

1. DA TEMPESTIVIDADE

Em linhas iniciais, faz-se necessário esclarecer a tempestividade da presente impugnação, em consonância com a legislação em vigor que estabelece o prazo de até 2 (dois) dias uteis antes da data fixada para a abertura das propostas para impugnação a edital.

Nesta medida, tendo em vista que a realização do certame será no dia 10/04/2017, o prazo para impugnar o Edital expira em 08 e abril do corrente ano.

2. DOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

A Prefeitura Municipal de Aquiraz lançou licitação na modalidade Pregão Presencial objetivando a “contratação de empresa para prestação de serviços de assessoria de contabilidade pública junto a diversas secretarias, conforme termo de referência”, estabelecendo, para tanto, os requisitos de habilitação necessários à participação no certame. Ocorre que o edital *sub examen* não se encontra em conformidade com os ditames constitucionais e legais que disciplinam a matéria, na medida em que veicula condições que restringem a competitividade da disputa e estabelece critérios inadequados de qualificação técnica, conforme adiante restará demonstrado.

A matéria encontra disciplina na exegese do artigo 30 da Lei nº 8.666/93, alterada e consolidada, no qual se encontram definidos os contornos e limites aos quais se encontra jungida a Administração Pública, *in verbis*:

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

I – *Omissis*.

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

fm *JMK*



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;

III e IV – *Omissis*.

§ 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:

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;

(...)

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

(...)

gm
m



Ênfase acrescida.

Da literalidade do preceptivo legal acima invocado extrai-se que a Administração Pública poderá se valer tanto da capacidade técnico-operacional da empresa, com previsão no inciso II do prelado dispositivo, quanto da capacidade técnico-profissional do responsável técnico, com previsão, por seu turno, no inciso I do §1º do mesmo artigo. A distinção entre uma e outra é de grande importância na medida em que possuem disciplina jurídica própria e peculiar, especialmente no que se refere à forma e ao momento de sua comprovação, razão pela qual se passa a discorrer, em apertada síntese, sobre cada uma delas, tomando-se emprestado os ensinamentos da Consultoria Zênite, disponível em <http://www.zenite.blog.br/diferenciacao-entre-mao-de-obra-tecnico-operacional-e-tecnico-profissional-para-fins-de-comprovacao-de-capacidade-tecnica/>, *in verbis*:

“(...) diferenciação entre a mão de obra relativa à capacitação técnico-operacional e a mão de obra técnico-profissional, no intuito de esclarecer o momento adequado para as suas respectivas comprovações.

Para tanto, interessante lembrar que a qualificação técnica poderá ser exigida em face do responsável técnico pela execução do objeto (capacitação técnico-profissional), tal como expressamente previsto no art. 30, § 1º, inc. I, da Lei de Licitações, bem como das condições operacionais da empresa licitante (capacitação técnico-operacional, art. 30, inc. II).

No primeiro caso (capacitação técnico-profissional), a Administração solicitará dos licitantes que os seus respectivos **responsáveis técnicos** apresentem atestados que demonstrem a execução relativa a objeto anterior similar ao licitado. A experiência a ser verificada não é a da pessoa jurídica, mas sim a do profissional que atuará como responsável técnico na execução do contrato.



Quanto à capacitação técnico-operacional, vale lembrar que a **capacidade a ser avaliada é a da empresa**, enquanto organização empresarial capaz de realizar o empreendimento, e não a do profissional (pessoa física).

Assim, a mão de obra necessária ao desempenho de determinada atividade e que faça parte da estrutura de uma empresa, será abarcada pelo critério técnico operacional. Por sua vez, a experiência do responsável técnico se enquadra na capacitação técnico-profissional.

Esta distinção é importante, uma vez que o momento de comprovação do vínculo entre o licitante e os profissionais mencionados também difere, a depender da espécie de qualificação técnica que se está falando.

No caso da capacitação técnico-operacional, o particular deverá demonstrar possuir determinada estrutura de funcionários apenas na etapa contratual. É o que se extrai do Acórdão nº 2.913/2009 – Plenário, TCU:

“ACÓRDÃO [...]

9.2.2.2. caso efetivamente necessite de que, por intermédio do contrato, seja disponibilizado, para a execução de seu objeto, um quantitativo de pessoal com determinada qualificação ou experiência, preveja tal aspecto no edital e na minuta de contrato como exigência a ser satisfeita durante a execução contratual, tendo presente a irregularidade de se estabelecer tal condição como requisito de habilitação;”

Agora, em relação ao responsável técnico, este raciocínio sofre algumas mudanças.

Neste caso, segundo a disposição constante do art. 30, § 1º, I, a qualificação **técnico-profissional** é aferida mediante a **“comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta,**

m

gme



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 [...].

Logo, é necessário que o responsável técnico do licitante integre o “quadro permanente” do particular, situação essa que deve ser comprovada na habilitação.

Este vínculo não precisa ser algo concreto quando na habilitação, mas **apenas ser comprovado nesta fase licitatória**. Neste sentido, vejamos novamente a jurisprudência da Corte de Contas da União:

Acórdão nº 2.299/2011 – Plenário, TCU.

“Voto [...]

11. A Secex/GO considerou que a obrigatoriedade de a licitante possuir atestado em nome de engenheiro que ainda integrasse seu corpo funcional para que pudesse se habilitar não é exigida pela Lei de Licitações, ferindo assim as disposições do art. 30 da citada lei. Decisões do Tribunal asseveram que solicitação de **comprovação de vínculo permanente seria desnecessária, sendo bastante a comprovação de disponibilidade para execução dos serviços, caso a empresa venha a sagrar-se vencedora no certame (Acórdão 33/2011 – Plenário).**”

Exemplificando como essa comprovação de vinculação futura entre licitante e responsável técnico pode ocorrer, o TCU já exarou que a Administração Pública deveria “admitir a apresentação de cópia da carteira de trabalho (CTPS) em que conste o licitante como contratante, do contrato social do licitante em que conste o profissional como sócio, do contrato de trabalho ou, **ainda, de declaração de contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, desde que acompanhada de declaração de anuência do**

m *gml*

profissional". (Acórdão nº 498/2013 – Plenário, TCU – grifamos)

Resumindo, enquanto a mão de obra pertinente à capacidade técnico-operacional de uma empresa tem a sua comprovação demandada apenas na etapa contratual, o vínculo entre particular e responsável técnico deverá ser comprovado na habilitação, porém, abrindo-se a possibilidade para que aquele seja concretizado na fase de execução do objeto."

 Já aqui se percebe o primeiro equívoco do instrumento convocatório quando exige em seu item 4.3.5 que os licitantes comprovem, na fase de habilitação, possuir em seu quadro permanente, através de vínculo societário, trabalhista ou contrato de prestação de serviços, 03 (três) profissionais de nível superior e 04 (quatro) técnicos de contabilidade registrados no CRC e, no mínimo, 01 (um) profissional de nível superior em administração de empresas. Ora, bem se vê que o item sob comento refere-se à equipe técnica necessária à execução do objeto contratual ou - dito de outro modo - ao "pessoal técnico adequado e disponível" a que alude o inciso II do art. 30 da Lei de Licitações, cuja comprovação se faz mediante indicação e declaração formal de sua disponibilidade, conforme anota o inciso II c/c § 6º do art. 30 da Lei de Licitações e não mediante prévia e onerosa vinculação dos profissionais ao quadro permanente da empresa na forma em que fora consignada no edital.

E ainda que o item 4.3.5 se referisse à capacidade técnico-profissional como ali intitulado, a exigência nele contida não guarda, igualmente, conformidade com os ditames da lei, haja vista que a comprovação desta capacidade demanda que a empresa licitante comprove possuir profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, conforme ordena o inciso I do §1º do art. 30, o que não se observou no caso concreto.

Am

gmk



➔ Vê-se, assim, que a administração municipal utiliza-se da lei de licitações conforme sua conveniência, extraindo dela as obrigações que bem entende e afastando aquelas que simplesmente não lhes convém.

Ao silenciar e, assim, proibir um dos modos legítimos de comprovação de disponibilidade de pessoal técnico necessário para a execução do objeto, em flagrante desrespeito à lei, o edital sob enfoque restringe o livre acesso à licitação na medida em que impõe um ônus incomensurável e insuportável aos licitantes, os quais terão que suportar custos estratosféricos com a contratação de pessoal, previamente à assinatura do contrato, tudo isto para assegurar o direito de participar de uma licitação no Município de Aquiraz quando a Constituição Federal e a Lei de Licitações já o garantem. O único fundamento “técnico” para tal proceder é reduzir o universo de participantes na disputa.

Neste sentir, é o entendimento do Egrégio Tribunal que ora se traz à colação, *ipsis litteris*:

“(…) Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências (sic) ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado. (Grifo nosso)”

Não se pode perder de vista os limites impostos pelo inciso XXI do art. 37, da Constituição Federal quanto às exigências de qualificação técnica, as quais devem ser aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

m

mm



“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:

I a XX – *Omissis*.

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**. Negritei.

➔ Já aqui se percebe que o edital impõe ônus demasiado aos licitantes quando exige o perfazimento de condições relativas à execução do contrato já na fase de habilitação, cuja exigência se perfaz desarrazoada, desproporcional, excessivamente onerosa, e ilegal, implicando em grave, desmedida e intencional restrição ao caráter competitivo do prélio, violando, assim, os mandamentos do *caput* e do inciso I do § 1º do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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.**

fm *gml*



§ 1º **É vedado aos agentes públicos:**

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;”

Oportuno trazer a relevo o posicionamento já sumulado do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

“Súmula nº 272/2012: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato”.

No mesmo sentido, é válido colacionar o que decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre idêntica questão, *in verbis*:

“2.4 Ainda, é necessário que a Administração também observe que, na fase de habilitação, é permitida, apenas, a exigência de declaração formal de disponibilidade do pessoal técnico, considerado essencial para o cumprimento do objeto da licitação, conforme o disposto no § 6º do artigo 30, da Lei nº 8.666/93.

(..)

Portanto, procedente a questão atinente à falta de previsão de possibilidade de comprovação do vínculo empregatício do

m gm

profissional autônomo mediante contrato civil de prestação de serviços, **devendo, ainda, a Administração, na fase de habilitação, requerer unicamente declaração de disponibilidade da equipe técnica, realocando as imposições para o momento da contratação.** Processo: TC-003864.989.14-0 RELATOR CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 17-09-2014 – MUNICIPAL

Desta feita, não pairam dúvidas de que o instrumento convocatório merece o reparo que ora se busca para o fim de admitir que referida comprovação se faça mediante declaração de disponibilidade da equipe técnica, consoante posiciona a doutrina e a jurisprudência pátrias, pois do contrário incorrerá numa interpretação legal e constitucional totalmente equivocada.

Não bastasse isto, o ato convocatório em destaque, ainda no que tange às condições relativas à qualificação técnica, no mesmo multicitado item 4.3.5, exige que a empresa licitante comprove possuir 03 (três) profissionais de nível superior registrados no Conselho Regional de Contabilidade.

De próêmio, invoca-se a Constituição Federal que em seu art. 5º, inciso XIII, garante a liberdade do exercício profissional, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Neste mesmo passo, o art. 170, parágrafo único, da Carta Magna assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Esta é a disciplina jurídico-constitucional a que se submete o item 4.3.5 do edital ora guerreado.

Nessa assentada, a referida regra editalícia não pode impor a exigência de profissionais de nível superior registrados no CRC, quando a prestação dos serviços pode ser inteiramente realizada por técnicos em contabilidade, consoante autorização legal estampada no Decreto-lei nº 9.295/46, de 27 de maio de 1946, que

 



“Cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador e do Guarda-livros, e dá outras providências”. Nesta esteira, inexistindo regramento infraconstitucional que restrinja o exercício das atividades arroladas no Termo de Referência do edital *sub examen* ao profissional de nível superior na área de contabilidade, a exigência de que os licitantes possuam 03 (três) contadores em seus quadros mostra-se indevida já que a comprovação da capacidade técnica pode recair inteiramente sobre profissionais técnicos em contabilidade haja vista que o exercício das atividades arroladas no edital prerrogativas constituem prerrogativas dos Técnicos em Contabilidade bem como dos Bacharéis em Ciências Contábeis. E é neste sentido que, igualmente, se encontra a regra positivada no inciso I do §1º do art. 30 da Lei de Licitações quando alude à “comprovação do licitante de possuir (...) profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente.”

Transcrevem-se os artigos do referido Decreto-lei que guardam pertinência com a tese ora expendida:

“Art. 25. São considerados trabalhos técnicos de contabilidade:

a) organização e execução de serviços de contabilidade em geral;

b) escrituração dos livros de contabilidade obrigatórios, bem como de todos os necessários no conjunto da organização contábil e levantamento dos respectivos balanços e demonstrações;

c) perícias judiciais ou extra-judiciais, revisão de balanços e de contas em geral, verificação de haveres revisão permanente ou periódica de escritas, regulações judiciais ou extra-judiciais de avarias grossas ou comuns, assistência aos Conselhos Fiscais das sociedades anônimas e quaisquer outras atribuições de natureza técnica conferidas por lei aos profissionais de contabilidade.

Art. 26. Salvo direitos adquiridos ex-vi do disposto no art. 2º do Decreto nº 21.033, de 8 de Fevereiro de 1932, as atribuições definidas na alínea c do artigo anterior são privativas dos contadores diplomados.”



Nesta perspectiva, encontram-se equiparados os profissionais de contabilidade de nível técnico e superior, o que significa que a execução dos serviços pode se dar através de 07 profissionais de nível superior ou médio, tendo em vista que ambos possuem competência atribuída por lei para o desempenho das atividades listadas no termo de referência do edital sob exame, haja vista que aos profissionais de nível superior reservou-se em caráter privativo somente perícias, auditorias e assinaturas de Demonstrativos Contábeis de Sociedades Anônimas, consoante dispõe o art 26 do prefalado diploma legal.

Neste passo, o instrumento convocatório fere o ordenamento constitucional e legal vigente, pois atenta contra o livre exercício profissional, a livre iniciativa e concorrência, afetando uma vez mais a competitividade do certame licitatório.

Ainda no tocante ao item 4.3.5 verifica-se que a exigência de 08 (oito) profissionais vinculados ao quadro permanente da empresa, que se estabeleceu em virtude do porte do município, não guarda nenhuma proporcionalidade com o que se vê nos editais de grandes municípios, o que significa não apenas o esvaziamento das atividades a cargo do Município bem como a descaracterização dos serviços de assessoramento, conforme definido no objeto da licitação, além da restrição que referida exigência estabelece no processo em curso, principalmente quando se leva em consideração que toda a equipe técnica deve pertencer aos quadros da empresa mesmo antes da contratação.

Registra-se para além das irregularidades já observadas, aquela encontrada na letra "c" do item 4.3.2 do edital, que oportunamente ora se transcreve:

"c) A comprovação referente ao item 4.3.4.2, será levada em consideração o índice de receita do fornecedor do atestado, devendo ser igual ou superior ao do Município de Aquiraz."

YML

m

Inicialmente destaca-se que inexistente no edital o prefalado item 4.3.4.2, objeto de referência na regra editalícia em destaque, o que impõe a imediata reforma do instrumento convocatório.

De mais a mais, insta destacar que a referida regra veicula outra condição restritiva à participação na medida em que obriga que a comprovação de capacidade técnica se efetive em municípios com receita igual ou superior ao Município de Aquiraz, quando a lei impõe apenas a compatibilidade entre a execução de serviços já executados e o objeto da licitação. Senão vejamos o que preconiza o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93:

“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;”

→ Da simples leitura do texto legal extrai-se com clareza solar que, nem de longe, a lei de licitações exigiu que a comprovação da capacidade técnico-operacional recaia sobre serviços iguais ao objeto licitado, bastando para tanto que os serviços sejam compatíveis entre si.

Desta feita, torna-se imprescindível a reformulação da letra “c” do item 4.3.2 do edital, sob pena de caracterizar reserva de mercado. ←

Válidos os escólios doutrinários de Marçal Justen Filho (2010, p.441) que ensina que essa experiência prévia não precisa ser idêntica à do objeto que se pretende licitar, *verbis*:

h

gm



“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”.

➔ Pelo exposto, denota-se que o edital encontra-se em desalinho ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que limita as exigências de qualificação técnica ao mínimo necessário à execução do contrato, o que não se vislumbra no caso em apreço, corroborando o total desatino da regra editalícia em evidência.

➔ Além disto, quando o edital limita a demonstração de capacidade técnica a municípios de idêntica arrecadação, isto equivale a infringir o regramento positivado no §5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, alterada e consolidada, *in verbis*:

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação. Ênfase acrescida

Neste sentir, sobram razões para se determinar o alijamento da regra fixada no item 4.3.2 do instrumento convocatório.

fm

gmr

Além disto, a preferida compatibilidade fora ditada pelo índice de receita do município, quando o tão prolapado porte do município pode ser aferido por diversos parâmetros, como por exemplo:

- Coeficiente de distribuição do FPM, emitido pelo TCU;
- Índice de distribuição do ICMS, emitido pela SEFAZ;
- Receita Total ou Receita Própria;
- PIB.

 E não basta que se diga que as regras do edital já foram objeto de apreciação pelo Tribunal de Contas dos Municípios, oportunidade na qual quase nada se relatou. A resposta tão cômoda e simplista não serve para afastar as irregularidades que se evidenciam no instrumento convocatório.

Tais exemplos servem para evidenciar que os requisitos de capacitação técnica exigidos no presente caso impedem a participação de potenciais licitantes que, embora atuem no ramo do objeto da licitação e possuam vasto acervo técnico por execução de serviço compatível com o objeto licitado encontram-se tolhidos de ingressar e concorrer neste certame.

Enfim, dúvidas não restam de que a licitação *sub examen* há muito deixou de lado a busca da proposta mais vantajosa para a administração para dar espaço à contratação de uma proposta certa e determinada.

Ocorre que ao reverso da iniciativa privada, a Administração Pública não é livre para contratar com quem bem entender. Está adstrita aos preceitos constitucionais e legais e, por conseguinte, vinculada a normas específicas que consagram princípios e comandos capazes de promover uma competição isonômica, leal, onde todos possam, na forma da lei, participar da licitação, visando sempre a contratação mais vantajosa para a administração.

Aqui se faz especial referência ao princípio da legalidade da administração, que preconiza nas palavras de Hely Lopes Meirelles significa:

 



“não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa „pode fazer assim“; para o administrador público significa deve fazer assim”. Direito Administrativo Brasileiro, 26ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 82.

Sem perder de foco o regramento positivado no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, merece destaque a decisão do TCU que analisou com equilíbrio e descortino o assunto em pauta:

“Não é cabível a exigência de atestados de capacitação técnica visando à comprovação de experiência para a execução de serviços técnica e materialmente relevantes, passíveis de serem executados apenas por poucas empresas, e que, por circunstância de mercado, já se saiba de antemão que serão subcontratados.

Ainda na representação da Secob 1, o relator cuidou de hipótese em que, por circunstância de mercado, já se saiba que determinada fração do objeto licitado será subcontratada, e que, *“pela especialidade do encargo, pouquíssimas empresas dominem essa técnica construtiva ou detenham exclusividade no fornecimento de determinado insumo, formando monopólios ou oligopólios”*. Ponderou, a esse respeito, que, em face da proibição de subcontratar a parte principal do objeto, *“as poucas empresas aptas a executar esses serviços darão ensejo – quando muito – à formação de um pequeno número de consórcios”*. **Anotou, ainda, não haver justificativa para se exigir, nesses casos, atestados de qualificação técnica para demonstração da capacidade de execução do**

m *gmk*



respectivo serviço. Isso porque **“Poucas empresas – e somente elas – estarão aptas a executar essa parcela peculiar do objeto. Não existe ganho, portanto, em se limitar a concorrência. Perde-se um valor (o da competitividade) sem a contraprestação de outro (o da melhor proposta)”**. Por esses motivos, ofereceu proposta de determinação à Infraero, com intuito de balizar seus procedimentos em situações desse gênero. O Plenário do Tribunal, ao acolher o encaminhamento sugerido pelo relator, decidiu determinar à Infraero que: **“9.3.2.2. no caso da existência de monopólio ou oligopólio na execução de serviço usualmente subcontratado, com pequeno número de empresas aptas ao fornecimento de determinado equipamento ou domínio da tecnologia construtiva tecnicamente e materialmente relevantes, abstenha-se de solicitar atestados de capacidade técnica relativos à comprovação de experiência para a sua execução”**. Acórdão n.º 2992/2011-Plenário, TC-008.543/2011-9, rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011. Negritei.

O Acórdão AC-0170-06/07-P do TCU embasa o que aqui se defende:

“(…)

17. O conteúdo e a extensão da qualificação técnica dependem diretamente do objeto da licitação. **A definição dos aspectos relativos à comprovação de capacidade técnica - número e conteúdo dos atestados, quantitativos mínimos e parcelas mais relevantes – deve ser fundamentada em critérios técnicos, baseados nas características do objeto a ser licitado, e deve refletir o equilíbrio entre o interesse da Administração em buscar identificar aqueles que efetivamente dispõem de condições técnicas para executar o objeto pretendido e o interesse público de ampliar ao**

fm gdm



máximo o universo de possíveis competidores. A propósito, citamos Celso Antônio Bandeira de Mello, nas palavras de Adilson Abreu Dallari (Aspectos Jurídicos da Licitação, 5 ed., São Paulo: Saraiva, p. 115):

‘Celso Antônio Bandeira de Mello assinala que a Administração deve conciliar o princípio da isonomia com a necessidade de segurança, oferecendo iguais oportunidades de contratação a quem comprove estar realmente habilitado a executar o objeto da cada específica licitação, não havendo sequer a possibilidade de se estabelecer um padrão universal de idoneidade.’

18. Em vista do que preceituam a Lei no 8.666/93 e a Constituição Federal, as exigências relativas à qualificação técnica não podem ser irrelevantes, devem se restringir ao mínimo necessário e, fundamental, devem ser motivadas.”

Destaques não constam do original.

Merece destacar, também, que o Tribunal de Contas da União já pacificou o entendimento de que as exigências de qualificação técnica devem limitar-se à demonstração de expertise na execução de serviços similares às do objeto licitado.

Retrata com proficiência a compreensão da matéria, o voto condutor proferido pelo Ministro rel. Valmir Campelo, no Acórdão n.º 2992/2011-Plenário, *ipsis litteris*:

“Em obras aeroportuárias a exigência de qualificação técnica deve-se limitar, nas situações ordinárias, à demonstração de expertise na execução de obras similares ou equivalentes, em respeito ao comando contido no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93.

Na citada representação da Secob-1, o relator tratou da exigência de atestados de qualificação técnica para a execução

fm *gjm*



de itens que integram obras aeroportuárias e da subcontratação de serviços tradicionalmente terceirizados em obras aeroportuárias. Endossou entendimento da unidade técnica, segundo o qual, em vez de se exigir a apresentação de atestados de diversas parcelas do objeto licitado e de se proibir a subcontratação das referidas parcelas, **“parece mais salutar que a Infraero exija apenas a comprovação de que as licitantes executaram obra similar ou equivalente,** flexibilizando a subcontratação dos diversos serviços e parcelas da obra e deixando a cargo da iniciativa privada fazer a melhor gestão da execução dos recursos necessários à conclusão do objeto”. O relator, ao discorrer a esse respeito, abordou a execução de itens usuais em obras aeroportuárias e exemplificou: **“É inegável que em praticamente todos os aeroportos existirão esteiras de bagagem, e isso independe do seu tamanho. Questiono, portanto, em que incrementará a solicitação de comprovação da experiência anterior nesse tipo de serviço, quando, inexoravelmente, ao se comprovar a execução bem sucedida da construção de outro aeroporto, já se ‘embute’ o ‘saber fazer’ na execução dessas esteiras”.** Estendeu esse raciocínio a outros serviços, como o de movimentação de terra em pistas de pouso e o de fundações corriqueiras em edificações. Nesses casos, bastaria **“demonstrar a habilidade em executar uma pista de pouso com tamanho compatível; ou uma edificação com características semelhantes”.** Ressaltou, então, a necessidade de observância do comando contido no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, segundo o qual é vedado aos agentes públicos **“admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, (...) ou de**

 

qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...) – grifo do relator. Propôs, ao final, a realização de determinação à Infraero, que foi acolhida pelo Plenário, e que assumiu a seguinte redação: “9.3.1. verifique a estrita necessidade de solicitar atestados de capacidade técnico-operacional e profissional para comprovação de experiência dos licitantes em serviços ou itens específicos da obra, limitando tais exigências, nas situações ordinárias, à expertise na execução de obras similares ou equivalentes tidas como um todo, por desnecessária restrição à competitividade do certame, em respeito ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93;”. Acórdão n.º 2992/2011-Plenário, TC-008.543/2011-9, rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011. (Negritei e Sublinhei)

À luz do que precede, bem se vê que a execução de serviços de assessoria em contabilidade pública em município, ainda que de menor porte, já “embute” o “saber fazer” a que referiu o Tribunal de Contas da União, cuja aceitabilidade não acarretaria qualquer prejuízo ao certame, muito pelo contrário, serviria a garantir o êxito da licitação conforme desejado pela lei. Posto isto, denota-se o completo distanciamento das regras do edital daquelas estabelecidas na lei que deveria discipliná-lo, à obviedade.

Sobre a matéria, colacionam-se, ainda, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

“(…)

2. A limitação constante do referido inciso I do § 1º do art. 30, que grifamos, tem o nítido propósito de não possibilitar a inclusão, em editais, de exigências desarrazoadas que venham a frustrar ou restringir o caráter competitivo do

fm *gml*



certame. Nesse sentido, trazemos à colação os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

‘Também não se admitem requisitos que, restritivos à participação no certame, sejam irrelevantes para a execução do objeto licitado. **Deve-se considerar a atividade principal e essencial a ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos. Isso não significa afirmar que tais peculiaridades sejam irrelevantes. São significativas para a execução do objeto, mas não para a habilitação.**’ (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., p. 312).” Acórdão Nº 1328/2010 – TCU – Plenário

Destaquei.

“Abstenha-se de estabelecer exigências desnecessárias ou excessivas, que restrinjam indevidamente a competitividade dos certames, tal como a exigência de capacidade técnica do licitante para a execução de parcelas de serviços de natureza especializada que não tenha relevância e valor significativo, nos termos do art. 30, §§1º e 2º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, limitando-se a previsão de exigências de capacidade técnica aos requisitos mínimos necessários à garantia de execução do contrato e à segurança da obra ou serviço.” Acórdão 2882/2008 Plenário.

“(…)

As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, entretanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública, mas constituir tão-somente garantia mínima suficiente para que o futuro

hm *gmk*



contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.” Acórdão 1523/2005 Plenário.

Acaso buscasse efetivamente a comprovação de capacidade técnico-operacional dos licitantes, a administração poderia fazer uso dos instrumentos que a lei coloca à sua disposição, a exemplo da indicação das parcelas de maior relevância do objeto da licitação, mecanismo hábil e legítimo de aferição da capacidade técnica para execução do futuro contrato, cuja exigência restou preterida em nome de condições não previstas em lei.

Por tudo, chega-se à inequívoca conclusão de que a exigência de atestado de capacitação técnico-profissional deve cingir-se a certificar que o habilitante possui profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes às do objeto da licitação, que não se estenderá a todas as particularidades do município, mas, tão-somente, às condições previamente fixadas em lei.

Conclui-se, assim, que as exigências de qualificação técnica não podem ser incompatíveis com a dimensão e complexidade do que se propõe executar e devem estar associadas às parcelas relevantes e significativas desse objeto, consoante várias determinações da Corte Suprema de Contas, a exemplo dos Acórdãos do Plenário 1635/2006, 1636/2006 e 2150/2008, onde o índice de arrecadação figura unicamente como condição restritiva de participação sem nada acrescentar.

Segundo a Consultoria Zênite, em parecer publicado em seu blog sobre a matéria em berlinda, considera-se 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*