as obras em que foram executados. Por exemplo, abstendo-se de recusar serviços semelhantes prestados em obras ferroviárias ou de vias urbanas quando da comprovação de qualificação para executar obras rodoviárias (Acórdão 1502/2009-Plenário TCU).

E mais:

Acórdão 679/2015 – Plenário – TCU

9.3.1. a exigência contida no subitem 4.2.2.3, alínea d.1, do instrumento convocatório da Concorrência 22/2014 não guarda conformidade com o disposto no art. 30, § 3º, da Lei de Licitações e com a jurisprudência deste Tribunal, **sendo certo que sempre deve ser admitida a comprovação de aptidão por meio de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior àquela objeto do certame.**

Acórdão 2382/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

A melhor exegese da norma e a de que a referida comprovação de aptidão deva ser demonstrada exclusivamente mediante a comprovação de serviços similares.



Além jurisprudência, importante relembrar a opinião de alguns doutrinadores sobre o assunto:

Mestre Marçal Justen Filho, *in* Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 1ª Edição AIDE Editora – Rio de Janeiro, 1993:

É Proibido rejeitar atestados, ainda que não se refiram exatamente ao mesmo objeto licitado, quando versarem sobre obras ou serviços similares e de complexidade equivalente ou superior. A Similitude será avaliada segundo critérios técnicos, sem margem de liberdade para a administração.

Ainda, Marçal Justen Filho, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª edição, pag. 336, ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, que trata da qualificação profissional do licitante:

Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. Observe-se que a natureza do requisito é incompatível com a disciplina precisa, minuciosa e exaustiva por parte da Lei. É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima. **A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar.**

Já Hely Lopes Meirelles, pai do Direito Administrativo Brasileiro, leciona que:

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. **Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.**

Não há razão, no caso concreto, portanto, de o Consórcio Recorrente continuar inabilitado, uma vez que comprovou experiência robusta com serviços, quando não idênticos, semelhantes. Também não há razão, numa licitação objetivando a implantação de um SES, da imposição de exigências técnicas imutáveis que, na prática, mais restringem a participação de licitantes interessados do que outra coisa.



Como cediço, a licitação pública destina-se, conforme dispõe o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a **garantir que a proposta mais vantajosa seja selecionada pela Administração**. Tal seleção deve ser julgada em conformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Assim, restringir o universo de participantes, através de exigência de comprovação de experiência anterior em condições idênticas ao objeto ou serviço que será contratado, seria excluir, àqueles que poderiam atender à necessidade da Administração, prejudicando, desta forma, a economicidade da contratação e desatendendo também ao previsto no precitado art. 37, inciso XXI da Constituição Federal.

Diante destas constatações, podemos afirmar que se torna inviável exigir do licitante, no tocante à qualificação técnica, atestados de experiência anterior na realização de serviço ou referente a objeto idêntico ao que será contratado, exceto nos casos em que a restrição for essencial ao cumprimento da obrigação, situação claramente diversa da presente.

Neste sentido, se pronunciou o TCE/MG, como podemos extrair da denúncia de nº 812.442¹, *in verbis*:

“1. Edital de licitação não pode conter exigência de qualificação técnica que não seja indispensável à garantia do cumprimento das obrigações contratuais e que não esteja prevista em lei. (...) 3. A exigência de experiência anterior na execução de objeto idêntico ao licitado só é possível se houver justificativa razoável e se não ofender o princípio da competitividade, nem prejudicar a obtenção da proposta mais vantajosa”.

Este é também o entendimento do TRF 4ª Região na AC nº 5019145-37.2012.404.7000², em resposta a um de seus jurisdicionados: *“Inexistindo tal exigência e, muito menos, a necessária correlação entre a habilitação especial e os serviços a serem desempenhados pela vencedora, não cabe ao intérprete*

¹ Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v.82, n. 1, p. 158-165, jan./fev./mar. 2012, seção Pareceres e Decisões.

² TRF 4ª Região, AC nº 5019145-37.2012.404.7000/PR, Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria, j. em 05.12.2012.



ampliar exigências ao seu talante, assim como não cabe aos demais licitantes buscar exigências maiores do que as devidas, até porque, visando a licitação a maior participação possível em homenagem ao princípio da concorrência, as restrições à participação devem se conter em estritos limites”.

É necessário, portanto, que as exigências relativas à qualificação técnica sejam interpretadas em consonância com o disposto no art. 37, XXI da Carta Magna, juntamente com os demais dispositivos infraconstitucionais, a fim de que sejam exigidos somente os requisitos indispensáveis ao cumprimento da obrigação, de modo a possibilitar a ampla participação de competidores interessados em contratar com a Administração, assegurar a economicidade da contratação e garantir, sempre que possível, o tratamento isonômico.

Assim, Sra. Presidente, é preciso evitar os formalismos excessivos e injustificados a fim de impedir a ocorrência de dano ao erário e valorizar a economicidade e vantajosidade da proposta, **motivo pelo qual se requer, desde logo, a revisão da decisão dessa Comissão no sentido de que seja o Consórcio Recorrente considerado HABILITADO, porquanto exaustivamente comprovada sua capacidade técnico-operacional, isto é, sua condição técnica e estrutural de executar o objeto licitado, sobretudo quando se considera a soma dos acervos das consorciadas e de seus representantes técnicos.**

3.2 – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

São frequentes as decisões do TCU e, igualmente, do TCE/CE, que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório.

Em síntese, Ilmos. Srs., o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o **princípio da eficiência** e o da **segurança jurídica**, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da Lei Geral de Licitação: **busca da proposta mais vantajosa para a**



Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Neste sentido, orienta o TCU no Acórdão nº 357/2015-Plenário:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Note-se, Sra. Presidente, que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do Edital. **Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios.**

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios.
(Acórdão 119/2016-Plenário)

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (por exemplo, vinculação ao instrumento convocatório X obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro.

Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do TCU:

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, **sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas**, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências.
(Acórdão 2302/2012-Plenário)



O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

Nestas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos.

Vale lembrar, outrossim, Sra. Presidente, que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, **mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas**. Nas palavras do professor Adilson Dallari: “a licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de Edital”.

Requer, assim, a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

3.3 – ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA

Sendo o fim da licitação a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, deve o administrador estar incumbido de honestidade ao cuidar coisa pública, não dispendendo, desnecessariamente, recursos dispensáveis.

Relaciona-se com o princípio da moralidade, bem como com o da eficiência, este inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Marçal Justen Filho, no tocante ao princípio da economicidade, assim afirma:

Não basta honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. **A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos.** (Justen Filho, 1998, p.66).



E mais: "A economicidade exige que o estado desembolse o mínimo e obtenha o máximo e o melhor". (Marçal, Comentários à Lei 8.666, p.61,62).

A busca incessante da vantajosidade sob uma dimensão econômica deve conduzir a uma avaliação da questão sob o prisma da eficiência, sempre. Trata-se de determinar a proposta que assegurará o aproveitamento racionalmente mais satisfatório dos bens econômicos da Administração Pública.

No caso atual, a Administração Pública acaba privilegiando regras engessadas em detrimento da ampliação da competitividade, repercutindo, diretamente, na redução direta das chances da obtenção da proposta mais vantajosa.

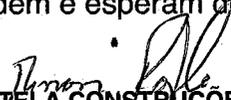
A vantajosidade sob uma dimensão econômica conduz a uma avaliação da questão sob o prisma da eficiência, cuidando de determinar a proposta que assegurará o aproveitamento racionalmente mais satisfatório dos bens econômicos do órgão licitante, motivo pelo qual requer a aplicação dos princípios da economicidade e eficiência, na forma da Lei.

4 – DOS PEDIDOS

Ex positis, é diante de tudo o que se disse e provou, serve o presente Recurso Administrativo para requerer a revisão da decisão de inabilitação do Consórcio Recorrente, passando a figurar como Consórcio HABILITADO no presente certame, na forma do arrazoado e da Lei.

Na hipótese improvável de manutenção da inabilitação do Consórcio Recorrente, requer a apresentação da devida justificativa prévia, com sua respectiva fundamentação técnica, acerca da escolha dos itens e percentuais indicados no Edital como sendo supostamente "indispensáveis".

Termos em que,
Pedem e esperam deferimento.


R. R. PORTELA CONSTRUÇÕES E
LOCAÇÃO DE VEÍCULOS LTDA.
Francisco Renan de Azevedo Portela


CONSTRUTORA MONTE CARMELO LTDA.
EPP.
João Victor Rodrigues Melo