



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PAULO VICTOR FARIAS PINHEIRO.

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Impugnante: PAULO VICTOR FARIAS PINHEIRO

Assunto: IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA AO EDITAL

Referência: Tomada de Preços nº 003/2021/TP

Objeto: Contratação de escritório de advocacia especializado na prestação de serviços advocatícios, para orientação e treinamento da Comissão de Licitação do município, bem como assessoramento das fases internas e externas e auditoria dos processos licitatórios nas modalidades, seja: convite, tomada de preço, concorrência, dispensa, inexigibilidade ou pregão sobre a estrita obediência a lei nº 8.666/93 e 10.520/02 com suas alterações posteriores.

O Município de IRACEMA, através da Comissão Permanente de Licitação - CPL, através da Presidente, Sra. **KARIZIA LUZIA COSTA SERPA MORAES**, em atendimento aos termos da impugnação supra, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Senhoria informar que recebemos a solicitação e efetuamos as pesquisas necessárias visando o atendimento do mesmo no prazo legal, de acordo com a Lei 8.666/93.



iracema.ce.gov.br



licitacao@iracema2017@gmail.com



[prelicitadoriracema](https://www.instagram.com/prelicitadoriracema)



[Prefeitura de Iracema - CE](https://www.facebook.com/Prefeitura.de.Iracema.-CE)

RUA DELTA HOLANDA, 19 - CENTRO - IRACEMA/CE - FONE: (88) 3428 1462

CNPJ: 07.891.658/0001-80





1. PREAMBULARMENTE
1.1. DA LEGALIDADE DAS CLÁUSULAS EDITALÍCIAS JULGADAS PELO
TCE

Data máxima vênia, mister se faz prestar os devidos esclarecimentos, acerca das informações sobre o Edital ora impugnado, apesar do Edital da Tomada de Preços nº 003/2021/TP, ter sido analisado pela Corte de Contas, após sua inclusão no Portal das Licitações e nada ter sido contestado ou considerado como restritivo, como tenta retratar na impugnação, visto que o Edital em apreço é o mesmo Edital da Tomada de Preços nº 001/2019/TP/GM, que teve Denúncia impetrada à época, transformando-se no Processo nº 02757/2019-4, no qual houve o julgamento deste pelo Exmo. Senhor **DR. PAULO CÉSAR DE SOUSA**, Relator também do processo, tendo sido considerado, que todos os itens questionados aqui como supostamente irregulares, encontravam guarida na lei de Licitações, motivo pelo qual, voltamos a colocar no Edital da Tomada de Preços nº 003/2021/TP.

Cumprí-nos informar que, ficamos anestesiados com a impugnação impetrada, acreditando nós que o Impugnante não tenha entendido o objeto, ou seja, os serviços a serem contratados, a qual são pretendidos pelo Município de Iracema, visto que somente houve, impetração de impugnação por parte do Impugnante.

Tanto é verdade que, se tivesse existido alguma restrição ou irregularidade no Edital, teria ocorrido impugnação por parte de outras empresas proponentes interessadas ou pessoa do povo como o é Vossa Senhoria, motivo pelo qual, inexistente no Edital qualquer restrição nas cláusulas editalícias, não concordando assim com todo respeito com o Impugnante, e explicaremos o porquê, a Corte de Contas e Exmo. Relator do processo nº 02757/2019-4, no qual em julgamento das cláusulas questionadas como supostamente irregulares, considerou, que estas encontram guarida na lei de Licitações, **MESMAS CLÁUSULAS AGORA CONSIDERADAS COMO SUPOSTAMENTE RESTRITIVAS** pelo Impugnante.

Perplexo continuamos, pois em momento algum, nenhum questionamento por parte da Corte de Contas, pelo contrário essa julgou as cláusulas editalícias que se encontravam totalmente na estrita legalidade, não podendo olvidar que, nenhuma impugnação foi impetrada por licitantes interessados no certame, vez que a única impugnação impetrada foi a do Impugnante que é qualquer cidadão, não é pessoa jurídica e sim pessoa física e nem tampouco atua no ramo do objeto do certame.

Todavia, informamos ainda que é discricionário a Administração Pública nas licitações verifica-se essencialmente na fase interna da licitação, quando da elaboração do edital, pois, após a publicação deste, a conduta da Administração fica limitada pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ou seja, está vinculada às normas e às condições do edital, principalmente para o objeto do





certame, por essa ser legal de acordo com o entendimento da Lei, Doutrina e Jurisprudências das Cortes de Contas e essas seguimos *ipsis litteris*.

Desta feita, mister se faz informar que, todas as nossas licitações são pautadas *ipsis litteris* no que rege o Tribunal de Contas do Estado do Ceará – TCE, Tribunal de Contas da União-TCU, jurisprudência e doutrina majoritária, porém com todo respeito que temos, faltou neste processo em especial leitura por parte da Impugnante e conhecimento mesmo que parcial da Lei que rege as Licitações, pois se formos atrás dos arquivos e ensinamentos, veremos de pronto que o disposto no Edital em apreço nada mais é que *ipsis litteris* o que dispõe a Lei, visto que devemos zelar pela Administração Pública, evitando assim a contratação com empresas inaptas e de pessoas físicas, pois para esta contratação a legalidade é fazer concurso público e não através de licitação, apesar de não ser vedado pela Lei nº 8.666/93, é discricionário a Administração Pública com quem ela deseja contratar, para prestação dos serviços ou fornecimentos desejados pela Administração Pública, caindo por terra as alegativas da Impugnante.

SEM FALAR QUE AS CLÁUSULAS DO EDITAL DA TOMADA DE PREÇOS Nº 003/2021/TP, CONSIDERADAS SUPOSTAMENTE COMO IRREGULARES, SÃO AS MESMAS CLÁUSULAS CONSIDERADAS COMO LEGAIS PELA CORTE DE CONTAS NO PROCESSO Nº 02757/2019-4, não podendo olvidar que, tais cláusulas como apresentadas no EDITAL da TOMADA DE PREÇOS Nº 003/2021/TP, além de encontrar guarita na Lei nº 8.666/93, como julgado pelo Exmo. Dr. Paulo Cesar de Souza, encontram guarita também nas jurisprudências, doutrina, lei e decisões do Tribunal de Contas da União-TCU, como pode ser vista no sítio do Tribunal de Contas do estado do Ceará - TCE e novamente na manifestação do processo supra.

Tanto é verdade que, ao Edital foi dada ampla publicidade tanto nos jornais de grande circulação, como no Diário Oficial do Estado, como também no Diário Oficial da União, foi também posto no Portal da Transparência do Tribunal de Contas do Estado do Ceará – TCE e no site do Município de Iracema, ressaltando que foi averiguado pelo TCE como é de praxe todas as cláusulas contidas no Edital da Tomada de Preços nº 003/2021/TP, além de ter sido julgadas também tais cláusulas no Edital da Tomada de Preços 001/2019/TP/GM, tendo sido considerados estas, encontrarem guarita na Lei 8.666/93, pelo Douto Relator, bem como também nenhuma foi questionada pela Corte de Contas, todavia, como pautamos sempre pela legalidade e a proposta mais vantajosa, caso tivesse sido questionada alguma cláusula de pronto faríamos o indicado pelo Tribunal do Contas do Estado do Ceará – TCE, se este tivesse questionado na época devida, algum ponto posto no Edital da Tomada de Preços 001/2019/TP/GM, como também no Edital da Tomada de Preços nº 003/2021/TP, podendo assim ser facilmente constatado que não o foi.

E é por essas e outras já supracitadas que, não é do interesse da administração a contratação prioritariamente para esse objeto a contratação de pessoa física, vez que





se o Impugnante tivesse passado uma rápida vista, veria que a administração municipal necessita de uma equipe tanto que é uma das cláusulas editalícias e uma pessoa física JAMAIS poderia ser uma equipe, motivo pelo qual necessariamente se faz a contratação de pessoa jurídica, caso contrário lesaria de forma inquestionável a ordem pública, por tudo que preza as Cortes de Conta, Ministério Público e Jurisprudência do Judiciário, com o Erário e a Lei, em detrimento de toda a coletividade, visto que o funcionamento da máquina administrativa depende em grande parte das licitações realizadas, posto que imperiosa é a necessidade da execução do certame para o andamento normal dos serviços públicos necessários e indispensáveis à população.

Ressaltando que, se fosse acatado por essa municipalidade tal pedido, se contraporía flagrantemente aos princípios da igualdade, isonomia, legalidade, impessoalidade, vinculação ao edital e julgamento objetivo, o que JAMAIS SERIA CABIVEL A ESSE JUÍZO.

Importante destacar que as ações aqui propostas visam, prioritariamente, a munir o processo licitatório de mecanismos que garantam a isonomia e a eficiência, primados pela administração pública essenciais a uma gestão proba e profícua, de modo a oferecer à Administração e conseqüentemente à sociedade como um todo, produtos e serviços que prezem pela economicidade, mas que detenham também os caracteres qualitativos necessários à satisfação do interesse público em sua plenitude. Entretanto, passamos somente agora a responder o questionamento requisitado:

2. SINÓPSE FÁTICA

Trata-se de Pedido de Impugnação ao Edital da Tomada de Preços referenciada, aonde o impugnante, o **PAULO VICTOR FARIAS PINHEIRO**, em síntese, relata que Trata-se de impugnação administrativa interposta pelo licitante impugnante, contra vícios presente no instrumento convocatório, no processo licitatório na modalidade TOMADA DE PREÇO Nº 003/2021/TP, cujo objeto é CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA ESPECIALIZADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS, PARA ORIENTAÇÃO E TREINAMENTO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO, BEM COMO ASSESSORAMENTO DAS FASES INTERNAS E EXTERNAS E AUDITORIA DOS PROCESSOS LICITATORIOS NAS MODALIDADES, SEJA: CONVITE, TOMADA DE PREÇO, CONCORRÊNCIA, DISPENSA, INEXIGIBILIDADE OU PREGÃO SOBRE A ESTRITA OBEDIÊNCIA A LEI Nº 8.666/93 E 10.520/02 COM SUAS ALTERAÇÕES POSTERIORES.

O IMPUGNANTE, profissional qualificado e apto a prestar os serviços objeto da presente licitação, pretendendo participar do certame em epígrafe, ao analisar as exigências do Edital, notou que ele contém disposições que violam as regras licitatórias a justificar a reforma do Edital em apreço, como se verá a seguir. Pelo





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



exposto, tendo em vista as exigências contidas no edital, com as quais não concorda, passa o IMPUGNANTE a apresentar as suas razões.

Sendo assim, no caso de descumprimento desses preceitos pelo instrumento convocatório, a licitante que se sentir lesada ou impedida de participar do certame por restrições incabíveis, falhas ou vícios do edital, deverá impugnar o referido instrumento.

Compulsando o edital e seus anexos, especificamente no item 2.1 do Edital, é possível verificar restrições à competitividade ao certame, conforme será melhor detalhado.

TOMADA DE PREÇO Nº 003/2021/TP. Item – 2.1. SOMENTE poderão participar da licitação sociedade de advogados [...]. (Grifos nossos).

Em relação ao item supracitado, é possível identificar uma restrição a competitividade do certame, tendo em vista, de que se exige que o licitante tenha pessoa jurídica devidamente constituída e registrada na Ordem dos Advogados do Brasil, obrigando que os licitantes interessados em participar, mesmo sendo de outro estado mantenha escritório registrado, o que acarretará um custo maior para os mesmos.

Já de plano, importa frisar que a legislação aplicável às licitações e contratações diretas não proíbe a participação de pessoa físicas. Essa possibilidade deve ser analisada à luz das especificações do objeto. Em suma, tem-se que, na descrição do objeto, deve-se ponderar o atendimento satisfatório das necessidades da Administração Pública, o que requer a especificação no edital dos requisitos mínimos indispensáveis à prestação dos serviços almejados, e o respeito à isonomia, que proíbe a restrição imotivada. Dessa feita, qualquer exigência que possa restringir a participação deve vir acompanhada de justificativa plausível, apta a comprovar a sua necessidade para a consecução interesse público.

Assim é que podendo o objeto ser executado por pessoa física e pessoa jurídica não poderá ser impedida a participação de uma ou de outra. Ao contrário, devera o edital admitir a participação da ambas, evidenciando que o procedimento se destina a todos aqueles que atenderam as condições pré-fixadas, sejam eles pessoa física ou jurídica.

Somente se houver justificativa adequada e plausível, bem como condições ou especificação que afaste alguma delas, é que poderá haver impedimento à participação, pois, por força de determinação constitucional, só se admite exigências essenciais à execução do objeto (art. 37, XXI in fine), sendo vedadas condições irrelevantes, impertinentes, ou que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação (art. 3º, § 1º, I, da lei nº 8.666/93).



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Ainda que seja justificável a preocupação com a participação de pessoa física – risco de vínculo empregatício, por exemplo – isso por si só não respalda tal vedação, quando o objeto puder ser adequadamente executado por pessoa física, porquanto existem várias cautelas que, se bem adotadas, minimizam esse risco (que, ademais, também existe na contratação de pessoa jurídica, porquanto a execução se dá pela pessoa física que a representa).

Neste sentido, a exigência prevista no item 2.1 do edital, restringe a competitividade do certame, conforme acima exposto, sendo visível que a imposição de exigências excessivas que frustrem o caráter competitivo do certame licitatório, é vedado pela própria Constituição Federal, e pela Lei 8.666/93.

3. DA ANÁLISE DOS PONTOS QUESTIONADOS

Inicialmente, MISTER SE FAZ AFIRMAR QUE AS AFIRMAÇÕES APRESENTADAS, EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO, NÃO SE MOSTRAM APTAS A DEMONSTRAR QUALQUER IRREGULARIDADE NA PREVISÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATORIO, DIVERSAMENTE DO QUE ALEGA O IMPUGNANTE!

Vale salientar que a IMPUGNAÇÃO APRESENTADA, JAMAIS PODERIA TER SIDO IMPETRADA, até porque se o Impugnante tivesse o mínimo de conhecimento ou ao menos, alguma vez tiver lido o que rege a Lei de Licitação, ou se apenas tivesse lido o Edital de pronto saberia que, o contido nas cláusulas editalícias, está em total conformidade com a lei de licitações.

A licitação é o mecanismo adotado pela Administração Pública para fazer a escolha daqueles com quem irá contratar. Este procedimento visa escolher, dentre as propostas apresentadas, aquela que melhor atenderá ao fim proposto (objeto da licitação). Este instituto está previsto na Constituição Federal e foi regulamentado pela Lei 8.666/93.

Tendo em vista que a Administração Pública possui prerrogativas de interesse público, o que lhe confere supremacia sobre o particular, a limitação dos poderes da Administração Pública pela lei impede atuação abusiva e arbitrária dos seus agentes (DI PIETRO, 2012, p. 61).

O princípio basilar do direito administrativo é o princípio da legalidade, que vincula a administração às leis existentes e a submete ao controle jurisdicional para exame da observância das leis no exercício da sua competência (MAURER, 2006, p. 121). Conforme Maurer (2006, 140), “a vinculação do direito torna as autoridades administrativas órgãos efetuidores da lei, e, com isso aplicadores do direito.”

Maurer (2006, 140) considera que as “Normas jurídicas são ordenações



condicionalmente formuladas. Se um fato concreto realiza o tipo de uma lei, deve valer a consequência jurídica legalmente prevista”. Assim, as normas jurídicas são constituídas do tipo e da consequência jurídica, numa relação *se, então* (se o tipo está realizado então acontece a consequência jurídica).

O poder discricionário concerne ao lado da consequência jurídica de uma regulação legal. Ele está então dado, quando a administração, na realização de um tipo legal, pode escolher entre modos de conduta distintos. A lei não liga ao tipo *uma* consequência (como na administração legalmente vinculada), mas autoriza a administração para ela própria determinar a consequência jurídica, em que lhe são oferecidas duas ou mais possibilidades ou lhe é destinado um certo âmbito de atuação. (MAURER, 2006, p. 143).

A atuação dos agentes públicos está vinculada à lei; no entanto, em alguns casos, existe um espaço de deliberação e atuação permitido pela própria lei. Couto e Silva (1990, p. 51) consideram que a atividade pública está submissa a uma “rede ou malha legal” não homogênea que, às vezes, é composta por fios tão estreitos que não permitem aos agentes públicos espaços de atuação; já em outras, os fios são mais frouxos, permitindo maior liberdade de atuação.

Diz-se que no primeiro caso, quando a lei não deixa opção de atuação, que se está diante de um poder vinculado da Administração Pública. Já no segundo caso, quando a lei permite que o agente público, diante do caso concreto, tenha certa liberdade de decisão, diz-se que se está diante de um poder discricionário da Administração.

Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a de Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente. (COUTO; SILVA, 1971, p. 99).

O poder discricionário da Administração é limitado, principalmente quanto à competência, à forma e à finalidade. Assim, a atuação da Administração deve se dar nos limites estabelecidos pela lei para que não seja arbitrária (DI PIETRO, 2012, p. 62).

Acerca do poder discricionário e a possibilidade de revisão jurisdicional da atuação discricionária da Administração, Maurer (2006, p. 142) considera que:





A vinculação à lei pode [...] ser estreita; mas ela também pode ser frouxa, enquanto à administração, por concessão de poder discricionário, permanece um espaço de atuação ou, por determinação de conceitos jurídicos indeterminados, é admitido um espaço de apreciação. [...] O afrouxamento da vinculação à lei afrouxa também o controle judicial administrativo, uma vez que os tribunais administrativos *somente* podem revisar a *juridicidade* da atuação administrativa. À medida que compete à administração um espaço de poder discricionário ou de apreciação, *ela* tem o direito à “última decisão”.

Desta forma, a análise jurisdicional dos atos discricionários pode ser feita para verificar se a Administração atuou em conformidade com as leis, ou seja, em consonância com o princípio da legalidade, mas não deve adentrar na análise do mérito do ato administrativo, pois este compete à Administração.

Ao analisar a constitucionalização do Direito Administrativo brasileiro, Di Pietro (2012, p. 39) entende que esta:

[...] produziu reflexos intensos sobre o *princípio da legalidade* (que resultou consideravelmente ampliado) e a *discricionariedade* (que resultou consideravelmente reduzida”, principalmente pela “constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado.

Neste sentido, Di Pietro (2012, p. 38) considera que a Administração Pública “não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na constituição, relacionados com liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.”

Quando se trata de poder discricionário, diante de um caso concreto, a lei oferece opções à Administração Pública que, para realizar sua escolha, deve levar em conta critérios de oportunidade e conveniência e visar o atendimento do interesse público e a obtenção de determinado fim. Neste sentido, Couto e Silva (1990, p. 51) explana que:

Ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta.





Para Meirelles (2005, p. 169), os fins não são discricionários; previstos na lei. Discricionários são os meios e modos de administrar.

Ainda, com relação à justificativa para que o legislador permita que a lei transfira à Administração Pública poder discricionário, Meirelles (2005, p. 168) entende que:

A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

Assim, a Administração Pública encontra espaços de atuação que permitem que ela consiga atender à finalidade imposta pela lei e atingir o interesse público.

Mello (2012, p. 48) trata da discricionariedade diante do caso concreto – para ele, diante do caso concreto, a discricionariedade do administrador deve levá-lo à melhor escolha. O autor aponta a existência de elementos valorativos, que diante do caso concreto evidenciam diferenças entre as opções que a Administração dispõe, tornando uma melhor do que a outra e possibilitando dar soluções mais justas. Neste sentido, considera que:

Discricionariedade [...] é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2012, p. 48).

Para Medauar (2015, p. 137), “o poder discricionário se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.” Assim, a discricionariedade caracteriza-se:

[...] por um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento. Com base em habilitação legal, explícita ou implícita, a autoridade administrativa tem livre escolha para adotar ou não determinados atos, para fixar o conteúdo dos atos, para seguir este ou aquele modo de adotar o ato, na esfera da margem livre. Nessa margem, o ordenamento fica indiferente quanto à predeterminação legislativa do conteúdo da decisão. (MEDAUAR, 2015, p. 137).





Evidencia-se, deste modo, que a discricionariedade está prevista no ordenamento jurídico com vistas a possibilitar à Administração Pública dar resposta às complexas situações do dia a dia, para as quais nem sempre é possível que o legislador preveja todas as alternativas.

A discricionariedade da Administração Pública nas licitações verifica-se essencialmente na fase interna da licitação, quando da elaboração do edital, pois, após a publicação deste, a conduta da Administração fica limitada pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ou seja, está vinculada às normas e às condições do edital.

Um dos primeiros momentos em que se observa a discricionariedade administrativa na fase interna da licitação é quando a Administração define a modalidade e o tipo de licitação. Outro momento importante na elaboração do edital e talvez aquele no qual a Administração mais se utiliza do seu poder discricionário corresponde à etapa de estabelecimento dos critérios de habilitação.

Nesta etapa, a Administração, para escolher o licitante, promove uma discriminação entre estes. Para não correr o risco de afrontar o princípio da igualdade, esta discriminação deve ser feita com base em critérios objetivos apresentados no instrumento convocatório.

Sobre esta possibilidade de distinção, Mello (2014, p. 17) esclarece que:

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Desta forma, cumpre esclarecer que a discricionariedade da Administração deve ser considerada no estabelecimento dos critérios de habilitação (onde deve ser considerado o fim a ser alcançado) e não na escolha do licitante.

Justen Filho (2012, p. 299) classifica as condições de habilitação em gerais (contidas no texto da lei e obrigatórias a toda e qualquer licitação) e específicas (fixadas pela administração em função das características da contratação de uma licitação específica).

Pereira Junior (2003, p. 323) considera que:

A Administração deverá formular as exigências de habilitação preliminar que, segundo a natureza do objeto por licitar e do grau





de complexidade ou especialização de sua execução, forem reputadas como indicadores seguros de que o licitante reúne condições para bem e fielmente realizar tal objeto, nos termos do contrato, caso lhe seja adjudicado.

A previsão legal dos requisitos de habilitação encontra-se estabelecida no art. Art. 37, XXI, da CF/88 e nos arts. 27 a 32 da Lei 8.666/93.

A Constituição Federal traz uma contenção à discricionariedade da Administração em estabelecer critérios de habilitação dos licitantes, pois restringe as exigências de qualificação técnica e econômica àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Outra limitação foi estabelecida na Lei 8.666/93, art. 27, ao dispor que para a habilitação nas licitações será exigido dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Desta forma, não cabe à Administração estabelecer critérios acima ou aquém dos exigidos, pelo menos em que para isso haja motivação expressa.

O legislador, na elaboração da lei de licitações e contratos, faz uso de expressões como “consistirá” e “limitar-se-á”:

[...] as cabeças dos arts. 28 e 29 (habilitação jurídica e regularidade fiscal) fazem uso do modo verbal “consistirá”, o que significa que a prova dessas duas aptidões só estará completa com a presença de todos os documentos elencados naqueles artigos, conforme o caso (quer dizer, conforme se trate de pessoa física ou jurídica); a falta ou a irregularidade de qualquer desses documentos acarreta a inabilitação. As cabeças dos arts. 30 e 31 (qualificação técnica e econômico financeira) fazem uso do modo verbal “limitar-se-á”, o que significa que, em cada caso, o respectivo ato convocatório não poderá exigir documentos além daqueles mencionados nos artigos, que demarcam o limite máximo de exigência, mas poderá deixar de exigir os documentos que, mesmo ali referidos, considerar desnecessários para aferir as qualificações técnica e econômico-financeira satisfatórias, porque bastarão à execução das futuras obrigações que se imporão ao licitante que surtir vencedor do torneio. (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 323).

Verifica-se que tanto o dispositivo constitucional quanto a regulamentação infraconstitucional apresentam um rol máximo de requisitos passíveis de serem exigidos para a comprovação da habilitação dos licitantes.

A seguir, apresentam-se os critérios de habilitação previstos nos dispositivos





legais e busca-se identificar onde a Administração possui maior discricionariedade de atuação.

1.1 DISCRICIONARIEDADE NO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE HABILITAÇÃO JURÍDICA:

Os critérios de habilitação jurídica estão previstos no art. 28 da Lei 8.666/93 e constituem “comprovação de existência de fato e da regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 306). Os requisitos de habilitação jurídica são obrigatórios a todos os licitantes, devem ser apresentados em todas as licitações e não permitem margem de discricionariedade à Administração ao estabelecê-los.

Há certa discussão quanto à necessidade do objeto social ser compatível com o objeto da licitação. Justen Filho (2012, p. 308-309) considera que não há óbices à atuação das pessoas jurídicas fora do limite do objeto social, exceto quando houver regras específicas sobre o exercício de determinada atividade. Ainda conforme o autor, a compatibilidade do objeto social com a natureza da atividade licitada está relacionada à qualificação técnica, pois se a pessoa jurídica puder comprovar sua experiência e capacidade técnica para o desempenho de determinada atividade, a ausência desta no seu objeto social não seria empecilho a sua habilitação, ressaltando que se procurarmos nos 184 (cento e oitenta e quatro) municípios do Estado do Ceará, nenhum para o objeto do certame contrata pessoa física, pois diante da complexidade, necessário se faz a contratação de pessoa jurídica.

1.2 DISCRICIONARIEDADE NO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE REGULARIDADE FISCAL

A documentação necessária à comprovação da regularidade fiscal está prevista no art. 30 da Lei 8.666/93. Justen Filho (2012, p. 312) considera que “A exigência de regularidade fiscal representa forma indireta de reprovar a infração às leis fiscais”, mas não pode ser considerada uma exigência inválida. A invalidade só se configuraria se inviabilizasse completamente o exercício da atividade empresarial, o que não ocorre ao se limitar a contratação de empresas com irregularidades fiscais com a Administração Pública.

Surgem algumas dúvidas quanto à possibilidade da Administração exigir comprovação no cadastro de contribuintes estadual ou municipal. No entanto, conforme Justen Filho (2012, p. 311), “o dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a natureza da atividade a ser desenvolvida no curso da contratação é que determinará a inscrição cadastral”.

Quanto às exigências contidas no art. 29, incisos III e IV, salienta-se que se referem à comprovação de regularidade fiscal e não de quitação junto às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia





por Tempo de Serviço (FGTS). No entanto, a decisão de como deve ser comprovada a quitação fica a critério da Administração – resultado da discricionariedade que lhe é atribuída – e deve ser expressa no edital de forma a não deixar dúvidas quanto ao documento a ser apresentado.

1.3 DISCRICIONARIEDADE NO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A qualificação técnica “[...] consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 322). As exigências de qualificação técnica estão previstas no art. 30 da Lei 8.666/93 e são, dentre os requisitos de habilitação previstos, aquelas nas quais a Administração possui maior margem de discricionariedade ao estabelecê-las, pois seria impossível ao legislador prever todas as possibilidades, já que os requisitos de qualificação técnica são determinados para cada caso, tendo em vista o objeto da licitação.

Para o TCU:

As exigências de qualificação técnica servem para que a Administração obtenha informações a respeito de serviços já executados pelos licitantes, as quais permitam inferir sobre a capacidade de a licitante cumprir os compromissos estabelecidos no futuro contrato.

Estas exigências são limitadas pela Constituição, que prevê que devem se ater àquelas indispensáveis, evitando exigências meramente formais e desmesuradas que restringem a participação dos licitantes. Também há a incidência de limitações apontadas pela doutrina e pelo TCU, algumas das quais são apresentadas abaixo.

1.3.1 REGISTRO OU INSCRIÇÃO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE (INCISO I)

Neste caso, afasta-se a discricionariedade da Administração Pública, pois a exigência só pode ser aplicada “se e quando houver uma lei restringindo o livre exercício de atividades”. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 323), como o do presente caso. Além disso, deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação, conforme posicionamento do TCU.

1.3.2 COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO TÉCNICA PARA O DESEMPENHO (INCISO II)

De acordo com Justen Filho (2012, p. 324), “essa aptidão pode derivar de



numeros fatores, tais como o domínio de técnicas específicas, a existência de pessoal especializado, a disponibilidade de equipamentos apropriados e assim por diante” e normalmente tem maior pertinência quando se trata de licitação para obras ou serviços, já que nestes casos “a satisfatoriedade da prestação deriva da habilidade do particular em executá-la.”

A comprovação de experiência anterior deve ser compatível com o objeto da licitação. Neste sentido, o TCU considera que as exigências da fase de habilitação técnica devem assegurar proporcionalidade entre o objeto do certame e a experiência exigida dos licitantes, não sendo razoável exigir comprovação de capacidade em quantitativos superiores aos do objeto da licitação.

Acerca da aptidão técnica, são pertinentes alguns comentários sobre as interpretações e discussões existentes. A comprovação de experiência anterior será feita pela apresentação de atestados e um dos primeiros pontos discutidos refere-se ao fato da lei 8.666/93 estabelecer que os atestados serão fornecidos por **pessoas jurídicas de direito público ou privado**, o que exclui a possibilidade da experiência ser atestada por **pessoa natural ou entidades destituídas de personalidade autônoma**.

Justen Filho (2012, p. 331) critica esta restrição imposta pela lei, pois, para ele, “[...] o problema fundamental reside na execução anterior de certa atividade – não está na qualidade do sujeito em face de quem ela foi desenvolvida.”

O segundo ponto a ser destacado refere-se ao registro dos atestados nas entidades profissionais competentes. Deve ser considerado que nem todas as categorias profissionais possuem obrigatoriedade de registro da sua atuação em entidades profissionais. Desta forma, a exigência de registro deve ficar limitada às categorias profissionais que o tem como obrigação, como é o exemplo dos engenheiros que devem registrar suas atividades junto ao CREA.

Com relação à capacitação técnica profissional prevista no art. 30, §1º, inciso I da lei 8.666/93, deve ser avaliada inicialmente à disposição de que o licitante deve possuir profissionais em seu quadro permanente.

Para as empresas, em muitas situações não é vantajoso manter um profissional com vínculo permanente (ou seja, fazendo parte de seu quadro permanente) apenas para participar de licitação. Para a Administração Pública importa que a empresa possua profissional em condições de desempenhar sua atividade na execução do futuro contrato e por isto é suficiente a existência de contrato de prestação de serviços (JUSTEN FILHO, 2012, p. 333).

Ainda com relação à capacitação técnica profissional, a legislação prevê que os atestados serão solicitados em relação às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. No §2º do art. 30, a lei 8.666/93 outorga à Administração discricionariedade para o estabelecimento das parcelas de maior



relevância técnica e de valor significativo.

Também é vedada à Administração a possibilidade de exigência de quantitativos mínimos, locais ou prazos máximos para a solicitação de atestados de capacitação técnica profissional. Justen Filho (2012, p. 331) considera que estas exigências só podem ser admitidas se forem essenciais à execução do objeto ou retratarem alguma dificuldade peculiar.

Outro ponto amplamente discutido refere-se à possibilidade e aos limites de requisitos de comprovação de capacitação técnica operacional. Os dispositivos contidos na lei 8.666/93 que tratavam dos limites das exigências de capacitação técnica operacional foram vetados, mas o fundamento para sua exigência, que está contida no inciso II do caput do art. 30, foi mantido (SUNDFELD, 1999, p. 107). Desta forma, são válidas as exigências de capacitação técnica operacional.

Com relação à possibilidade de estipulação de quantitativos mínimos e prazos máximos para verificação da capacidade técnica operacional, é admitida mesmo que tenha havido o veto. A este respeito, Sundfeld considera que a demonstração da capacidade técnica operacional deve ser feita considerando obras com dimensão compatível com a da obra ora licitada. No entanto, pondera o autor que somente podem ser exigidos atestados referentes às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo (SUNDFELD, 1999, p. 119).

Esta posição também é adotada pelo TCU:

A exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para fins de atestar a capacidade técnico-operacional, deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto e recair, simultaneamente, sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo.

Ainda conforme o TCU, de regra, os quantitativos mínimos exigidos não devem ultrapassar 50% do previsto no orçamento base, salvo em condições especiais e devidamente justificados no processo de licitação. Assim, da mesma forma que ocorre com a comprovação de capacitação técnica profissional, a Administração Pública possui discricionariedade para estabelecer os requisitos, mas deve limitar-se ao que prega o texto constitucional e exigir o mínimo possível. Caso a Administração venha a fazer exigências maiores, deve motivar a sua escolha (JUSTEN FILHO, 2012, p. 330).

A exigência acerca de instalações, equipamento e pessoal especializado (§ 6º) na fase de habilitação pode ser atendida por meio de uma declaração formal do licitante de que dispõe dos itens solicitados e deve ser inserida no edital em termos genéricos e despersonalizados. É vedada exigência que individualize bens que já



sejam do licitante e que estejam em determinado local, para evitar o direcionamento da licitação e possibilitar apenas a algumas determinadas empresas a sua participação no certame (PEREIRA JÚNIOR, 2003, p. 360).

1.4 DISCRICIONARIEDADE NO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A relação da documentação possível de ser exigida pela Administração a título de qualificação econômico-financeira está relacionada no art. 31, da lei 8.666/93. Justen Filho (2012, p. 341) considera que “a qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução do objeto da contratação.”

O dispositivo legal evidencia em seu texto algumas possibilidades de atuação discricionária da Administração no estabelecimento de requisitos de habilitação econômico-financeira pela utilização das expressões “limitada a 1% (um por cento)” (art. 31, III), “poderá estabelecer” (art. 31, §2º) e “poderá ser exigida” (art. 31, §4º).

Um dos pontos que merece destaque quanto à possibilidade de atuação discricionária da Administração corresponde à escolha de índices contábeis que servirão para comprovar a boa situação financeira da empresa. Como o dispositivo não define quais serão os índices adotados, resta à Administração defini-los discricionariamente. No entanto, conforme leciona Pereira Junior (2003, p. 374):

A escolha dos índices de aferição da situação financeira dos habilitantes deverá estar exposta e fundamentada no processo administrativo da licitação, do qual resultará o texto do edital. Este refletirá o exame e conseqüente definição de natureza técnica, transmitindo à Comissão elementos bastante para o julgamento objetivo da matéria.

As razões da escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexos causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avençar.

Desta forma, a escolha dos índices deve levar em conta parâmetros técnicos e estar sempre justificada, para evitar que sirvam ao propósito de direcionar a licitação.

O edital não fez nenhuma exigência além do disposto em Lei e nas Jurisprudências das Cortes de Contas. Porém, é salutar informar que, em face à ocorrência de diversos processos licitatórios relativos à prestação de serviço, a





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Administração Pública pode e deve se cercar das garantias mínimas para a segurança da execução da contratação.

Por sua vez, o controle de mérito recai sobre os aspectos discricionários da conduta administrativa, isto é, sobre o conteúdo da decisão proferida dentro dos limites da delegação legislativa, sendo, por isso, desenvolvido apenas pelos órgãos de controle interno, já que eles integram a própria estrutura da Administração Pública.

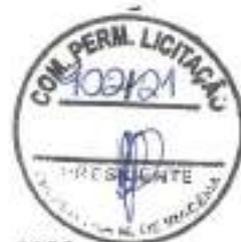
Corroborando a impossibilidade do controle externo revisar os aspectos discricionários da conduta administrativa, destaca-se o magistério do administrativista José dos Santos Carvalho Filho:

O termo mérito, no Direito Administrativo, tem sido empregado, algumas vezes, em sentido um pouco diverso do sentido clássico. Quando se faz referência ao controle de mérito, no entanto, a intenção é considerar aqueles aspectos da conduta administrativasujeitos à valoração dos próprios agentes administrativos. Significa, pois, aquilo que é melhor, mais conveniente, mais oportuno, mais adequado, mais justo, tudo, enfim, para propiciar que a Administração alcance seus fins. O ponto que mais merece atenção nesse tipo de controle reside na competência para exercê-lo. Com efeito, o controle de mérito é privativo da Administração Pública e, logicamente, não se submete à sindicabilidade no Poder Judiciário. A razão é simples. Se esse controle tem por objeto a avaliação de condutas administrativas, há de traduzir certa discricionariedade atribuída aos órgãos administrativos. Somente a estes incumbe proceder a essa valoração, até porque esta é inteiramente administrativa. Ao Judiciário somente é cabível o controle de legalidade, vez que constitui sua função decidir sobre os confrontos entre as condutas administrativas e as normas jurídicas, como vimos acima. Grifo nosso.

Desse modo, como o controle de mérito do ato administrativo é aquele que recai sobre a margem de liberdade conferida pela lei ao gestor público, para decidir segundo critérios de conveniência e oportunidade, ele não pode ser efetivado pelos órgãos incumbidos do controle externo, sob pena de caracterização de ingerência indevida na atividade administrativa e de colocar-se em xeque a separação dos Poderes, que foi erigida como cláusula pétrea no artigo 60, § 4º, III, da Constituição da República de 1988.

É cediço que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93) e as demais normas de organização administrativa não especificam quais bens, materiais de consumo e serviços podem ser adquiridos pelo Poder Público, o que faz com que a definição das aquisições e serviços prestados, bem como por quem serão prestados,





seja situada no campo da discricionariedade administrativa. No caso, a discricionariedade é o poder-dever atribuído ao administrador para autorizar as compras de bens e serviços, que devem ser especificadas de forma clara e objetiva.

Destarte, não é atribuição das Cortes de Contas Estaduais, no exercício do controle externo, imiscuir-se no mérito da decisão para tentar definir as especificações dos equipamentos que podem ser licitados, porquanto os Poderes possuem independência para realizar referido mister, devendo obediência apenas às restrições impostas pela Carta Magna de 1988 e pela Lei 8.666/93.

Em situação análoga, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região decidiu que a especificação do objeto da licitação encontra-se no campo da discricionariedade administrativa:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NO DECISUM.

1. A orientação jurisprudencial vem-se firmando no sentido de que descabem embargos de declaração contra decisão monocrática do Relator (CPC, arts. 535 e 557, §1º), sendo legítimo, porém, o seu recebimento como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, desde que o recurso tenha sido interposto no prazo legal de cinco dias, como sucedeu na espécie.

2. Pretende a Embargante rediscutir questão já decidida, com o intuito de alterar a orientação jurídica adotada no *decisum*, que, de forma clara e objetiva, demonstrou que a exigência de profissional de nível superior, constante do edital, era razoável ante a magnitude do objeto da licitação, sendo que a opção do Administrador pela contratação de profissional com tal nível de formação situa-se dentro da margem de discricionariedade deferida ao agente público. Omissão inexistente.

3. Não há contradição na determinação de se corrigir o pólo passivo da ação, tendo em vista que apenas no mandado de segurança é que compete à autoridade coatora a representação judicial da entidade em cujo nome atue. Assim, quanto às providências tendentes à suspensão de medida processual, é competente o órgão de defesa judicial da entidade pública, na forma do art. 3º da Lei 4.348/64. Confira-se: AMS 2004.36.00.010688-4/MT, Quinta Turma, Rel. Des. Federal João Batista Moreira, DJ de 05/02/2007, p. 129.



[Handwritten signature]



4. Embargos de Declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. Grifos nossos

Nesse passo, tratando-se de matéria afeta ao mérito administrativo, que, por conseguinte, está incluída na discricionariedade do gestor, descabe aos Tribunais de Contas intervirem para definir, em sede de controle externo, as especificações das aquisições da Administração Pública.

Além disso, a tentativa de controle externo da especificação do objeto da licitação deve ser precedida de vistoria *in loco* ao ente licitante, a fim de poder conhecer a real necessidade administrativa da aquisição e serviços a serem prestados, não sendo possível que referido controle seja efetivado apenas na teoria, ou seja, não é crível que a especificação do objeto seja classificada como desnecessária sem conhecer a real necessidade da Administração Pública.

A licitação é o mecanismo adotado pela Administração Pública para fazer a escolha daqueles com quem irá contratar. Este procedimento visa escolher, dentre as propostas apresentadas, aquela que melhor atenderá ao fim proposto (objeto da licitação). Este instituto está previsto na Constituição Federal e foi regulamentado pela Lei 8.666/93.

A discricionariedade da Administração Pública nas licitações verifica-se essencialmente na fase interna da licitação, quando da elaboração do edital, pois, após a publicação deste, a conduta da Administração fica limitada pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ou seja, está vinculada às normas e às condições do edital. Um dos primeiros momentos em que se observa a discricionariedade administrativa na fase interna da licitação é quando a Administração define a modalidade e o tipo de licitação. Outro momento importante na elaboração do edital e talvez aquele no qual a Administração mais se utiliza do seu poder discricionário corresponde à etapa de estabelecimento dos critérios de habilitação, que é o foco. Nesta etapa, a Administração, para escolher o licitante, promove uma discriminação entre estes. Para não correr o risco de afrontar o princípio da igualdade, esta discriminação deve ser feita com base em critérios objetivos apresentados no instrumento convocatório. Sobre esta possibilidade de distinção, Mello (2014, p. 17) esclarece que:

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. Desta forma, cumpre esclarecer que a discricionariedade da Administração deve ser considerada no estabelecimento dos critérios de habilitação (onde deve ser considerado o fim a ser alcançado) e não na escolha do





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



licitante. Justen Filho (2012, p. 299) classifica as condições de habilitação em gerais (contidas no texto da lei e obrigatórias a toda e qualquer licitação) e específicas (fixadas pela administração em função das características da contratação de uma licitação específica). Pereira Junior (2003, p. 323) considera que: A Administração deverá formular as exigências de habilitação preliminar que, segundo a natureza do objeto por licitar e do grau de complexidade ou especialização de sua execução, forem reputadas como indicadores seguros de que o licitante reúne condições para bem e fielmente realizar tal objeto, nos termos do contrato, caso lhe seja adjudicado. A previsão legal dos requisitos de habilitação encontra-se estabelecida no art. Art. 37, XXI, da CF/88 e nos arts. 27 a 32 da Lei 8.666/93. A Constituição Federal traz uma contenção à discricionariedade da Administração em estabelecer critérios de habilitação dos licitantes, pois restringe as exigências de qualificação técnica e econômica àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Outra limitação foi estabelecida na Lei 8.666/93, art. 27, ao dispor que para a habilitação nas licitações será exigido dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Desta forma, não cabe à Administração estabelecer critérios acima ou aquém dos exigidos, pelo menos sem que para isso haja motivação expressa.

O legislador, na elaboração da lei de licitações e contratos, faz uso de expressões como "consistirá" e "limitar-se-á": [...] as cabeças dos arts. 28 e 29 (habilitação jurídica e regularidade fiscal) fazem uso do modo verbal "consistirá", o que significa que a prova dessas duas aptidões só estará completa com a presença de todos os documentos elencados naqueles artigos, conforme o caso (quer dizer, conforme se trate de pessoa física ou jurídica); a falta ou a irregularidade de qualquer desses documentos acarreta a inabilitação. Verifica-se que tanto o dispositivo constitucional quanto a regulamentação infraconstitucional apresentam um rol máximo de requisitos passíveis de serem exigidos para a comprovação da habilitação dos licitantes. A seguir, apresentam-se os critérios de habilitação previstos nos dispositivos legais e busca-se identificar onde a Administração possui maior discricionariedade de atuação.

Os critérios de habilitação jurídica estão previstos no art. 28 da Lei 8.666/93 e constituem "comprovação de existência de fato e da regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas" (JUSTEN FILHO, 2012, p. 306).

Os requisitos de habilitação jurídica são obrigatórios a todos os licitantes, devem ser apresentados em todas as licitações e não permitem margem de discricionariedade à Administração ao estabelecê-los. Há certa discussão quanto à



necessidade do objeto social ser compatível com o objeto da licitação. Justen Filho (2012, p. 308-309) considera que não há óbices à atuação das pessoas jurídicas fora do limite do objeto social, exceto quando houver regras específicas sobre o exercício de determinada atividade. Ainda conforme o autor, a compatibilidade do objeto social com a natureza da atividade licitada está relacionada à qualificação técnica, pois se a pessoa jurídica puder comprovar sua experiência e capacidade técnica para o desempenho de determinada atividade, a ausência desta no seu objeto social não seria empecilho a sua habilitação.

A documentação necessária à comprovação da regularidade fiscal está prevista no art. 30 da Lei 8.666/93. Justen Filho (2012, p. 312) considera que “**A exigência de regularidade fiscal representa forma indireta de reprovar a infração às leis fiscais**”, mas não pode ser considerada uma exigência inválida. A invalidade só se configuraria se inviabilizasse completamente o exercício da atividade empresarial, o que não ocorre ao se limitar a contratação de empresas com irregularidades fiscais com a Administração Pública. Surgem algumas dúvidas quanto à possibilidade da Administração exigir comprovação no cadastro de contribuintes estadual ou municipal. No entanto, conforme Justen Filho (2012, p. 311), “o dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a natureza da atividade a ser desenvolvida no curso da contratação é que determinará a inscrição cadastral”. Quanto às exigências contidas no art. 29, incisos III e IV, salienta-se que se referem à comprovação de regularidade fiscal e não de quitação junto às Fazendas Federal, Estadual e Municipal, à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). No entanto, a decisão de como deve ser comprovada a quitação fica a critério da Administração resultado da discricionariedade que lhe é atribuída e deve ser expressa no edital de forma a não deixar dúvidas quanto ao documento a ser apresentado.

A qualificação técnica:

“[...] consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 322). As exigências de qualificação técnica estão previstas no art. 30 da Lei 8.666/93 e são, dentre os requisitos de habilitação previstos, aquelas nas quais a Administração possui maior margem de discricionariedade ao estabelecê-las, pois seria impossível ao legislador prever todas as possibilidades, já que os requisitos de qualificação técnica são determinados para cada caso, tendo em vista o objeto da licitação. 4 Para o TCU: As exigências de qualificação técnica servem para que a Administração obtenha informações a respeito de serviços já executados pelos licitantes, as quais permitam inferir sobre a capacidade de a licitante cumprir os compromissos estabelecidos no futuro contrato. 5 Estas exigências são limitadas pela Constituição, que prevê que devem se ater àquelas indispensáveis, evitando exigências meramente formais e desmesuradas que



restringem a participação dos licitantes. Também há a incidência de limitações apontadas pela doutrina e pelo TCU, algumas das quais são apresentadas abaixo.

3.3.1 REGISTRO OU INSCRIÇÃO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE (INCISO I) Neste caso, deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação, conforme posicionamento do TCU.

3.3.2 COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO TÉCNICA PARA O DESEMPENHO (INCISO II) De acordo com Justen Filho (2012, p. 324), “essa aptidão pode derivar de inúmeros fatores, tais como o domínio de técnicas específicas, a existência de pessoal especializado, a disponibilidade de equipamentos apropriados e assim por diante” e normalmente tem maior pertinência quando se trata de licitação para obras ou serviços, já que nestes casos “a satisfatoriedade da prestação deriva da habilidade do particular em executá-la.” A comprovação de experiência anterior deve ser compatível com o objeto da licitação. Neste sentido, o TCU considera que as exigências da fase de habilitação técnica devem assegurar proporcionalidade entre o objeto do certame e a experiência exigida dos licitantes, não sendo razoável exigir comprovação de capacidade em quantitativos superiores aos do objeto da licitação.

6.7 Acerca da aptidão técnica, são pertinentes alguns comentários sobre as interpretações e discussões existentes. A comprovação de experiência anterior será feita pela apresentação de atestados e um dos primeiros pontos discutidos refere-se ao fato da lei 8.666/93 estabelecer que os atestados serão fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, o que exclui a possibilidade da experiência ser atestada por pessoa natural ou entidades destituídas de personalidade autônoma. Justen Filho (2012, p. 331) critica esta restrição imposta pela lei, pois, para ele, “[...] o problema fundamental reside na execução anterior de certa atividade – não está na qualidade do sujeito em face de quem ela foi desenvolvida.”

Trata-se não de outra forma ou classificação dentro dos poderes da Administração, mas da utilização de critérios técnicos decorrentes na maior parte dos casos de pessoas ou entidades especializadas, para preenchimento de normas muito genéricas que ensejam o exercício de discricionariedade pelo Poder Público.

O Poder discricionário técnico surgiu por criação doutrinária e jurisprudencial de alguns países, tendo seu principal defensor o Estado Italiano, mas vale consignar os Estados da Espanha e de Portugal como integrantes dessa construção. Os ditos critérios técnicos de um modo geral são decorrentes da ciência e das técnicas-profissionais amplamente aceitas pela sociedade, contudo essas não implicam em uma aceitação irrestrita, pois, como em qualquer área do conhecimento existem



divergências. Não se pode pensar que quando a Administração utiliza o parecer “A” favorável ao caso hipotético, rejeitou o “B” por ser contrário. A tecnicidade da questão conduz o ato administrativo a ser praticado.

Justamente neste ponto que permanece a margem discricionária dentro dos limites técnico-científicos. Todavia não ocorrendo situações divergentes ou mesmo díspares em grau inferior, a atividade administrativa permanecerá vinculada, não à lei, mas aos critérios técnicos os quais estabeleceram ditames claros e de aceitação unânime pela comunidade científica.

Por fim, cabe salientar que concomitantemente com a discricionariedade técnica outro tema vem adquirindo importância na doutrina nacional, causando uma cisão entre os autores, principalmente com os autores modernos. Trata-se da incorporação pelo Direito Administrativo pátrio da Teoria dos Conceitos jurídicos indeterminados, na qual a expressão interesse público faz parte integrante.

A doutrina nacional não costumava tratar o tema com muita intensidade, consequência de não existir por hora um posicionamento unânime ou pelo menos majoritário. Diferentemente ocorre no Direito Alemão, que utiliza a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, mas não como antagonismo à discricionariedade como afirmam alguns doutrinadores nacionais.

Os conceitos jurídicos indeterminados, que parecem tão distantes na doutrina e jurisprudência administrativa, há muito circundam o Direito Privado ou mesmo o Público, pois quem nunca leu um artigo ou decisão onde as expressões mulher honesta, bem comum, boa-fé estavam presentes? O que na verdade nunca causou tanta estranheza para os intérpretes do Direito.

A problemática sobre o tema deriva principalmente do estudo das legislações e doutrinas alienígenas a germânica, principalmente que possuem outra concepção administrativa, pois vivenciaram historicamente regimes de opressão da Administração, e que necessitava de um maior controle judicial para extirpar os fantasmas do nazismo.

Os doutrinadores brasileiros desenvolveram inicialmente duas linhas de pensamento em relação ao exercício da discricionariedade e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Existem aqueles que defendem não existir distinção alguma entre as atividades, considerando que quando se está na presença de um conceito impreciso, este levará à competência discricionária.

A segunda corrente estabelece a distinção rígida entre ambos, pois não haveria margem alguma de escolha para o administrador quanto à interpretação dos conceitos legais, pois este ficaria adstrito como ocorre nos atos vinculados. Nesta linha de pensamento ficaria afastada a ideia de que há discricionariedade na interpretação dos





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



conceitos imprecisos, devendo esta derivar de construções intelectuais ou cognitivas, enquanto aquela de atuação volitiva.

Thêmis Limberger¹⁵ parafraseando Eduardo García Enterría, explica que:

“a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou seja, entre critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não previstos na lei e conferidos ao critério subjetivo do administrador. Os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se em um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal”.

Em sentido contrário Andréas J. Krell afirma que:

“parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal”.

E, sintetizando o tema, a professora Odete Medauar explica que:

“havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundadas na noção, o poder discricionário se exerce”.

Desta análise sobre os conceitos imprecisos, depreende-se que embora o tema seja ainda controverso, tanto na doutrina nacional como estrangeira, parece acertada a posição temperada da doutrinadora em tela. Isto porque, a presença desta teoria no Direito Brasileiro é cada vez maior, extravasando o limite do Direito Administrativo e adentrando em seu braço protetor do meio ambiente, o Direito Ambiental.

Analisando o que foi apresentado até o momento, resta claro que a presença dos conceitos jurídicos indeterminados está relacionada intimamente com a discricionariedade, contudo, se faz necessário estabelecer o elo entre estes dois conceitos com o de interesse público.

Tendo em vista que o Estado deve voltar-se ao atendimento do bem comum, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, a fim de manter-se a coerência, obviamente os atos discricionários, diante da realidade de um conceito jurídico indeterminado previsto em lei, deverá atingir a noção de interesse público.





Segundo o Professor Marcelo Alexandrino:

“quando a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados na descrição do motivo determinante da prática de um ato administrativo e, no caso concreto, a administração se depara com uma situação em que não existe possibilidade de afirmar, com certeza, se o fato está ou não abrangido pelo conteúdo da norma; nessas situações a administração, conforme o seu juízo privativo de oportunidade e conveniência administrativas, tendo em conta o interesse público, decidirá se considera, ou não, que o fato está enquadrado no conteúdo do conceito indeterminado empregado no descritor da hipótese normativa e, conforme essa decisão praticará, ou não, o ato previsto no comando legal”.

Assim, conforme destacado anteriormente, a atuação da administração pública está restrita à submissão das normas, podendo realizar apenas o que está definido em lei. Neste contexto, algumas normas permitem pequena margem de liberdade para o administrador público na tomada de decisões frente aos casos concretos do dia a dia administrativo, a qual se denomina discricionariedade. Entretanto, a norma pode apresentar escolhas claras e definidas ou escolhas que abrangem conceitos jurídicos indeterminados.

Ao se deparar com os mencionados conceitos, o administrador deverá exercer o poder-dever discricionário, calcado nos princípios inerentes à administração pública, explícitos no art. 37 da Constituição Federal e implícitos no texto da Lei Maior e nas leis que amparam a atividade administrativa, com a finalidade única de atender ao interesse público cujo conceito importa sobremaneira a presente discussão.

O segundo ponto a ser destacado refere-se a participação da Pessoa física na licitação pública objeto do certame:

Uma questão que gera muita dúvida é: **pessoa física pode participar de licitação pública?** De acordo com a Lei de Licitações e Contratos 8.666/93, não é proibida essa participação. No entanto, é preciso salientar que **não são todas as licitações nas quais é possível uma pessoa física participar**, tendo em vista os pré-requisitos que, em alguns casos, só uma Pessoa Jurídica pode cumprir.

Neste diapasão, o presente caso como supracitado, jamais poderia participar pessoa física, pois se exige um corpo técnico, capital social mínimo e equipe de profissionais para a execução do objeto de licitação, apenas Pessoas Jurídicas poderão pleitear o contrato.

Na verdade, em termos de tributos, é muito mais vantajoso um autônomo trabalhar como uma pessoa jurídica do que como pessoa física. A alíquota cobrada de quem





presta serviços e não tem CNPJ são superiores aos cobrados de quem possui este cadastro.

No entanto, em alguns casos, é possível que a pessoa preste aquele serviço de forma esporádica e, por isso, não seja vantajoso obter um CNPJ. Um exemplo é um artesão, que pode desenvolver sua arte somente quando há uma demanda específica.

De antemão, é possível que uma pessoa física participe de uma licitação em qualquer esfera, seja ela municipal, estadual ou federal. Porém, vale ressaltar que a pessoa física não poderá participar de todas as licitações, afinal, um dos requisitos é a demonstração de capacidade para fornecimento ou prestação do serviço.

Por exemplo, é plenamente possível que uma pessoa física consiga demonstrar que pode fornecer, semanalmente, 10 bolos para uma escola. No entanto, já não se pode dizer o mesmo de uma licitação que visa contratar o asfaltamento de um bairro, por exemplo.

Mais que uma faculdade, os poderes da Administração Pública são reconhecidamente uma maneira de satisfazer as necessidades administrativas, sempre dentro dos limites legais e principiológicos, pois devem buscar a satisfação do interesse público, e por consequência, são irrenunciáveis pelo ente administrativo.

A característica de dever, impressa nos poderes administrativos, é mais nítida no chamado poder vinculado, que embora não reconhecido como poder autônomo por muitos doutrinadores faz o contraponto necessário ao presente estudo. Aqueles que negam sua autonomia o fazem justificando que este serviria como atributo aos demais poderes da administração, bem como acontece com o poder discricionário.

Distanciando-se de quaisquer controvérsias, pode-se caracterizar o poder vinculado como uma imposição, uma restrição à administração, pois o legislador prevê todas ou quase todas as situações e exigências para atuação do Poder Público. Desta forma não é permitida a análise da oportunidade e conveniência, devido aos valores terem sido observados na edição da norma vinculante.

Todavia, a regra não é absoluta, pois no agir da administração, a vinculação é relativizada, sendo mínimas as situações de vinculação extrema, sem a presença da competência discricionária. A distinção rígida à classificação não subsiste; esta relação deve-se deter na análise do comando legal para auferir a predominância do poder vinculado ou discricionário a fim de caracterizar o ato resultante deste como vinculado aquele que sofre a influência determinante do poder vinculado, ou discricionário.

Em síntese nos atos vinculados, as leis estreitam a atuação da administração pública, precisamente do gestor, que deve respeitar o estatuído na norma. A doutrina não estende longas considerações sobre esses atos, reservando-se em demonstrar o antagonismo aos atos discricionários. Assim como nos atos vinculados, no Direito





Administrativo atual, a doutrina vem incorporando a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados que também estreitam a atuação administrativa, limitando a ação discricionária.

Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito. É, portanto, um poder que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos, com a liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, próprios da autoridade, observando sempre os limites estabelecidos em lei, pois estes critérios não estão definidos em lei.

A discricionariedade é sempre parcial e relativo, ou seja, não é totalmente livre, pois sob os aspectos de competência, forma e finalidade a lei impõe limitações, portanto, o correto é dizer que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos subordinado aos limites da lei. O administrador para praticar um ato discricionário deverá ter competência legal para praticá-lo, deverá obedecer à forma legal para realizá-la e deverá atender a finalidade que é o interesse público. O ato tornará nulo se nenhum destes requisitos for respeitado.

Portanto, o correto é dizer que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos subordinados aos limites da lei. O administrador para praticar um ato discricionário deverá ter competência legal para praticá-lo, deverá obedecer à forma legal para realizá-la e deverá atender a finalidade que é o interesse público. O ato tornará nulo se nenhum destes requisitos for respeitado.

Os atos administrativos devem sempre visar o interesse social ou interesse coletivo, não obedecendo estes parâmetros o ato tornará nulo, por desvio de poder ou finalidade, que poderá ser reconhecido ou declarado pela própria Administração ou Poder Judiciário. A fonte da discricionariedade é a lei, e quando a lei deixa brechas, aí entra o ato de discricionariedade. Essa discricionariedade existe quando a lei expressamente a confere à Administração, ou quando a lei é omissa ou ainda quando a lei prevê determinada competência.

O âmbito da discricionariedade é amplo, mas nunca total, pois são sempre vinculados à lei. No ato discricionário alguns elementos vêm definidos na lei com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração. A discricionariedade deve sempre ser analisada sob os aspectos da legalidade e do mérito. A palavra mérito, em sentido político, significa que o Estado tem a função de atender os interesses públicos, dentro dos limites da lei. O Estado tem como dimensões a oportunidade (elemento motivo) e a conveniência (elemento objeto), que compõem o mérito do ato administrativo. E a discricionariedade é o meio para que essa função de atender os interesses públicos específicos possa ser exercida pela Administração. Mérito é o resultado e a discricionariedade é o meio, e ambos se relacionam com a legalidade.





Mérito é composto de dois elementos: o motivo (oportunidade), que é o pressuposto de fato ou de direito, que possibilita ou determina o ato administrativo; e o objeto (conveniência), que é a alteração jurídica que se pretende introduzir nas situações e relações sujeita à atividade administrativa do Estado. A oportunidade e a conveniência têm função de integrar os elementos motivos e objetivo dentro dos limites do mérito. A natureza jurídica da discricionariedade é o poder-dever da Administração Pública, e o mérito é o resultado deste exercício regular a discricionariedade.

O objetivo principal da discricionariedade é o bem administrar, e os administradores não podem se desvincular desse objetivo sob pena de anular tais atos, por caracterizar uma ilegalidade. Para se evitar vícios de finalidade, foi necessário criar limites à discricionariedade, por ação ou omissão por parte do administrador. O desvio de finalidade ou insatisfação da finalidade descumprem a vontade da lei, cuja finalidade é a satisfação do interesse público específico. Esses limites visam à prática do controle, e esta prática está relacionada às dimensões da oportunidade (motivo) e conveniência (objeto).

Os princípios da realidade e razoabilidade estão vinculados com os atos discricionários. O princípio da realidade disciplina a convivência real entre os homens e seus atos devem ser sustentados por uma norma. E a Administração deve apresentar condições mínimas para cumprir a finalidade de satisfação do interesse público. O princípio da razoabilidade confere que, a Administração deve atuar de modo racional e afeiçoar ao senso comum das pessoas, tendo em vista a competência recebida para tal prática. Aplica-se a todas as situações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas e com avaliação adequada da relação custo-benefício. Este princípio funciona como meio de controle dos atos estatais, através da contenção dos mesmos dentro dos limites razoáveis aos fins públicos, garantindo a legitimidade da ação administrativa.

Estes dois princípios condicionam a oportunidade, que é o requisito exigido para a satisfação dos motivos. Oportuno é o ato administrativo que compõe os pressupostos de fato e de direito. Deve-se existir um motivo para ensejar a prática de um ato, e este motivo deve estar dentro da realidade, e os objetivos visados devem estar dentro da razoabilidade, para que se tornem oportunos a prática de determinado ato. Para ser oportuno tal ato deve haver existência do motivo (deve-se ter um ato fundado em uma situação de fato e de direito, que determina ou autoriza a prática de um ato administrativo os motivos devem estar acima de qualquer dúvida); suficiência do motivo (deve haver motivos e pressupostos suficientes para a realização do ato administrativo); adequação do motivo (o motivo deve ser adequado à natureza jurídica do ato, a adequação deve ser compatível com o objeto); compatibilidade do motivo (deve haver uma coerência razoável entre o objeto e o efeito do ato) e a proporcionalidade do motivo (necessita que a administração proporcione adequação entre os meios e os fins desejados).





Um ato é conveniente quando seu conteúdo jurídico produz um resultado que atenda à finalidade pretendida que é a satisfação ao interesse público. Os requisitos mínimos para a conveniência à discricionariedade estão ligados aos princípios da realidade e da razoabilidade, para que o ato satisfaça a sua finalidade. No que tange a realidade o objeto deve ser possível, ou seja, lícito. Deve estar dentro do ordenamento jurídico, não podendo o objeto violar qualquer norma constitucional, sob pena de caracterizar vício de finalidade. O objeto deve ser compatível com a finalidade a ser atingida. As decisões devem ser eficientes para satisfazer a finalidade da lei que é o interesse público.

A Administração está obrigada a sempre escolher os melhores meios para satisfazer o interesse público e não pode arriscar, devem escolher a melhor maneira para práticas tais atos. A eficiência deve ser considerada um limite da discricionariedade.

Assim, a Administração tem o poder-dever de escolher a melhor forma para prestação de um serviço desejado, entretanto, de forma sorrateira e de interesse particular, a Impugnante retrata restrição, pois a Contratação de sociedade de advogados para a prestação de serviços técnicos advocatícios para orientação e treinamento da Comissão Permanente de Licitação do município, assessoramento das fases internas e externas dos processos licitatórios, que um técnico pode prestar.

Quanta barbaridade é retratada na inicial do Impugnante, pois é o mesmo que contratar um "mestre de obras" para realizar uma obra junto a administração pública, que cabe exclusivamente a construtora inscrita no CREA, continua ainda, relatando sobre restrição, como? O objeto do certame é exclusivo a sociedade de advogados sim, pois somente esses podem impetrar ações na justiça, somente esse tem a capacidade de treinamento e interpretação da lei, ressaltando que a administração pública deve pautar pela melhor contratação, e quem melhor prestará tais serviços.

Sendo bem verdade que, quando se trata de poder discricionário, diante de um caso concreto, a lei oferece opções à Administração Pública que, para realizar sua escolha, deve levar em conta critérios de oportunidade e conveniência e visar o atendimento do interesse público e a obtenção de determinado fim. Neste sentido, Couto e Silva (1990, p. 51) explana que:

Ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhes outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar
REVISTA NOVATIO IURIS 84 FADERGS - v.7, n. 2, jul.-ago. 2015 certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais,



8



de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta. Para Meirelles (2005, p. 169), os fins não são discricionários; estão previstos na lei.

Discricionários são os meios e modos de administrar. Ainda, com relação à justificativa para que o legislador permita que a lei transfira à Administração Pública poder discricionário, Meirelles (2005, p. 168) entende que: A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

Assim, a Administração Pública encontra espaços de atuação que permitem que ela consiga atender à finalidade imposta pela lei e atingir o interesse público. Mello (2012, p. 48) trata da discricionariedade diante do caso concreto para ele, diante do caso concreto, a discricionariedade do administrador deve levá-lo à melhor escolha. O autor aponta a existência de elementos valorativos, que diante do caso concreto evidenciam diferenças entre as opções que a Administração dispõe, tornando uma melhor do que a outra e possibilitando dar soluções mais justas. Neste sentido, considera que:

Discricionariedade [...] é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2012, p. 48). Para Medauar (2015, p. 137), “o poder discricionário se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que FADERGS FADERGS - v.7, n. 2, jul.-ago. 2015 85 asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.” Assim, a discricionariedade caracteriza-se: [...] por um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento. Com base em habilitação legal, explícita ou implícita, a autoridade administrativa tem livre escolha para adotar ou não determinados atos, para fixar o conteúdo dos atos, para seguir este ou aquele modo de adotar o ato, na esfera da margem livre. Nessa margem, o ordenamento fica indiferente quanto à predeterminação legislativa do conteúdo da decisão. (MEDAUAR, 2015, p. 137).

Evidencia-se, deste modo, que a discricionariedade está prevista no





ordenamento jurídico com vistas a possibilitar à Administração Pública dar resposta às complexas situações do dia a dia, para as quais nem sempre é possível que o legislador preveja todas as alternativas.

Ao contrário do que alega sem fundamentos o Impugnante por desconhecimento, passamos a explicar, é lógico que advocacia está contida no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em seus arts. 17 e 18, que assim dispõem:

Art. 17. Os advogados integrantes da mesma sociedade profissional, ou reunidos em caráter permanente para cooperação recíproca, não podem representar em juízo clientes com interesses opostos.

Art. 18. Sobrevindo conflitos de interesse entre seus constituintes, e não estando acordes os interessados, com a devida prudência e discernimento, optará o advogado por um dos mandatos, renunciando aos demais, resguardado o sigilo profissional.

Como se vê, a base normativa sobre o assunto é restrita e, por conseguinte, os limites de atuação dependem, em grande parte, do senso profissional do advogado na análise do caso concreto. A esse despeito, a jurisprudência dos Tribunais de Ética e Disciplina (TED) das seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) estabeleceram algumas diretrizes para a solução de conflitos.

Primeiro, a jurisprudência é unânime no sentido de que o advogado não é totalmente livre para aceitar qualquer demanda que lhe é apresentada e que, por imperativos do Código de Ética e Disciplina da OAB, deve proceder com lealdade e boa-fé no trato com seus clientes. Nesse sentido:

PATROCÍNIO SIMULTÂNEO DE CAUSA CONTRA A EMPRESA E EM FAVOR DE UM DOS SÓCIOS DESTA – POTENCIAL CONFLITO DE INTERESSES. O advogado deve evitar o patrocínio simultâneo de causas contra a empresa e em favor de um dos sócios desta, em razão do potencial conflito de interesses. Os princípios instituídos no Código de Ética levam à conclusão de que o causídico não é totalmente livre para aceitar as causas que lhe são encaminhadas, devendo abster-se de ingressar em situações de potencial conflito. Trata-se de regra surgida com o nascimento da profissão de advogado, remontando ao tempo em que os Tribunais eram integrados por sacerdotes que cumpre ser observada e aprimorada. Advogar contra a empresa equivale a militar contra o interesse dos sócios desta, um dos quais é cliente do advogado, surgindo daí o conflito, pelo menos em tese. Deve o advogado renunciar a um dos mandatos. Aplicação dos princípios estatuídos no Código de Ética e Disciplina e no Estatuto do Advogado e inteligência dos artigos 19 e 20 do Estatuto da Ética. (OAB/SP,





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Proc. E-1.579/97, julgado em 16/10/97, Rel. Dr. ANTÔNIO LOPES MUNIZ, Rev. Dr. DANIEL SCHWENCK, Presidente Dr. ROBISON BARONI).

Segundo, sobrevindo conflito de interesses entre clientes já constituídos, deve o advogado renunciar a um dos mandatos e preservar sempre o sigilo profissional:

PATROCÍNIO - CLIENTES COM INTERESSES CONVERGENTES - INEXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRECONSTITUINTE. *O advogado pode representar mais de um cliente no mesmo polo do feito, desde que não haja conflito de interesses entre os constituintes. Surgindo controvérsias, o profissional deverá renunciar a um dos mandatos, preservando o sigilo profissional. Vale ressaltar que interesses concorrentes não necessariamente importam interesses conflitantes. Assim, ter clientes concorrentes no mesmo ramo de atividade, como dois bancos ou duas indústrias, pode ser aceito pela sociedade de advogados. Nesses casos, cabe ao advogado distinguir conflitos de interesse em juízo do conflito de interesses políticos. Havendo obrigação de renúncia, deverá ser rescindido eventual contrato de prestação de serviços com a outorgante do mandato renunciado, evitando-se o patrocínio de clientes com interesses opostos. Situações processuais devem ser resolvidas no próprio campo do processo. (OAB/SP, Proc. E-2.237/00, julgado em 19/10/00, Rel. Dr. RICARDO GARRIDO JÚNIOR, Rev. Dr. JOSÉ ROBERTO BOTTINO, Presidente Dr. ROBISON BARONI).*

Terceiro, ao se deparar com demanda de novo cliente potencialmente causadora de conflito de interesses em relação a cliente já constituído, deve o advogado comunicar seu cliente e solicitar aceitação:

EXERCÍCIO PROFISSIONAL – POSSÍVEIS IMPEDIMENTOS OU CONFLITOS DE INTERESSES ENTRE CLIENTES OU ENTRE ADVOGADO E CLIENTE – REGRAMENTO ÉTICO. *O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia (artigo 31 do EOAB). A advocacia não é uma profissão de adivinhos ou futurólogos, mas existem circunstâncias onde se deve prever acontecimentos futuros que possam por em risco a atuação ou o respeito que o advogado deve inspirar ao cliente e à sociedade em geral. Deve o advogado prever logo na contratação possíveis impedimentos ou possíveis conflitos de interesses que possam advir no curso da causa. Possíveis impedimentos ou possíveis conflitos de interesses devem ser previamente comunicados e discutidos com o cliente e podem constituir óbice ético para a aceitação da causa.*





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



(OAB/SP, Proc. E-3.692/2008, julgado em 19/11/2008, Rel. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI, Rev.ª Dr.ª BEATRIZ MESQUITA DE ARRUDA CAMARGO KESTENER, Presidente Dr. CARLOS ROBERTO F. MATEUCCI).

Na prática, consulta-se os clientes já constituídos e potencialmente interessados no assunto e registra-se formalmente a aceitação ou o impedimento manifestado. Essa é a postura adotada pela maioria dos escritórios de advocacia, em especial pelos escritórios *full service*, ou seja, aqueles especializados em diversas áreas do Direito e que são capazes de solucionar todos os problemas de seus clientes, desobrigando-os de procurar assessoria jurídica em diferentes escritórios para tratar de cada questão, na medida em que, pelo seu perfil, não raro advogam contra e a favor de um mesmo cliente em matérias que não importam conflitos.

Tal foi o entendimento reproduzido no julgamento do Processo nº E-4.142/2012, pelo TED da OAB/SP, no dia 16 de agosto de 2012, o qual foi assim ementado:

PATROCÍNIO - CLIENTES DISTINTOS COM INTERESSES CONCORRENTES MAS NÃO COLIDENTES - POSSIBILIDADE TANTO NA ADVOCACIA CONSULTIVA COMO NA CONTENCIOSA - BASILAMENTO ÉTICO A SER OBSERVADO. É possível atender clientes distintos com interesses concorrentes, desde que adotadas redobradas cautelas, como, exemplificando, a ciência e aquiescência dos mesmos quanto ao patrocínio concorrente, o absoluto resguardo do segredo profissional e demais informações que saiba em função de seu labor, e, caso o advogado sinta, ainda que minimamente, estar sua liberdade e independência de atuação afetada, deverá optar por um dos clientes ou renunciar a ambos patrocínios. Mesmo inexistindo fórmula exata e perfeita inserida em nossa legislação, deve o advogado ser não apenas o "juiz de sua própria causa" mas um rigoroso juiz da mesma, pois se assim agir enobrecerá não apenas a si próprio mas toda uma classe. Exegese do artigo 17, 18, 19 e 20 do Código de Ética e Disciplina e precedentes deste Sodalício processos n.ºs. E-2.237/00, E- 3.692/2008, entre outros. (OAB/SP, Proc. E-4.142/2012, julgado em 16/08/2012, Rel. Dr. FABIO KALIL VILELA LEITE, Rev. Dra. MARCIA DUTRA LOPES MATRONE, Presidente em exercício Dr. CLÁUDIO FELIPPE ZALAF).

Outros exemplos interessantes a respeito do conflito de interesses no exercício da advocacia são:

a) impossibilidade de patrocínio de interesses conflitantes de clientes, ainda que em ações com objetos distintos:



RELAÇÃO CLIENTE/ADVOGADO – CONFLITO DE INTERESSES – IDENTIDADE DE CLIENTE – AÇÕES COM OBJETOS DISTINTOS – PATROCÍNIO INFIEL OU TERGIVERSAÇÃO. Ainda que os objetos sejam distintos um do outro, o advogado não pode patrocinar interesses conflitantes de seus clientes, devendo optar por um dos mandatos (art. 18 do CED). A apuração ou opinião sobre o crime de patrocínio simultâneo, em princípio inexistente, não é de competência do TED-I, cabendo ao próprio consulente, advogado que é, pesquisar a doutrina e a jurisprudência pertinentes. (OAB/SP, Proc. E-2.608/02, julgado em 18/07/02, Rel. Dr. BENEDITO ÉDISON TRAMA, Rev.ª Dr.ª MARLA DO CARMO WHITAKER, Presidente Dr. ROBISON BARONI).

b) possibilidade de representar cliente em desfavor de grupo econômico, ainda que preste serviços de assistência jurídica a empresa integrante do referido grupo:

PATROCÍNIO - GRUPO DE SOCIEDADES - INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DE CADA MEMBRO - CONFLITO DE INTERESSES - INDEPENDÊNCIA CRÍTICA DO ADVOGADO. Advogado não-vinculado, em advocacia de partido, para prestar assistência jurídica a grupo econômico – mesmo encarado como conjunto de empresas transnacionais de denominações assemelhadas –, mas que, apenas, é contratado para demandar por empresa brasileira, controlada por capitais e pessoas jurídicas europeias, não está eticamente inibido de patrocinar demanda por e para outros clientes contra sociedade americana que remotamente se insinue um membro do grupo. A conclusão defluiu, ademais das regras do Grupo de Sociedades, da autonomia, do patrimônio próprio e da personalidade jurídica distintas, preservadas a cada empresa-membro. Um conflito de interesses, inviabilizador desse possível patrocínio, se colocaria, apenas, nos confrontos ou demandas de empresas do grupo, entre si. Advogado, porém, de uma só - não do grupo - é falaciosa a hipótese de vê-lo demandando por duas empresas do grupo, em polos antagônicos, na mesma lide. Por imperativo profissional, não poderá o advogado fazer uso de informação privilegiada que tenha tido no exercício ou por causa do exercício da profissão. O advogado há de manter também - guiado pela consciência - sua independência e liberdade, sua autonomia profissional, e da sua conduta é “o primeiro julgador” como abre a Carta de Brasília. (OAB/SP, Proc. E-2.562/02, julgado em 23/05/02, Rel. Dr. ERNESTO LOPES RAMOS, Rev. Dr. JOSÉ ROBERTO BOTTINO, Presidente Dr. ROBISON BARONI).





c) possibilidade de pai e filho advogarem para partes adversas, desde que com anuência dos clientes:

PATROCÍNIO - PAI E FILHO ADVOGADOS" EX ADVERSO "- POSSIBILIDADE COM RESTRIÇÕES. Pai e filho não integrantes do mesmo escritório, nem sócios de fato ou de direito no mister da advocacia, não estão, em tese, impedidos de procurar interesses de entidades sindicais contrapostas (de empregados e empregadores, respectivamente), desde que atendidos, cumulativamente, os seguintes requisitos mínimos: 1) os clientes, advertidos do fato por escrito, não se oponham, em nenhum momento; 2) pai e filho não patrocinem interesses conflitantes no mesmo processo; 3) seja fielmente cumprido o dever de sigilo profissional. Em face da situação especial em que se inscreve e, em homenagem ao primado da independência profissional, caberá ao consulente como juiz de si próprio, avaliar a conveniência de prosseguir ou não com o patrocínio a que se refere. (Aplicação do art. 2º, parágrafo único, I e II, art 4º e 25 do CED). (OAB/SP, Proc. E – 1.216, julgado em 18 de maio de 1995, Rel. Dr. BRUNO SAMMARCO, Rev. Dr. ANTÔNIO LOPES MUNIZ, Presidente Dr. ROBISON BARONI).

d) impossibilidade do exercício da advocacia para associado de entidade sem fins lucrativos fora do escopo estatutário, o qual implique conflitos de interesse com a entidade:

INFRAÇÃO ÉTICA – CONFLITO DE INTERESSES – RENÚNCIA – DEVER DE OMISSÃO DOS MOTIVOS – CONTINUIDADE DA RESPONSABILIDADE DURANTE O PRAZO FIXADO EM LEI. O exercício da advocacia para as associações sem fins lucrativos, quando permitido, deve corresponder única e exclusivamente à defesa dos interesses da associação e de seus associados nos estritos fins de seu escopo estatutário, sob pena de rútila infração ético-disciplinar, consubstanciada na clara e cristalina captação de clientela através de interposta pessoa jurídica (art. 34, incs. III e IV do EAOAB). Havendo conflito de interesses entre os constituintes o advogado deverá, com a devida prudência e discernimento, optar por um dos mandatos, resguardando o sigilo profissional (art. 18 do CED). A renúncia ao patrocínio implica omissão do motivo e a continuidade da responsabilidade profissional do advogado durante o prazo estabelecido em lei (art. 13 do CED). Aplicação do art. 48 do CED. (OAB/SP, Proc. E-3.606/2008, julgado em 15/05/2008, Rel. Dr. FABIO GUEDES GARCIA DA SILVEIRA, Rev. Dr. CARLOS JOSÉ SANTOS DA SILVA, Presidente em exercício Dr. BENEDITO ÉDISON TRAMA).



Handwritten signature or mark.



Por fim, destaca-se que as situações limítrofes, que ensejam insegurança no causídico, podem ser dirimidas por meio da formalização de consultas aos TED da seccional respectiva da OAB, a quem cabe a orientação de advogados a respeito da conduta ética no exercício da profissão.

Neste contexto, se o Impugnante se desse ao trabalho de ler as cláusulas, entenderia que, o que diz a cláusula atacada, é que as Sociedades de Advogados que desejarem participar desta Tomada de Preços deverão protocolar os envelopes de Documentação, Proposta Técnica e Proposta de Preços no Setor de Licitação, entretanto, não serão recebidos os envelopes supracitados, ou seja, os envelopes de Documentação, Proposta Técnica e Proposta de Preços, visto que não poderão participar da Tomada de Preços em apreço, motivo pelo qual, a lei determina que a Tomada de Preços é modalidade aberta a licitantes "que atenderem a todas as condições exigidas (para o cadastramento) até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas", então nesse passo está corolariamente obrigando a Administração a que, em algum interessado lhe fornecendo sua documentação antes daquele terceiro dia anterior ao pleito, manifeste-se no sentido de dar-lhe, até o terceiro dia anterior ao certame, o atestado de que atende as condições para cadastrar-se, bem como a habilitação Prévia deve ser realizada também até o terceiro dia anterior ao certame, o que o habilita a participar do certame, ou, então, a informação oficial de que não atende, hipótese que o alijará da Tomada de Preços.

É salutar, informar que esse é um dos motivos da Administração Pública buscar a contratação de sociedade de advogados, sendo estes os únicos a prestar os serviços de forma satisfatória.

É sempre válido destacar que a fase de habilitação do processo licitatório destina-se à verificação da capacidade e da idoneidade do licitante em executar o objeto da contratação frente à documentação exigida no instrumento convocatório, a qual, em função do princípio da legalidade, deve limitar-se à prevista na Lei 8.666/93, salvo exigências de qualificação técnica previstas em lei especial. Ademais, as exigências a título de habilitação consignadas nos instrumentos convocatórios devem se limitar apenas às estritamente necessárias a garantir a adequada execução do objeto, ante regramposta pela Constituição Federal:

"Art. 37 (...) 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". Isso esclarecido, transcreve-se o que dispõe a Lei n°. 8.666/93 sobre as exigências de qualificação técnica:
"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



se-á a: I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
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; III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do 'caput' deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) § 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994); § 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. § 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado. § 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 cantinas, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia. § 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) I - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994) § 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos. § 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais. § 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.”(grifou-se).

Conforme se observa, nos termos da Lei nº 8.666/93, a avaliação da capacidade técnica dos licitantes (a aptidão para executar objeto similar ao licitado) pode ser dar sob duas perspectivas distintas: i) a da capacidade técnico-operacional (art. 30, inc. II); e, ii) a da capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inc. I). Oportunos os ensinamentos de Jessé Torres Pereira Júnior:

“A qualificação técnica da pessoa jurídica resulta do seu conjunto de recursos organizacionais e humanos. Tanto que o inciso II do art. 30 cuida, em sua primeira parte, de elementos organizacionais, deixando para a segunda parte a referência ao pessoal técnico. Este, sem estrutura empresarial apta a produzir os insumos e apoios, na medida e no tempo certos, não logra execução adequada. Por conseguinte, o edital pode e deve estabelecer as exigências, por meio de atestados, que sejam suficientes para que a Comissão Julgadora verifique se cada licitante dispõe daquele conjunto de recursos, sob pena de inabilitação. As restrições lançadas na parte final do inciso I do § 1º referem-se à experiência passada dos profissionais, pessoas físicas, e, não, da empresa, pessoa jurídica”.

A comprovação da qualificação técnico-operacional consiste na demonstração de aptidão, pela empresa proponente, para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação. E a capacidade técnico-profissional tem por finalidade



iracema.org.br



licitacao@iracema2017@gmail.com



@prefeituradeiracema



Prefeitura de Iracema - CE

RUA DELTA HOLANDA, 19 - CENTRO - IRACEMA/CE - FONE: (88) 3428 1462

CNPJ: 07.891.658/0001-80



9



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



comprovar se as empresas participantes do certame dispõem, para a execução do contrato, de profissional reconhecido pela entidade de classe competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de objeto similar ao licitado, limitado às parcelas de maior relevância e valor significativo expressamente previstas no instrumento convocatório. De acordo com Marçal Justen Filho:

“A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública. (...) Por outro lado, utiliza-se a expressão ‘qualificação técnica profissional’ para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração. A questão da qualificação técnica profissional somente pode ser compreendida em face de obras e serviços de engenharia. É que a legislação que regula a profissão subordina a realização de qualquer obra ou serviço de engenharia a um controle específico em face dos órgãos de classe (CREA). Esse controle envolve a participação e a responsabilidade técnica de um profissional (pessoa física) regularmente inscrito em face do CREA. Veja-se que o profissional que é indicado como ‘responsável técnico’ não é, na quase totalidade dos casos, parte da relação jurídica contratual. Obra ou serviço de engenharia é contratada com uma certa pessoa jurídica. A responsabilidade técnica é de uma pessoa física - que pode ser sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia. Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública)” (grifou-se).

Com efeito, a Lei nº. 8.666/93, em seu art. 30, §1º, inciso I, numa interpretação literal, induz à conclusão de que o responsável técnico deve possuir vínculo empregatício com a empresa, já que a norma prescreve a necessidade de que tal profissional integre o “quadro permanente” da licitante. Não obstante, a exigência de comprovação de vínculo entre o responsável técnico indicado e a empresa licitante deve ser vista com cautela, pois, em que pese a literalidade do inciso I, do §1º do art. 30 da Lei de Licitações⁴, não é preciso que os licitantes comprovem possuir em seus quadros permanentes tal profissional, bastando a demonstração, na data prevista para a apresentação das propostas, de que dispõem desse para a execução do objeto, seja ele empregado, sócio ou contratado.





A jurisprudência do TCU é pacífica nesse sentido:

“Configura restrição ao caráter competitivo da licitação a exigência, para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), da demonstração de vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho, do profissional com a empresa licitante, sendo suficiente a comprovação da disponibilidade do profissional mediante contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil. Em processo relativo a Auditoria realizada em contrato de repasse celebrado com vistas à implementação de obras de infraestrutura em vilas e bairros do município de Sete Lagoas/MG, no âmbito de Fiscalização de Orientação Centralizada, realizaram-se audiências em razão de variados achados de auditoria, dentre os quais restrição à competitividade de licitação. Uma das exigências consideradas restritivas consistiu na obrigatoriedade de comprovação, por meio de carteira de trabalho, de vínculo empregatício entre a empresa licitante e os profissionais considerados para a qualificação técnica. Ao apreciar o mérito, observou o relator tratar-se, efetivamente, “de cláusula com caráter restritivo ao certame, segundo consolidada jurisprudência deste Tribunal (v.g., Acórdãos ns. 2.297/2005; 597/2007; 2.553/2007; 141/2008; 381/2009 e 1.041/2010, todos do Plenário)”. Nesse ponto, a título de fundamentação, o relator transcreveu excerto do voto condutor do Acórdão 2.297/2005 Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, no qual se observou que “o artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 utiliza a expressão ‘qualificação técnico-profissional’ para indicar a existência, nos quadros permanentes de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico conste a responsabilidade pela execução de obras ou serviços similares àqueles aspirados pelo órgão ou entidade da Administração”, destacando-se a ausência de definição na lei do que seria “quadro permanente”.

Ponderou o relator da citada deliberação que o conceito de quadro permanente “reclama certa ampliação nas hipóteses em que a autonomia no exercício da profissão descaracteriza o vínculo empregatício sem afastar a qualificação do sujeito como integrante do quadro permanente, como é o caso dos profissionais da área de engenharia”, e prosseguiu:

“A exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício, por meio de carteira de trabalho assinada, com o profissional técnico qualificado mostra-se, ao meu ver, excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame,



uma vez que o essencial, para a Administração, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. Em outros termos, o sujeito não integrará o quadro permanente quando não estiver disponível para prestar seus serviços de modo permanente durante a execução do objeto do licitado”, assim, “se o profissional assume os deveres de desempenhar suas atividades de modo a assegurar a execução satisfatória do objeto licitado, o correto é entender que os requisitos de qualificação profissional foram atendidos. Não se pode conceber que as empresas licitantes sejam obrigadas a manter profissionais de alta qualificação, sob vínculo empregatício, apenas para participar da licitação, pois a interpretação ampliada e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configuraria como uma modalidade de distorção”. Nesse sentido, seria suficiente “a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum”. Em razão dessa e de outras irregularidades, o Tribunal rejeitou as razões de justificativas dos responsáveis e aplicou-lhes multa. Acórdão 872/2016 Plenário, Auditoria, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer”.

É ilegal a exigência, para participação em licitação, de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico com a empresa licitante. Também na Representação acerca da licitação conduzida pelo Município de Brasilândia D'Oeste/RO, fora apontada exigência de vínculo empregatício, na data de entrega da proposta, de engenheiro civil, ambiental e sanitário com as licitantes. Realizado o contraditório, a relatora destacou que ‘a jurisprudência do Tribunal também é pacífica no sentido de ser ilegal a exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico com a empresa licitante, pois impõe um ônus desnecessário aos concorrentes, na medida em que são obrigados a contratar, ou a manter em seu quadro, profissionais apenas para participar da licitação (acórdãos 103/2009 e 1.808/2011, do Plenário, entre outros)’.

Pontuou a relatora que o objetivo da Administração é garantir que os profissionais indicados possam, de fato, desempenhar suas funções para garantir a execução do objeto licitado:

‘O vínculo do profissional qualificado não precisa, portanto, ser necessariamente trabalhista ou societário. É suficiente a existência de um contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum’. Nesse passo, ausentes as justificativas que embasassem a exigência editalícia, o Plenário acatou a proposta da relatora para que a Representação fosse considerada procedente, rejeitando-se as razões apresentadas pelos responsáveis e imputando-lhes multas individuais.’⁵ (grifou-se) “Requisitos de habilitação indevidos: 2 -





Necessidade de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a licitante. Outra possível irregularidade apontada no edital da Concorrência n.º 002/2009, destinada à contratação das obras do Centro de Convenções de Umuarama/PR, envolvendo recursos federais transferidos pelo Ministério do Turismo, foi a 'exigência de comprovação de vínculo empregatício entre o responsável técnico, elencado no subitem 3.3.7, e a proponente, mediante registro em carteira de trabalho e ficha de registro da empresa, decorrente do descumprimento do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, e de reiteradas decisões deste Tribunal'. Em seu voto, o relator ressaltou que a exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a proponente, na fase de habilitação, é, de fato, irregular. Além de extrapolar as exigências de qualificação técnico-profissional, ela poderia prejudicar o caráter competitivo da licitação. No entanto, o relator concordou com a unidade técnica que, no caso concreto, a aludida impropriedade não teve o condão de afetar a competitividade do certame. Dessa forma, a fim de evitar a sua repetição em futuras licitações com recursos federais e de cumprir a função pedagógica do Tribunal, o Plenário, nos termos do voto do relator, decidiu expedir alerta à Prefeitura Municipal de Umuarama/PR. Precedentes citados: Acórdãos n.s 2.170/2008, 800/2008, 141/2008 e 1.100/2007, todos do Plenário." (grifou-se) "Concorrência para execução de obra: 1 - Exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a empresa licitante, para fim de qualificação técnico-profissional. É desnecessário, para fim de comprovação da capacitação técnico-profissional, prevista no art. 30, §1º, I, da Lei nº. 8.666/93, que o profissional mantenha vínculo empregatício, por meio de contrato de trabalho, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviço regido pela legislação civil comum. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação acerca de possíveis irregularidades existentes nos editais das Concorrências n.s 016/2009, 022/2009 e 026/2009, promovidas pela Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social em Belém/PA, para a construção de agências de atendimento da Previdência Social. A representante contrapõe-se à exigência constante do item 2.3, alíneas 'c', 'e' e 'f', dos respectivos editais, que obriga a licitante a fazer prova de que o responsável técnico (engenheiro) integra o seu quadro permanente, mediante vínculo empregatício ou mesmo societário, não aceitando que ele seja profissional autônomo, contratado pela licitante para a prestação de serviço, em desacordo com a jurisprudência do TCU. A unidade técnica, em face das circunstâncias do caso concreto, manifestou-se pela procedência parcial da representação, propondo, ainda, a expedição de determinação corretiva à entidade, para futuros





certames. Para o relator, 'as particularidades que encerram o caso concreto justificam o encaminhamento formulado pela unidade técnica, especialmente pelos seguintes pontos destacados na instrução: a) em que pese o entendimento consolidado na jurisprudência do TCU, não houve determinação diretamente direcionada à Gerência Executiva do INSS no Pará, no sentido de exigir que a autarquia abstenha-se de limitar que a comprovação de qualificação técnico-profissional se dê exclusivamente pelos meios constantes dos editais em exame (Concorrências nº 016, 022 e 026/2009); b) a possibilidade de comprovação de vínculo entre o profissional e a empresa, para efeito de qualificação técnico-profissional, via contrato de prestação de serviço, ainda não é uma prática totalmente pacificada no âmbito administrativo - não obstante estar em constante evolução -, de igual sorte na esfera doutrinária; c) a exigência editalícia não ocorreu por critérios subjetivos, mas, pelo contrário, por exigência objetiva calcada em interpretação restritiva da norma, em observância aos princípios constitucionais, não podendo, assim, ser considerada manifesta ilegalidade.' Ao final, o relator registrou que, 'inobstante a restrição causada à empresa representante, não há elementos nos autos que comprovem que a exigência inquinada resultou em prejuízo à competitividade dos certames ou à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Ao contrário, os documentos constantes dos autos, pelo menos no que toca à Concorrência n.º 022/2009, demonstram que 4 (quatro) empresas participaram efetivamente da licitação, e que o preço da proposta vencedora resultou em uma diferença, a menor, de 19% em relação ao valor global estimado no edital.' O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1.908/2008, 2.382/2008 e 103/2009, todos do Plenário". (grifou-se)

Portanto, para fins de qualificação técnica-profissional basta que as licitantes comprovem que dispõem, na data de apresentação das propostas, de responsável técnico devidamente habilitado, podendo o vínculo entre eles (empresa e profissional) ser de cunho trabalhista, societário ou mediante contrato de prestação de serviços. Em relação à qualificação operacional, para comprovar o atendimento das exigências mínimas de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico o licitante deverá apresentar, na fase de habilitação do certame, declaração formal de disponibilidade desses quando da execução do contrato. É o que se extrai da interpretação conjunta do inciso II e do § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93.

Sangrando-se vencedor da licitação, caberá ao particular, então, de fato comprovar a alegada disponibilidade da estrutura exigida, o que inclui a equipe técnica mínima estabelecida pela Administração e a efetiva comprovação de vínculo, que





também poderá ser mediante contrato de prestação de serviços. Nessa linha, tem-se que é viável que a Administração defina no instrumento convocatório a composição mínima da equipe técnica que julgar necessária para a satisfatória execução do objeto, bem como o perfil dos profissionais que a integram (desde que pautada em justificativa adequada e suficiente), sendo que na fase de habilitação o licitante apenas precisará apresentar uma declaração de disponibilidade dessa equipe, sem ser necessária relação nominal dos integrantes ou qualquer outra espécie de comprovação, a qual será exigida após a adjudicação, como condição contratual, que se descumprida sujeitará o particular às sanções cabíveis em face de sua inadimplência. Assim leciona Rolf Dieter Oskar Friedrich Bräunert, em sua obra voltada a licitações de obras e serviços de engenharia:

“Pode ser fixado como requisito, no instrumento convocatório, que o Proponente deverá comprovar a existência de disponibilidade de máquinas e equipamentos, assim como de pessoal técnico apto à execução da obra ou serviço de engenharia. Neste caso, o Proponente deverá apresentar uma relação de máquinas, equipamentos e de pessoal técnico especializado, declarando formalmente e expressamente a sua disponibilidade. Deve ficar bem claro que esta declaração obriga o Proponente, se for contratado, a disponibilizar os bens e pessoal no canteiro de obras ou no local onde será executada a obra ou serviço. Não é permitida a exigência de que os bens arrolados sejam de propriedade do Proponente. É indispensável considerar que é absolutamente vedado impor ao Proponente a localização prévia das máquinas e equipamentos ou de outros bens necessários para a execução da obra ou serviço de engenharia, conforme art. 30, § 6º, da Lei n. 8.666/93”8. (grifou-se)

Complementarmente, transcrevem-se as lições de Jessé Torres Pereira Júnior, que defende:

“Se o ato convocatório houver de formular exigência respeitante a instalações, equipamento e pessoal especializado ainda na fase de habilitação preliminar, o habilitante está autorizado a satisfazê-la por meio de declaração formal de que dispõe dos itens exigidos, em condições de atender ao objeto da licitação; instruirá a declaração com rol que os discrimine. Esta a diretriz que o parágrafo traça para os licitantes. Ao mesmo tempo, remete comando restritivo para a Administração: o de que não poderá formular a exigência de modo a individualizar bens que já devam ser de propriedade do habilitante, nem situados em determinado local. A vedação é importante para impedir exigência que direcione a habilitação ao indicar bens certos e determinados, de que somente disporão uma ou algumas das empresas aptas à disputa. Por conseguinte, cabível é a exigência, como requisito de habilitação, quanto a instalações,



[Handwritten mark]



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



equipamentos e pessoal reputados essenciais para a execução do objeto, porém terá de ser deduzida no edital em termos genéricos e despersonalizados. Assim, por exemplo, se a exigência for de pessoal especializado, terá de indicar a natureza e o grau da especialização, sem mencionar nomes de profissionais ou de escolas que os tenham formado. Se for de equipamentos, terá de refletir funções ou capacidade, sem exigir número de funções e quantidade de potência superiores ao que bastar à realização do objeto". (grifou-se)

E o posicionamento do TCU corrobora:

[RELATÓRIO] ANÁLISE DAS OITIVAS. Por sua vez, a exigência contida no Anexo VII do edital em que a licitante deveria juntar o nome dos responsáveis técnicos (peça 3, p. 155), também pode ser considerada cláusula abusiva e desnecessária. Compulsando o Anexo VII do Edital (peça 3, p. 155), verifica-se que a exigência contida no item dá o indicativo de que a equipe técnica deve ter no mínimo três componentes. Porém, não se percebe qualquer necessidade de haver a solicitação, eis que não relaciona qual a formação ou experiência exigida, desses componentes. Com exceção, por obviedade, do responsável técnico pela obra. É dizer, não há necessidade de solicitar a informação, uma vez que o edital não prevê que se analise a qualificação da equipe, por meio de critérios técnicos definidos para uma eventual reprovação da equipe. Ademais, mesmo que a licitante indicasse os nomes no Anexo, não haveria como cobrar desta, no momento da contratação, que a equipe permanecesse a mesma, por falta de previsão no edital e até por ser impossível prever acontecimentos futuros, tais como falecimentos, desvinculação da equipe da empresa, dentre outros fatores imprevisíveis. 48. Assim, a cláusula combatida pela representante apenas teve como finalidade excluir possíveis concorrentes que, como no caso da Makri Ltda. não lograram preencher corretamente a tabela do edital. **[ACÓRDÃO] 9.2** com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45, caput, da Lei n. 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias para que o Ipban/AL adote as providências necessárias para anular a Concorrência n. 003/2015, que teve por finalidade a contratação de empresa para Requalificação do Largo da Igreja Nosso Senhor do Bomfim – Taperaguá, dadas as irregularidades concernentes às exigências dos subitens 2.1.1 e 2.1.2 do Edital da Concorrência 003/2015 restritas à comprovação por meio do Sical, bem como ao seu Anexo VII, relativamente à equipe técnica de três componentes, sem justificativas, o que acarreta restrição à competitividade do certame, em afronta aos artigos 37, inc. XXI, da





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Constituição Federal, e 3º, § 1º, inciso I, 30 e 32 da Lei 8.666/1993, além da ampla jurisprudência do TCU, informando a este Tribunal, nesse mesmo prazo, as medidas adotadas".¹⁰ (grifou-se) "[VOTO] 3.4. a exigência contida no subitem 13.4.2 do Edital, da indicação nominal de profissionais de nível superior distintos para cada lote da licitação, bem como pertencentes ao quadro permanente da empresa proponente, com vínculo comprovado mediante cópia da Carteira Profissional de Trabalho ou por meio de contrato de prestação de serviços, celebrado de acordo com a legislação civil comum, como requisito indispensável para sua habilitação, impõe ônus antecipado às proponentes sem a correspondente garantia de que o participante venha a ser vencedor do certame, com prejuízo ao princípio da competitividade, afrontando o disposto no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, bem como a jurisprudência do TCU (v.g. Acórdãos nºs 481/2004; 1.094/2004; 26/2007; 126/2007, todos do Plenário; Acórdão nº 2.178/2006-1ª Câmara; Acórdão nº 2.561/2004-2ª Câmara); 3.5. o fator de permanência atenta contra o princípio da igualdade, previsto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, porquanto pode acarretar uma redução de até 12 (doze) pontos, ou seja, 12% (doze por cento) do total de pontos possíveis, na nota técnica das proponentes que não possuem em seus quadros permanentes, há mais de um ano, dois profissionais de nível superior disponíveis para cada lote que a empresa pretenda participar, sendo que, para se assegurar da qualidade e da eficiência da prestação dos serviços em questão, é suficiente que a Administração Pública defina de maneira clara, tanto no Edital como no contrato que vier a ser celebrado, o perfil desejado e o quantitativo mínimo de profissionais que entende necessário para sua execução". (grifou-se) "O TCU tem rechaçado a exigência prévia de profissionais de cunho técnico operacional no quadro permanente da empresa licitante. O TCU entende que exigências dessa natureza laibem o caráter competitivo do certame, de forma contrária ao princípio da igualdade. O argumento do MAPA de que é um desafio para Administração garantir a qualidade do objeto sem a configuração de restrição à competitividade já foi objeto de debate nesse Tribunal. O Ministro Ubiratan Aguiar, no TC 026.646/2006-6, faz orientações sobre como garantir a qualidade do objeto sem implicar em restrições à competitividade, conforme trecho transcrito a seguir: 'De outra parte, para que a contratante não fique a mercê de 'licitantes aventureiros' e tenha maior garantia da qualidade do pessoal da contratada, cabe a ela dispor, tanto no edital como no contrato que vier a ser celebrado, o perfil desejado e o quantitativo mínimo de pessoas que entende necessário para realização dos serviços, evitando, assim, eventual





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



favorecimento de determinadas empresas na fase de pontuação técnica, porém garantindo que o objeto contratado será executado por pessoas plenamente qualificadas.' Assim, o TCU adota posicionamento contrário à exigência de quadro de pessoal com técnicos certificados e qualificados em fase anterior a celebração do contrato. Esse entendimento visa a evitar que os licitantes incorram em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria celebração do contrato." 12 (grifou-se) "abstenha-se de exigir, nos editais de licitação, que os profissionais listados pelas participantes, para comprovação da capacidade técnico-operacional, tenham, no momento da habilitação, vínculo profissional de qualquer natureza jurídica com a respectiva licitante, uma vez que, de acordo com o inciso I do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, tal exigência é cabível para a comprovação da capacidade técnico-profissional, em relação aos profissionais de nível superior, ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentores de responsabilidade técnica." 13 "Abstenha-se de exigir que os profissionais listados pelos participantes, para comprovação da capacidade técnico-operacional, tenham, no momento da habilitação, vínculo profissional de qualquer natureza jurídica com o respectivo licitante (...)"

Dessa forma, ainda que a Administração possa, em face de justificativa técnica, definir a composição mínima da equipe técnica responsável pela execução do serviço, sendo válido exigir que as licitantes apresentem relação nominal dos membros que compõem essa equipe, nem que comprovem o vínculo profissional entre eles, bastando, na fase de habilitação, a apresentação de declaração formal do próprio licitante de que dispõe do pessoal técnico adequado para atender as condições do edital e executar regularmente o objeto, o que deverá ser efetivamente comprovado pela empresa vencedora da licitação.

Destarte, será a partir da assinatura do contrato e durante a execução dos serviços que a Administração deverá verificar, por intermédio de competente e esmerada fiscalização, se a empresa contratada cumpre com as obrigações contratuais assumidas (que se vinculam aos termos do edital e da proposta vencedora), o que inclui, então, a disponibilização do pessoal técnico exigido no edital para execução do objeto, sob pena de inadimplemento e aplicação das sanções cabíveis. A partir desse contexto, cumpre analisar exigência que comumente é encontrada nos editais, para fins de qualificação técnica: termo de compromisso firmado pelos integrantes da equipe técnica, atestando que estão disponíveis para a execução do objeto da licitação. Conforme destacado, na etapa de habilitação, a empresa não precisa comprovar o vínculo com os profissionais, mas apenas declarar tal disponibilidade.

A comprovação do vínculo em si, ou seja, a apresentação de contrato de trabalho, de prestação de serviços, etc., somente será exigida por ocasião da contratação.





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Assim, questiona-se: a exigência de termo de compromisso, já na etapa de habilitação, não seria uma forma de obrigar a empresa a já formalizar o vínculo com os profissionais? Tal questão encontra divergência no âmbito do TCU. Em julgado de 2014, a Corte de Contas entendeu que exigir termo de compromisso dos profissionais que integram a equipe técnica restringe a competitividade, porquanto é uma forma de já obrigar a empresa licitante a formalizar o vínculo com os profissionais, sem saber se será vencedora do certame:

“Restrição da competitividade do certame ante a exigência de comprovação de profissionais aptos a prestar os serviços licitados por meio da apresentação de termo de compromisso desses profissionais com a empresa licitante 10.1. Alegam os recorrentes que a exigência de apresentação de termo de compromisso firmado por profissionais aptos a prestarem os serviços licitados não impõe qualquer ônus às licitantes antes da contratação, pois não se exigiu o vínculo empregatício, prática vedada pela jurisprudência desta Corte, e está de acordo com práticas usuais no mercado. Análise 10.2. Tais argumentos também já foram analisados e considerados insuficientes para afastar a irregularidade em exame quando da instrução que deu origem à medida cautelar de suspensão do curso da licitação (peça 28), tendo o Relator a quo assim se manifestado na proposta de deliberação que negou provimento ao agravo (peça 44): ‘43. Em que pese não exigir formalmente o vínculo empregatício ou contratual, como alegado pelos recorrentes, tal exigência impõe, efetivamente, ônus ao licitante, uma vez que precisará não apenas indicar o profissional, como também obter dele compromisso de composição da equipe técnica que fará os trabalhos objeto do contrato, situação que, na prática, impõe à licitante o estabelecimento de vínculo com o profissional indicado.’ 10.3. A exigência impõe ônus antecipado sem a correspondente garantia de que o participante venha a ser o vencedor do certame, o que pode afastar inúmeros interessados. 10.4. Ademais, para que os recorrentes não fiquem a mercê de maus licitantes e tenham maior garantia acerca do pessoal da contratada, cabe a eles disporem, no edital e, sobretudo, no contrato que vier a ser celebrado, sobre as condições dos profissionais necessários à realização dos serviços, podendo, inclusive, estipular no contrato as penalidades específicas para o caso de descumprimento das condições requeridas no edital, como, por exemplo, multa crescente por dias de atraso em apresentar o rol dos profissionais necessários à realização dos serviços e, até, a possibilidade, nos casos mais extremos, de a contratada ser declarada inidônea para contratar com a Administração Pública Federal. Assim, a questão foi corretamente enfrentada pelo Tribunal na fase processual anterior.(...) 5. No tocante à frustração



iracema.gov.br



licitacao@iracema2017@gmail.com



@prefeituradefiracema



Prefeitura de Iracema - CE

RUA DELTA HOLANDA, 19 - CENTRO - IRACEMA/CE - FONE: (88) 3428 1462

CNPJ: 07.891.658/0001-80





do caráter competitivo do certame devido à adoção do peso 7 para a nota técnica e 3 para o preço, os recorrentes não inovam em relação aos argumentos apresentados na fase processual anterior, devidamente analisados e refutados pelo Tribunal. O mesmo ocorre com relação à exigência de apresentação de termo de compromisso de profissionais aptos a prestar os serviços licitados, considerada imprópria pelo Tribunal”.¹⁷ (grifou-se) Porém, em 2017, outro julgado defendeu tese totalmente diversa: “Quanto à inclusão dos quesitos de pontuação técnica relacionados à apresentação de certificados/diplomas de conclusão de cursos de pós-graduação dos profissionais que compõem a equipe técnica, não a vejo como contrária ao disposto na Súmula 272 do Tribunal ou ao princípio ali subjacente, no sentido de que não sejam feitas exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de, anteriormente à celebração do contrato, incorrer em custos que não sejam necessários, cabe registrar, conforme informado na própria representação (peça 1, p. 22), que, no anexo III do edital, informa-se que a comprovação da “vinculação dos profissionais ao Licitante” poderá ser feita por meio de termo de compromisso, o qual, segundo o anexo, “deverá ter caráter de compromisso futuro, ficando o(s) profissional(is) comprometido(s) com a execução do objeto licitado caso o Licitante seja sagre vencedor deste certame”. Assim, não está comprovado que os participantes desse certame tivessem que incorrer em custos desnecessários anteriormente à celebração do contrato, caso em que poderia ter ocorrido indesejável limitação à competitividade”. Acórdão 607/2017 – Plenário. (grifou-se)

Em face do exposto, é forçoso concluir que para fins de habilitação, exigindo-se a comprovação desta disponibilidade e do referido vínculo no momento da contratação. A qualificação técnica tem a finalidade de aferir a aptidão técnica do licitante conferindo segurança à Administração Pública de que o mesmo possui pleno conhecimento técnico para a execução do contrato, caso se sagre vencedor do certame.

Neste sentido, Joel de Menezes Niebuhr descreve que a “Administração Pública, ao avaliar a qualificação técnica dos licitantes, pretende aferir se eles dispõem dos conhecimentos, da experiência e do aparato operacional suficiente para satisfazer o contrato administrativo.” Dentre os documentos arrolados taxativamente pela Lei de Licitações para cobrar dos licitantes para fins de qualificação técnica, existem os atestados de capacidade técnica que estão estipulados no artigo 30, II e § 1º, I, da Lei n. 8.666/93.

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;

(...)

§ 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.

Cabe-nos comunicar ainda a Impugnante, que antes mesmo de impetrar uma impugnação por desconhecimento, que se abstenha, pois se não é sabido a modalidade Pregão é bem diferente da modalidade Tomada de Preços, claramente utilizada a confusão nessa impugnação e na cobrança da resposta, assim passamos a dizer que, a fim de ensinar, que a modalidade Pregão é para serviços comum o que não é o do presente caso, independente do entendimento único do Impugnante. Entretanto, por tratar-se de serviço complexo, que é aquele que não pode ser prestado por qualquer um, pois é inadmissível o Impugnante acreditar que assessorar a Comissão de Licitação e os processo licitatórios é serviço comum? Bem como é inadmissível quer alegar retrição por não querer para esse objeto a contratação de pessoa física? Como ainda não acreditamos que o Impugnante não saiba que por se tratar de servidor público efetivo ou não, jamais poderá contratar com o Poder Público, sendo tal ocorrência o cometimento de um crime, chamado de FRAUDE A LICITAÇÃO, NO QUAL GERA COMO CONSEQUENCIA AO SERVIDOR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Além de ser sabido que esses são os principais motivos que recai inumeros processos e prisões sobre os gestores e um profissional sem a expertise necessária e aptidão jamais prestara com o zelo necessário.

Assim, por tratar-se de um serviço complexo e porque não dizer problemático reconhecido pelo TCE, trazemos o conceito legal de Tomada de Preços informa que: "é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação". (Art. 22, § 2º, Lei 8.666/93).

Assim, poderão participar de licitações na modalidade Tomada de Preços, aqueles que já estiverem cadastrados ou, os não cadastrados, desde que atendam às





condições necessárias de cadastramento até três dias corridos antes da data marcada para o recebimento de todas as propostas.

Em consequência disso, depreende-se que essa modalidade possui uma fase de habilitação prévia dos licitantes não cadastrados.

Nesse sentido, a habilitação é anterior à abertura da licitação, valendo o prévio cadastramento ou o atendimento a todos os requisitos de cadastramento como habilitação do fornecedor.

Importante ressaltar que a Habilitação Prévia é diferente do cadastramento (CRC), pois este deverá ser o cadastro do interessado no próprio órgão licitante (sendo que a empresa passará a integrar o cadastro da unidade licitante), já na Habilitação Prévia a empresa pode simplesmente não pretender integrar o cadastro (mas apenas participar daquela tomada de preços), quando então ela só atenderá as condições de cadastramento para aquela licitação específica, dentro do prazo legal.

A Administração precisa fornecer-lhe aquele atestado, caso requerido, quando da apresentação dos documentos suficientes, em até, no máximo, três dias antes da abertura da licitação.

Vale dizer: se a lei determina que a Tomada de Preços é modalidade aberta a licitantes “que atenderem a todas as condições exigidas (para o cadastramento) até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas”, então nesse passo está corolariamente obrigando a Administração a que, em algum interessado lhe fornecendo sua documentação antes daquele terceiro dia anterior ao pleito, manifeste-se no sentido de dar-lhe, até o terceiro dia anterior ao certame, o atestado de que atende as condições para cadastrar-se, bem como a habilitação Prévia deve ser realizada também até o terceiro dia anterior ao certame, o que o habilita a participar, ou, então, a informação oficial de que não atende, hipótese que o alijará da tomada de preços.

Sendo salutar informar que, a Impetrante nem o CRC – cadastro de fornecedor realizou, pois apresentou documentação incompleta, não tendo como ser emitido, todavia, foi informado através de e-mail que esta entra-se em contato com o setor competente para o complemento da documentação ausente e/ou em discordância com o exigido para realização do CRC e esta (Impetrante), o ignorou.

Ao contrário do que relata sorrateiramente, de má-fé e levemente a Impetrante, existe a obrigatoriedade por Lei da realização do cadastro de fornecedor CRC e Habilitação Prévia na Tomada de Preços, que é o cadastro feito no próprio órgão, e deve estar regularizado dentro do prazo de 03 (três) dias anteriores à data da sessão.

Deverá constar dentro do envelope de Habilitação Prévia o CRC (Certificado de Registro Cadastral) e do envelope de Habilitação, o comprovante de cumprimento





dos requisitos das condições para cadastramento (Habilitação Prévia), pode ser por um atestado fornecido pelo órgão.

Tomada de preços segundo TCU

Nesse sentido, o TCU:

Cadastramento é exigido do licitante para participação em tomada de preços.

Habilitação é exigido do licitante interessado em contratar com a Administração Pública, qualquer que seja a modalidade de licitação.

Cadastramento não se confunde com habilitação. São procedimentos distintos.

Acórdão 649/2006 Segunda Câmara: A lei exige que na tomada de preços os interessados estejam devidamente cadastrados ou atendam a todas as condições para tanto até o terceiro dia anterior a data do recebimento das propostas (art. 22, § 2º, da Lei 8.666/93).

A habilitação, por seu turno, consiste na verificação da regularidade jurídica, fiscal, bem como da qualificação técnica e econômico-financeira.

Com relação aos cadastros administrativos, regulados nos artigos 34 a 37 da Lei 8.666/93 (registros cadastrais), Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “são registros dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que ali se inscreveram, mantidos por órgãos e entidades administrativas que frequentemente realizam licitações”.

Os registros cadastrais de uma unidade podem ser utilizados por outras unidades, caso estas assim quiserem.

A tomada de preços será utilizada:

- 1) para licitações de obras e serviços de engenharia, quando o valor estimado da contratação não for superior a R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais)
- 2) para demais compras e serviços, que não ultrapassem o valor de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais)
- 3) em licitações internacionais, observados os limites do art. 23 do Estatuto Federal das Licitações e desde que o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores.

O prazo mínimo entre a divulgação do aviso e a data marcada para entrega das propostas na tomada de preços, será de 15 (quinze) dias.



Quando se tratar de tomada de preços do tipo 'melhor técnica' ou 'técnica e preço', o prazo será de 30 (trinta) dias.

O §4º, do art. 23, da Lei 8.666/93, autoriza que a Tomada de Preços seja utilizada nos casos em que couber Convite.

Isso esclarecido, passamos a indagar o que dispõe a Lei nº. 8.666/93 sobre as exigências de qualificação técnica. É sempre válido destacar que a fase de habilitação prévia na Tomada de Preços destina-se à verificação da capacidade e da idoneidade do licitante em executar o objeto da contratação frente à documentação exigida no instrumento convocatório, a qual, em função do princípio da legalidade, deve limitar-se à prevista na Lei 8.666/93, salvo exigências de qualificação técnica previstas em lei especial. Ademais, as exigências a título de habilitação consignadas nos instrumentos convocatórios devem se limitar apenas às estritamente necessárias a garantir a adequada execução do objeto, ante regra imposta pela Constituição Federal.

A título de qualificação técnica, sabe-se que, em face da disposição contida no art. 37, XXI, da Constituição Federal, somente podem ser exigidas condições mínimas necessárias para garantir satisfatória execução do objeto. Ademais, em razão do princípio da legalidade, a Administração deve restringir suas exigências de habilitação aos documentos arrolados na Lei 8.666 e a requisitos previstos em lei especial, conforme o caso:

“Art. 37 (...) 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”

Portanto, ao delimitar o objeto a ser contratado, cabe à Administração prever as exigências técnicas mínimas necessárias a sua execução, sempre justificadamente, e fixá-las no ato convocatório da licitação, tendo em mente possibilitar a participação do maior número de interessados, a fim de privilegiar a maior competitividade do certame e viabilizar a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

Dessa feita, sendo necessário, em face das peculiaridades do objeto licitado, é válido que a Administração defina em edital a composição mínima da equipe técnica que julgar necessária para a satisfatória execução do objeto, bem como o perfil dos profissionais que a integram, desde que pautada em justificativa adequada e suficiente.



[Handwritten signature]



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Todavia, considerando que essa exigência insere no âmbito da qualificação técnica operacional da licitante, a comprovação de atendimento a este requisito de habilitação poderá ser feita mediante a apresentação de declaração formal de disponibilidade sem ser necessário relação nominal dos integrantes ou qualquer outra espécie de comprovação, a qual será exigida após a adjudicação, como condição contratual, que se descumprida sujeitará o particular às sanções cabíveis em face de sua inadimplência.

É o que se extrai da redação do art. 30, §6º, da Lei 8.666, que dispõe:

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

§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.”

Nessa linha leciona Rolf Dieter Oskar Friedrich Bräunert, em sua obra voltada a licitações de obras e serviços de engenharia:

“Pode ser fixado como requisito, no instrumento convocatório, que o Proponente deverá comprovar a existência de disponibilidade de máquinas e equipamentos, assim como de pessoal técnico apto à execução da obra ou serviço de engenharia. Neste caso, o Proponente deverá apresentar uma relação de máquinas, equipamentos e de pessoal técnico especializado, declarando formalmente e expressamente a sua disponibilidade. Deve ficar bem claro que esta declaração obriga o Proponente, se for contratado, a disponibilizar os bens e pessoal no canteiro de obras ou no local onde será executada a obra ou serviço. Não é permitida a exigência de que os bens arrolados sejam de propriedade do Proponente. É indispensável considerar que é absolutamente vedado impor ao Proponente a localização prévia das máquinas e equipamentos ou de outros bens necessários para a execução da obra ou serviço de engenharia, conforme art. 30, § 6º, da Lei n. 8.666/93”. (grifou-se)

Complementarmente, transcrevem-se as lições de Jessé Torres Pereira Júnior, que defende:

“Se o ato convocatório houver de formular exigência respeitante a instalações, equipamento e pessoal especializado ainda na fase de habilitação preliminar, o habilitante está autorizado a satisfazê-la



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



por meio de declaração formal de que dispõe dos itens exigidos, em condições de atender ao objeto da licitação; instruirá a declaração com rol que os discrimine. Está a diretriz que o parágrafo traça para os licitantes. Ao mesmo tempo, remete comando restritivo para a Administração: o de que não poderá formular a exigência de modo a individualizar bens que já devam ser de propriedade do habilitante, nem situados em determinado local. A vedação é importante para impedir exigência que direcione a habilitação ao indicar bens certos e determinados, de que somente disporão uma ou algumas das empresas aptas à disputa. Por conseguinte, cabível é a exigência, como requisito de habilitação, quanto a instalações, equipamentos e pessoal reputados essenciais para a execução do objeto, porém terá de ser deduzida no edital em termos genéricos e despersonalizados. Assim, por exemplo, se a exigência for de pessoal especializado, terá de indicar a natureza e o grau da especialização, sem mencionar nomes de profissionais ou de escolas que os tenham formado. Se for de equipamentos, terá de refletir funções ou capacidade, sem exigir número de funções e quantidade de potência superiores ao que bastar à realização do objeto". (grifou-se)

Ressalta-se apenas que o instrumento convocatório deve se limitar a indicar o quantitativo mínimo dos profissionais que indispensavelmente devem compor a equipe técnica, de modo a assegurar a qualidade do serviço, tendo em vista que cabe a cada licitante, a rigor, em vista de sua estrutura, etc., definir o número exato de pessoal necessário à execução da integralidade dos serviços pretendidos.

No Acórdão 199/2016, do Plenário do Tribunal de Contas da União, esta Corte de Contas apontou como irregularidade o fato de a Administração fazer constar em edital exigência impertinente e desnecessária, na medida em que não traçou, de forma justificada, o perfil dos profissionais imprescindíveis para a composição da equipe técnica e requerendo, mesmo assim, a apresentação da relação nominal desses integrantes.

Por essa razão, o Ministro-Relator, ao proferir seu voto, aduziu que:

“No mérito das alegações da empresa Makri Construções Ltda., vou dar início pelo contido no Anexo VII do edital, segundo o qual a licitante deveria juntar o nome dos responsáveis técnicos, preenchendo um formulário específico (peça 3, p. 155). Verifica-se que se estipulou a necessidade de equipe técnica de no mínimo três componentes, porém sem definição de qual a formação ou experiência exigida para cada um, exceto no tocante ao responsável técnico, não havendo, portanto, justificativas suficientes para tal exigência. Da consulta aos documentos relativos ao julgamento da





Concorrência (peça 1), observa-se que o não preenchimento correto do referido formulário por parte da Representante também constou como um dos fundamentos para a sua inabilitação no certame. Embora o Iphan/AL tenha manifestado entendimento acerca da inadequação do item em questão, o qual será retirado nos próximos certames (item 19 da instrução reproduzida no Relatório antecedente), ele deve ser considerado como impropriedade que macula a Concorrência ora em análise.” (grifou-se) E o Plenário do TCU decidiu: “[ACÓRDÃO] VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação formulada pela empresa Makri Construções Ltda., relativamente ao Edital da Concorrência 003/2015, aberta para a contratação de empresa para Requalificação do Largo da Igreja Nosso Senhor do Bomfim – Taperaguá, imóvel tombado em Marechal Deodoro/AL. conhecer da presente Representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do RI/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la procedente; com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45, caput, da Lei n. 8.443/1992, assinar prazo de 15 (quinze) dias para que o Iphan/AL adote as providências necessárias para anular a Concorrência n. 003/2015, que teve por finalidade a contratação de empresa para Requalificação do Largo da Igreja Nosso Senhor do Bomfim – Taperaguá, dadas as irregularidades concernentes às exigências dos subitens 2.1.1 e 2.1.2 do Edital da Concorrência 003/2015 restritas à comprovação por meio do SicaF, bem como ao seu Anexo VII, relativamente à equipe técnica de três componentes, sem justificativas, o que acarreta restrição à competitividade do certame, em afronta aos artigos 37, inc. XXI, da Constituição Federal, e 3º, § 1º, inciso I, 30 e 32 da Lei 8.666/1993, além da ampla jurisprudência do TCU, informando a este Tribunal, nesse mesmo prazo, as medidas adotadas; determinar à Secex/BA que monitore o cumprimento deste Acórdão, nos termos do art. 35, § 2º, da Resolução/TCU n. 259/2014; dar ciência deste Acórdão, assim como do Relatório e do Voto que o fundamentam, à representante e à empresa A4 Arquitetura e Construções Ltda.; arquivar estes autos.” (grifou-se)

Desarte, ainda que licito ao ente licitante definir em edital se o serviço poderá ser prestado por pessoa física ou jurídica, a composição mínima da equipe técnica necessária para executar o objeto contratual, isto deve ser realizado com cautela e razoabilidade, em face de justificativa técnica adequada. E para comprovação de atendimento a este requisito, a rigor, o licitante não é obrigado a apresentar relação nominal dos profissionais que compõem sua equipe, mas sim declaração formal de disposição desse pessoal técnico especializado, como foi o exigido no Edital.





Neste diapasão, é correto afirmar que é ilegal que se exija a comprovação de capacidade técnico-operacional da empresa licitante por meio de apresentação de atestados de comprovação de experiência anterior. Tal capacidade deve ser comprovada por outros documentos da empresa.

Cabe mais uma vez, uma breve explanação sobre a qualificação técnica para fins de habilitação em licitações. A qualificação técnica está disposta no art. 30 da Lei nº 8.666/93, que, em seu inciso II, dispõe que a referida se limitará a:

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.

Costuma-se dividir a qualificação técnica em duas modalidades. A primeira é a qualificação técnico-profissional, que diz respeito a comprovação pela licitante de que dispõe, para a execução da obra ou serviço, de profissional especializado e com experiência anterior comprovada em objetos de características assemelhadas ao do que está sendo licitado. Enquanto a segunda é a qualificação técnico-operacional, a qual se refere à capacidade da pessoa jurídica em desempenhar o objeto, demonstrando possuir aparelhagem, pessoal e demais elementos materiais para a execução da obra ou serviço.

Pois bem, ocorre que diversas Administrações Públicas exigem em suas licitações a comprovação tanto de capacidade técnico-profissional quanto técnico-operacional por meio de atestados de experiência anterior fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, nos moldes do § 1º, do art. 30, da Lei de Licitações. E fazem isso, como dito, embasados em doutrina e jurisprudência favorável. No entanto, defendemos que se trata de conduta ilícita, no que se refere aos atestados de capacidade técnico-operacional.

Para que seja melhor compreendida a questão, é válida a transcrição dos dispositivos:

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;

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

(Destacamos.)

Observe que o dispositivo, pela leitura combinada entre § 1º e inc. I, é bastante claro ao prescrever que a comprovação por atestados registrados em entidades profissionais se restringe à capacitação técnico-profissional. Inclusive, o inciso II que foi vetado, se referia justamente à capacidade técnico-operacional, mas foi retirado do texto legal.

Portanto, para fins de qualificação técnico-profissional basta que as licitantes comprovem que dispõem, na data de apresentação das propostas, de responsável técnico devidamente habilitado, podendo o vínculo entre eles (empresa e profissional) ser de cunho trabalhista, societário ou mediante contrato de prestação de serviços. Em relação à qualificação operacional, para comprovar o atendimento das exigências mínimas de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico o licitante deverá apresentar, na fase de habilitação do certame, declaração formal de disponibilidade desses quando da execução do contrato. É o que se extrai da interpretação conjunta do inciso II e do § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93.

A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.

Tal aptidão pode se referir a vários aspectos. O que importa é perceber que a habilidade das contratadas na gestão da mão de obra, nesses casos, é realmente muito mais relevante para a Administração do que a aptidão técnica para a execução dos





serviços, inclusive porque estes apresentam normalmente pouca complexidade. Ou seja, nesses contratos, dada a natureza dos serviços, interessa à Administração certificar-se de que a contratada é capaz de recrutar e manter pessoal capacitado e honrar os compromissos trabalhistas, previdenciários e fiscais.

Deveras, como o procedimento licitatório almeja a seleção da proposta mais vantajosa, incoerente seria oportunizar a concorrência entre licitantes incapazes, técnica ou financeiramente, de oferecer à Administração Pública o objeto do certame. Em outras palavras, seria proceduralizar um inexorável prejuízo ao erário.

Márcio Pestana confirma os argumentos iniciais aqui expostos, ressaltando, ainda, que a fase de habilitação trata-se de uma confirmação da qualificação e credenciamento dos interessados na licitação, não se referindo, portanto, a juízo de valor acerca da sua idoneidade. Busca-se, em suma, aferir se os licitantes-proponentes atendem aos requisitos formais para poder contratar com o Poder Público. Veja-se: Significa o atendimento, por parte do interessado, de todas as exigências formuladas pelo órgão ou entidade para que possa o interessado apresentar proposta num processo administrativo licitatório e vir a ser, subsequentemente, contratado, obrigando-se a conservar esta condição, até que sejam satisfeitas todas as obrigações assumidas no ajuste.

Não se trata de dizer que o interessado é idôneo, como afirmam alguns doutrinadores. Trata-se, em verdade, de declará-lo, juridicamente, qualificado e credenciado para participar da licitação, desfrutando, a partir de tal condição, de direitos pessoais que poderão ser utilizados em sua defesa, caso haja risco ou efetivo afrontamento tal situação jurídica. (grifou-se)

Por sua vez, Lúcia Valle Figueiredo, com reconhecida didática, preleciona que “habilitação é ato vinculado por meio do qual a Administração reconhece ter o interessado capacidade para licitar”. Por seu turno, com o fito de proporcionar ampla competitividade ao certame, a Constituição Federal, por meio do art. 37, inc. XXI, proibiu expressamente qualquer exigência habilitatória supérflua. Veja:

Art. 37 [...] 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. (Regulamento)

Intentando impedir que os procedimentos licitatórios públicos fossem contaminados com cláusulas desarrazoadas, capazes de deturpar as finalidades básicas de uma licitação, a Lei Federal nº. 8.666/93, diploma legal que regulamentou o





supracitado dispositivo constitucional, nos moldes preconizados pelo art. 27 permitiu, tão somente, exigências habilitatórias dos interessados nas licitações públicas, comprovadas documentalmente, e concernentes a:

- a) Habilitação jurídica;
- b) Qualificação técnica;
- c) Qualificação econômico-financeira;
- d) Regularidade fiscal e trabalhista;
- e) Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Detalhando o dispositivo em comento, o art. 30, da Lei 8.666/93, especifica os documentos comprobatórios da qualificação técnica, bem como corrobora seu caráter restritivo, vedando, de forma expressa por meio do § 5º, quaisquer outras exigências não contempladas pela lei stricto sensu. Confira:

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

[...]

§ 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. (grifou-se)

Assim sendo, fácil é deduzir que o magno princípio da legalidade, postulado sobretudo importante em um Estado Democrático de Direito, norteia todas as fases do procedimento licitatório, bem como impede que os agentes públicos responsáveis por um certame tomem atitudes sem fundamento na ordem jurídica vigente. Isso ocorre porque a Administração Pública não desfruta de vontade autônoma, id est, somente lhe é autorizado fazer o que a lei preconiza, e se prestarmos atenção a lei de licitações somente fala de contratação de pessoa jurídica, tanto que dispõe nos arts. 27 ao 31 ambos da lei 8.666/93, apenas documentação que somente poderia ser fornecido por pessoa jurídica. Em consonância com este ideário, pode-se afirmar com segurança que apenas a lei e a Constituição podem estabelecer aquilo que seja de interesse público para a habilitação dos licitantes.

Permissa vênua, não se revela prudente acompanhar o entendimento jurisprudencial dos Tribunais de Contas supracitados, consubstanciados nas referidas súmulas, tendo em vista que excede os limites fixados pelo art. 30, da Lei 8.666/93 e, por isso, desqualifica o dever/poder de veto do Chefe do Poder Executivo.

Convém anotar, ainda, que conquanto a demanda pela legalização do requisito extralegal intitulado "capacidade técnico-operacional" provenha da necessidade de se trazer maior segurança quanto ao cumprimento de encargos complexos, evitando que licitantes com competência duvidosa venham a figurar como contratado, em verdade,



há outras formas, expressas na Lei 8.666/93, de acautelar os objetos licitados pela Administração Pública, mesmo nos certames que carreguem consigo características especiais.

Outro importante instrumento que visa aumentar o nível de certeza em torno do resultado pretendido encontra-se prescrito no § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93, in verbis:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [...] §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. (grifou-se)

No dizer expressivo do preclaro Renato Geraldo Mendes, em decorrência do “planejamento da contratação, caberá à Administração relacionar as máquinas e os equipamentos necessários, e o licitante, por sua vez, deverá declarar que dispõe de todos os equipamentos indispensáveis à execução dos projetos básico e executivo”.

O Administrador deve, por isso mesmo, observar o que preceitua o § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 que, lhe permite exigir dos licitantes relação explícita e declaração formal da disponibilidade relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal especializado, consideradas essenciais para o cumprimento do objeto da licitação:

"Art. 30. §6º. "As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, consideradas 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, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia".

Em idêntica senda deve ser feito com os recursos humanos e as instalações indispensáveis à adequada execução do objeto. Essas informações conferem tranquilidade ao órgão ou entidade contratante, pois são elementos que indicam que o licitante ostenta condições básicas efetivas em dar cumprimento aos termos do contrato a ser celebrado.

Igualmente, é de todo oportuno citar, ainda, um terceiro mecanismo que busca diminuir os riscos de insucesso ou de lesão ao interesse estatal, qual seja, a exigência de garantias nas contratações de obras, serviços e compras, na forma do caput do art. 56 da Lei Federal de Licitações e Contratos, *ipsis verbis*:





Por oportuno, deixamos claro que o entendimento ora defendido não exclui do administrador o dever de resguardar o interesse e o patrimônio público contra eventuais empresas que não tenham condições de dar cumprimento ao objeto contratado, seja por incapacidade financeira ou técnica, especialmente nos casos de obras ou serviços de comprovada complexidade.

Impressionante o desconhecimento do Impugnante e é porque é pregoeiro, no qual deveria saber do todo exposto, bem como jamais poderia impetrar Impugnação já que é servidor público, motivo pelo qual não pode contratar com o Poder Público, sendo vedado tal contratação, incorrendo em improbidade administrativa e no crime de fraude a licitação, não querendo acreditar que este acredita ser apta a participar do certame em apreço, pois nitidamente este não sabe, querendo não acreditar que a impugnação em tela foi impetrada por extrema má-fé.

Assim, em razão de ensinar a Impugnante, o que trata a lei 8.666/93 e quando utilizar um procedimento de técnica e preço, jamais podendo ocorrer uma contratação nesse tipo de licitação de uma assessoria de pessoa física, claramente inapta, como demonstrado pelo Impugnante, claramente podendo ser utilizada para contratação de Sociedade de Advogados.

Esses tipos de licitação serão adequados nas circunstâncias em que a Administração necessita de um serviço em que a técnica prepondera em relação ao preço. Em outras palavras, situações em que a variação de qualidade técnica afetará na satisfação do interesse estatal. Na lição de Marçal Justen Filho, esse tipo será adotado “quando cabível uma avaliação da relação custo-benefício entre a elevação da qualidade e o preço a ser pago por isso”. No julgamento da licitação tipo “técnica e preço” deverão ser fixados no instrumento convocatório critérios objetivos adequados para aferir a vantajosidade das propostas, bem como os pesos da nota técnica e da nota de preço que deverão compor a média ponderada a que se refere o art. 46, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, a fim de que os licitantes tenham conhecimento prévio e completo de como serão avaliadas suas propostas. Por sua vez, esses fatores de pontuação técnica devem ser adequados à natureza do interesse da Administração a ser satisfeito, compatíveis com o objeto licitado ao mesmo tempo em que não devem prejudicar a competitividade do certame.

Para a pontuação da proposta técnica, deverá ser previsto um patamar mínimo, abaixo do qual a proposta será considerada tecnicamente insuficiente e, conseqüentemente, desclassificada. No entanto para a realização dessa valoração técnica deve o administrador empregar o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o privilégio excessivo da técnica em detrimento do preço, sem haver justificativas suficientes que demonstrem a sua necessidade, pode resultar em contratação a preços desvantajosos para a Administração, da mesma maneira que pode ocorrer a restrição da competitividade. Esse é o posicionamento do Tribunal de Contas da União que, em recente decisão, exarou o seguinte entendimento:





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa, motivo pelo qual dos 100 pontos na Proposta de Preços.

Representação relativa a concorrência conjunta Sesi-Senai, do tipo técnica e preço, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria e assessoria de imprensa, análise de noticiário, monitoramento e planejamento de ações em redes sociais, apontara, dentre outras irregularidades, critério de pontuação desproporcional e injustificado, uma vez que atribuirá peso na proporção de 70% para a proposta técnica e 30% para a proposta de preços. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator destacou deliberação de sua relatoria sobre o tema (Acórdão 526/2013-Plenário), dirigida a essas mesmas entidades, na qual restou consignado que "de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, para a distribuição privilegiada de peso em favor da nota técnica deveria restar caracterizada a complexidade do certame e o impacto sobre os preços contratados, estando acompanhada de estudo demonstrando que a disparidade verificada é justificável". Destacou ainda, desse precedente, que "a simples adoção da licitação do tipo 'técnica e preço' já proporciona a contratação de propostas de melhor qualidade, uma vez que a técnica passa a compor a nota final do certame, abrindo possibilidade para que, a despeito de apresentarem custos superiores, empresas com técnica mais apurada vençam a disputa". Por fim, o relator lembrou que, por meio desse julgado, "já havia determinado às referidas entidades (...) que se abstivessem de prever, em caso de licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída ao quesito 'técnica', em detrimento do 'preço', sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa ...". A despeito da revogação do certame pelas entidades, concluiu o relator pelo "não afastamento dos indícios de irregularidades apontados", motivo pelo qual propôs julgar a Representação parcialmente procedente, com expedição de determinação e ciência das irregularidades às entidades licitantes. O Tribunal acolheu o voto do relator. Acórdão[i]743/2014-Plenário, TC 019.659/2013-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 26.3.2014.





Portanto, deve ter o administrador especial atenção quando da utilização desse tipo de licitação, para que, ao prever os critérios de julgamento e o peso a ser atribuído às notas das propostas técnicas e de preço, não descuide do princípio da proporcionalidade, pois prever pontuação desarrazoada, sem relação de pertinência com os requisitos técnicos indispensáveis à boa execução dos serviços, pode cercear a competitividade do certame e culminar em contratação de serviços com preços não vantajosos à Administração.

O tipo de licitação **melhor técnica** é adequado quando o aspecto qualitativo do objeto a ser contratado for relevante para a satisfação das necessidades da Administração. O critério de seleção da proposta mais vantajosa fundamenta-se em aspectos de ordem técnica. Esse tipo de licitação é o preferível por excelência nas contratações de serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de estudos técnicos preliminares, projetos básicos e executivos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento, e de engenharia consultiva em geral (art. 46, da Lei nº 8.666/1993).

A lei não fez distinção entre as hipóteses de cabimento do tipo melhor técnica e aquelas em que caberia adotar o tipo técnica e preço. Costuma-se utilizar a licitação de melhor técnica para a contratação de serviços em que a atividade do particular seja predominantemente intelectual, hipóteses em que há uma atuação peculiar e insubstituível do ser humano.

Segue essa linha o Tribunal de Contas da União:

Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral (Acórdão 2118/2008, Plenário). Ressalto, a propósito, que os serviços de caráter predominantemente intelectual devem ser licitados com a adoção dos tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço. E quando se tratar de serviços de informática com essa característica, com a utilização do tipo técnica e preço. Tal conclusão decorre dos preceitos contidos nos arts. 45, § 4º, e 46 da Lei nº 8.666/1993. Entendo como serviços de natureza intelectual aqueles em que a arte e a racionalidade humana sejam essenciais para a sua satisfatória execução. Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos. No caso em tela, verifico que o objeto a ser contratado não merece ser enquadrado como serviço de natureza predominantemente intelectual. Exatamente porque consiste em “serviços de migração COBOL Unisys para JEE e DMSII para Oracle”, que são padronizados e possuem contornos precisamente definidos. Relembro, inclusive, que há referenciais de mercado para o preço de



cada linha de códigos de programa a ser traduzida (Acórdão 2172/2008, Plenário).

O Edital irá prever a apresentação de dois envelopes, contendo um deles a proposta técnica e o outro a proposta comercial do licitante. O julgamento deste tipo de licitação caracteriza-se essencialmente pela proporcionalidade entre a avaliação da técnica e do preço ofertados pelos concorrentes. São julgadas, em primeiro lugar, as propostas técnicas e, em seguida, passa-se à avaliação das propostas comerciais, que são classificadas segundo o menor.

A Comissão de Licitação não tem margens de discricionariedade na avaliação das propostas, vez que esse julgamento é uma atividade que está vinculada às regras claras e objetivas constantes do Edital. Não pode haver espaço para subjetivismo no julgamento das propostas técnicas, todos os critérios de avaliação devem ter parâmetros rígidos, verificáveis objetivamente.

Os critérios de julgamento da proposta técnica fixados no Edital deverão guardar consonância com a real vantagem que o nível de qualidade requerida representa para a Administração. É interessante que haja um referencial mínimo de qualidade predeterminado no ato convocatório, abaixo do qual as propostas são desclassificadas e a partir do qual a elevação do patamar corresponderá a uma maior pontuação da proposta.

Caso a proposta mais bem classificada na avaliação técnica seja também a que ofereceu o menor preço, esta será selecionada como vencedora. Do contrário, será convocado o licitante que apresentou a melhor proposta técnica para negociação, na tentativa de que reduza o seu preço até o valor da melhor proposta comercial, isto porque adota-se por referência o valor apresentado na proposta de menor preço entre os licitantes que satisfizeram o nível de qualidade mínima exigido pela Administração.

Havendo recusa na negociação com o primeiro colocado, chama-se o licitante que apresentou a segunda melhor proposta técnica e, com este, busca-se obter a redução do preço, e assim sucessivamente, até que se obtenha a proposta mais vantajosa no cotejo entre a técnica e o preço.

É possível e perfeitamente válido que seja considerado vencedor o licitante que tenha formulado a proposta técnica mais mal classificada, mas ofertante da melhor proposta comercial, se nenhum outro licitante mais bem classificado sob o aspecto técnico aceitar reduzir o seu preço. O fato de a proposta técnica, nesse caso, não haver sido a mais bem classificada não significa que seja insatisfatória, afinal todas as propostas que atenderem o grau de qualidade mínima admissível serão consideradas tecnicamente aptas a satisfazer a necessidade da Administração.

A diferença para a licitação do tipo técnica e preço é que nesta o vencedor é definido por meio de uma média ponderada entre as notas técnicas e comerciais, a





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



ponderação para cada uma das notas deverá vir previamente definida no Edital. Esse tipo de licitação é obrigatório na contratação de bens e serviços de informática, nas modalidades concorrência e tomada de preços (art. 46, § 4º, da Lei nº 8.666/93). O tipo "técnica e preço" poderá ser utilizado também, a exemplo do tipo "melhor técnica", para contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual.

A licitação é o procedimento administrativo destinado à seleção da proposta mais vantajosa para futuro contrato administrativo. Por intermédio da licitação, como sabemos, a administração oferece a todos os eventuais interessados em contratar com a administração a possibilidade de apresentarem suas propostas, de acordo com condições pré-definidas em um instrumento convocatório. O procedimento é decorrência natural do princípio da isonomia e prestigia também o interesse público, por vezes materializado na promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

O edital é o instrumento de maior importância no procedimento licitatório por conter as regras que disciplinam a competição. Antes de ser levado ao conhecimento do público, por meio da publicação de aviso na imprensa, o edital é elaborado por meio de diversos procedimentos internos, que comumente envolvem a participação de diversos setores do órgão ou entidade. Nessa chamada "fase interna" da licitação, é definido o objeto da futura contratação, são checados os requisitos fiscais, as cláusulas do futuro contrato, as condições de pagamento etc.

Antes da efetiva publicidade, o edital deve ser objeto de cuidadosa revisão e controle de legalidade a administração está adstrita aos termos da lei, reza a Constituição, e seus atos devem ter respaldo legal prévio. A chave inicial para uma licitação que atinja os seus objetivos é a elaboração de um edital adequado às normas e ao interesse público que a Administração visa prestigiar com o futuro contrato.

Ocorre que muitas vezes os diversos controles internos atuantes na administração são deliberadamente ou não nsuficientes para que um edital de licitação seja elaborado com estrita obediência às normas. Em uma República que se configura como Estado Democrático de Direito, certamente devem existir meios de atuação disponíveis para que os cidadãos questionem as regras do certame quando entender que as mesmas afrontam o ordenamento jurídico. Existe, inicialmente, o direito fundamental de peticionar aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, insculpido no artigo 5º, XXXIV, "a" da Constituição. É possível ainda levar a ilegalidade ao conhecimento do Ministério Público ou do Tribunal de Contas competente para as providências cabíveis. Entretanto, é também possível e importante *impugnar* o edital de licitação, com fundamento principal no artigo 41, parágrafos 1º e 2º da Lei 8.666/1993, o que não ocorreu.

Impugnar significa atacar, combater, contradizer, reprimir determinado ato ilegal ou injusto. Na licitação, a impugnação é o ato que instrumentaliza a possibilidade de controle do edital por parte de seus destinatários, a saber: licitantes e cidadãos em geral. O instrumento da impugnação é também utilizado para a solicitação de



esclarecimentos a respeito de cláusulas editalícias incompreensíveis, contraditórias ou obscuras. A Lei 8.666/1993 fixa prazos distintos em função de quem se dirige à Administração cidadãos têm o prazo de cinco dias úteis antes da data marcada para abertura das propostas, enquanto que os licitantes têm o prazo de dois dias úteis. No pregão, muito embora a Lei 10.520/2002 não tenha tratado do assunto, os Decretos que regulamentam a modalidade na esfera federal trazem regras específicas (para o pregão presencial artigo 12 do Decreto 3.555/2000; para o pregão eletrônico Decreto 5.450/2005, artigos 18 e 19).

A despeito da existência de regras procedimentais, a interpretação a ser conferida para o exercício do direito à impugnação não pode ser demasiada rígida. Inicialmente, é preciso assentar que as impugnações devem ser respondidas rapidamente, antes da sessão de abertura das propostas, sob pena de perderem o seu objeto e permitirem a consumação de alguma prática calcada em ato ilegal. O TCU tem entendido que se aplica o prazo máximo de cinco dias, tendo em vista o que prescrevem o artigo 41, parágrafo 2º, da Lei 8.666/1993 e o artigo 24 da Lei 9.784/1999. Em atenção aos princípios da publicidade e transparência, todo e qualquer questionamento, requerimento ou impugnação deve ser tornado público, assim como a respectiva resposta.

A resposta elaborada e publicada pela Administração, a propósito, a vincula para a prática de futuros atos. Finalmente, em razão dos princípios da legalidade e da autotutela a Administração deve anular seus atos ilegais, independente de provocação. Desta forma, ainda que a impugnação intempestiva possa não ser conhecida pela administração, seus termos devem ser objeto de atenção e fundamento para atuação direta na correção de ilegalidade porventura verificada.

A existência de reservas às impugnações por parte da administração não deixa de ser natural, pois imagina-se que os agentes públicos tenham se esmerado no cumprimento das leis e almejem um procedimento célere. Entretanto, a impugnação deve ser vista com bons olhos: mais que denúncia, trata-se de um ato voluntário colaborativo praticado pelo licitante ou pelo cidadão. Além do mais, trata-se de um instrumento essencial para auxiliar os órgãos de controle, sobretudo no que se refere à análise e compreensão de questões técnicas intrincadas ligadas ao objeto ou aos requisitos de participação. Como regra, o licitante tem mais conhecimento das questões técnicas relativas à sua atuação no mercado do que a Administração, e por isso seus questionamentos em temas que podem afrontam a competitividade devem ser objeto de atenção. Por essas razões, não nos assustemos: estimulemos as impugnações e fiquemos atentos aos seus termos para que a licitação possa, efetivamente, configurar uma competição isonômica e pautada em critérios objetivos.

No que se refere aos ditames legais que regem a matéria, cumpre verificar que a Lei nº 8.666/93 disciplina o rol de exigências inerentes à licitação, se fazendo, **vedando seja requerido o que destroem do *all disciplinado*, buscando afastar que**



[Handwritten mark]



exigências formais e dispensáveis acerca da qualificação técnica restrinjam a livre concorrência. Neste sentido, a regra geral é sempre a vedação às exigências excessivas ou inadequadas.

Assim, observando o art. 30 do referido diploma, que cuida da qualificação técnica, pode-se verificar que o mesmo se refere expressamente a registro em "entidade profissional competente". Dessa forma, veja-se que desarrazoado seria exigir registro em diversos conselhos que possam tocar de alguma forma a atividade que não será desempenhada. O critério, então, para definição da entidade competente é a atividade básica desempenhada. Nesse sentido. A jurisprudência pátria é pacífica.

Interessa colecionar excertos diversos de julgados do Tribunal de Contas da União que traduzem a mesma interpretação:

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Acórdão 1841/2011-Plenário

"TAMBÉM NÃO CONCORDAMOS COM A MANIFESTAÇÃO DO CRA NO SENTIDO DE QUE OS SERVIÇOS OBJETO DA LICITAÇÃO EM TELA, POR ENVOLVEREM ATIVIDADES DE ADMINISTRAÇÃO E SELAÇÃO DE PESSOAL COM LOCAÇÃO DE MAO DE OBRA, SE ENQUADRAM COMO ATRIBUIÇÕES ESPECIFICAS DO CAMPO DO ADMINISTRADOR. NA VERDADE, ENTENDE-SE QUE, SE HÁ ALGUM PROFISSIONAL DA LICITANTE QUE DEVERIA SER REGISTRADO NO CRA, ESTE SERIA O RESPONSÁVEL PELO SETOR DE SELEÇÃO E RECRUTAMENTO DOS FUNCIONARIOS DA EMPRESA. NO ENTATO, FAZER TAL EXIGENCIA NO EDITAL PODERIA SER CONSIDERADO COMO INGERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO NA ESFERA DO PROPRIO PARTICULAR" (GRIFO)

Acórdão N° 1.368/2008-Plenário:

"9.3. determinar ao Arquivo Nacional que, nas futuras licitações:
9.3.1. abstenha-se de exigir, a título de habilitação técnica, comprovante de registro em entidade de fiscalização profissional que não a relativa à atividade básica ou serviço preponderante prestada pela empresa, ainda que a exigência consista na comprovação de capacitação técnico-profissional do responsável técnico pela prestação dos serviços a serem contratados;" (grifo)

Como já amplamente aqui debatido, a jurisprudência do TCU se consolidou no sentido de que o registro ou inscrição na entidade profissional competente, previsto no art. 30, inciso I, da lei 8.666/1993, deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação.





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Nesse sentido, o TRIBUNAL REGIONAL DA 5ª REGIÃO TAMBÉM VEM SE MANIFESTANDO DA MESMA FORMA, VALENDO OS SEGUINTE DESTAQUES:

“ADMINISTRATIVO REMESSA EX OFFICIO LICITAÇÃO PREGÃO ELETRONICO CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO, LIMPEZA, HIGIENE E COPEIRAGEM PARA DOIS AEROPORTOS CEARENSES INVALIDAÇÃO DE ITENS DO EDITAL DEFINIÇÃO DE UM MÁXIMO DE REMUNERAÇÃO (SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL) PARA ALGUMAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS EM DESCOMPASSO COM VALOR MAIOR ESTATUIDO EM CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER NORMATIVO DO AJUSTE COLETIVO. PROTEÇÃO AO TRABALHADOR. IMPOSIÇÃO DE INSCRIÇÃO DAS LICITANTES NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO E DE REGISTRO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA NA MESMA ENTIDADE DE FISCALIZAÇÃO. INCONGRUÊNCIA COM A ATIVIDADE-FIM DAS PARTICIPANTES DO CERTAME. [...]

[...]

1. É indevida, por ilícita, a imposição de inscrição das licitantes no Conselho Regional de Administração e de registro de atestados de capacidade técnica na mesma entidade de fiscalização, por incongruência com a atividade-fim das participantes do certame, na linha do entendimento assentado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 339/2010 e Acórdão nº 2475/2007, ambos de Plenário) e em precedentes jurisprudenciais. “Aos Conselhos Regionais de Administração compete fiscalizar, na área da respectiva jurisdição, o exercício da profissão de administrador [art. 3º alínea b, da Lei nº 4769/65, com nova redação dada pela Lei nº 7.321/86]. As empresas de serviços de limpeza e conservação não estão obrigadas ao registro do CRA “(TRF1, 5T, REOMS 200036000080898, Rel. Des. Federal AVIO MOZART JOSÉ FERRAZ DE NOVAES, julgado em 23/05/2007, DJ 14/06/2007. “Não cabe exigir registro no Conselho Regional de Administração, porquanto as atividades de limpeza e conservação não se configuram como atividades que se enquadram nas hipóteses da lei que regula a profissão de administrador” (TRF4, 3T, REO 200470000337920, Rel. Des. Federal SILVIA MARIA GONÇALVES GORAIEB, julgado em 03/04/2006, DJ 07/05/2006)” A empresa voltada para prestação de serviços de conservação e limpeza presta serviços comum, não estando, assim, obrigada a registrar-se no Conselho Regional de Administração.

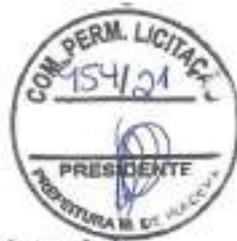




GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Imposição constante na norma editalícia que deve ser afastada (TRF5, 1T, REO 200480000019196, Rel. Des. Federal FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS, julgado em 17/02/2005, DJ 14/03/2005)”. (grifo)

CONFORME VISTO ACIMA, O ÂMBITO DE ATUAÇÃO FISCALIZATORIA DAS ENTIDADES DE CLASSE SERA DETERMINADA EM RAZÃO DA ATIVIDADE BASICA DESENVOLVIDA PELA EMPRESA OU EM VIRTUDE DA NATUREZA DOS SERVIÇOS EVENTUALMENTE PRESTADOS A TERCEIROS (Lei 6.839/80), PORTANTO NÃO HÁ COMO SE CONFUNDIR OS SERVIÇOS LICITADOS POR ESTE MUNICIPIO, ATRAVÉS DO PRESENTE CERTAME, COM AS TAREFAS COMUMENTE DESEMPENHADAS PELOS TÉCNICOS DE ADMINISTRAÇÃO.

Como cediço, a atividade básica inerente ao objeto da licitação em comento diz respeito à prestação de serviços advocatícios, para orientação e treinamento da Comissão de Licitação do município, incluindo o assessoramento das fases internas e externas e auditoria dos processos licitatórios nas modalidades, seja: convite, tomada de preço, concorrência, dispensa, inexigibilidade ou pregão, não havendo, assim, pertinência com as atividades reguladas no art. 2º da Lei Nº 4.769/65, que disciplina a atividade do técnico de administração, a seguir:

Art. 2º A atividade profissional de técnico de administração será exercida, como profissão liberal ou não, mediante:

- a) Pareceres, Relatórios, Planos, Projeto, Arbitragens, laudos, Assessoria em geral, Chefia intermediaria, Direção Superior;
- b) Pesquisas, Estudos, Analise, Interpretação, Planejamento, implantação, Coordenação e Controle dos Trabalhos nos campos da Administração, como administração e seleção de pessoal, Organização e métodos, orçamentos, administração de material, administração financeira, relações públicas, administração mercadológica, administração de produção, relações industriais, bem como outros campos em que esses se desdobrem ou aos quais sejam conexos.

Veja-se que se trata de serviço ESPECIALIZADO; não se trata, sequer, de contratação de mão de obra, mas do serviço em si, em sua completude em todo caso, não há que se falar em similitude entre as atividades disciplinadas no artigo supra e aquelas que serão desenvolvidas pela licitante que venha a se sagrar vencedora no certame, nos termos do edital ora impugnado.

NESTE CONTEXTO, INTERESSA DESTACAR, AINDA, OS TERMOS DA LEI Nº 6839/80, EM SEU ART.1º:





ART.1º O REGISTRO DE EMPRESA E A ANOTAÇÃO DE PROFISSIONAIS LEGALMENTE HABILITADOS, DELAS ENCARRAGADOS, SERÃO OBRIGATORIOS NAS ENTIDADES COMPLEMENTARES PARA A FISCALIZACAO DO EXERCICIO DAS DIVERSAS PROFISSÕES, EM RAZÃO DA ATIVIDADE BASICA OU EM RELAÇÃO AQUELA PELA QUAL PRESTEM SERVIÇOS A TERCEIROS. (grifo)

Pelo já exposto e diante da disciplina que rege a matéria, é importante destacar que em procedimento licitatório, todas as exigências de habilitação estão subordinadas, dentre outros, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo estabelecer cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo.

Neste sentido, vale destaque ao ART 3º da lei nº 8666/93:

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.

§1º É vedado aos agentes públicos:

[...]

1 - 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;

INTERESSA, ASSIM, OBSERVAR QUE O DISPOSTO NO ART.30 DA LEI Nº 8.666/93 DEVE SER INTERPRETADO EM CONFORMIDADE COM AQUILO QUE SE FAZ NECESSÁRIO À EFETIVA VERIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA INERENTE À EXECUÇÃO DO OBJETO LICITADO. AO TRATAR DE REGISTRO EM ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE, DIRECIONAR-SE, CLARAMENTE, ÀQUELA QUE SE OCUPE DA ATIVIDADE PRECÍPUA, ATIVIDADE-FIM PRETENDIDA, QUE NO CASO EM APREÇO, CORRESPONDE, SENÃO, À ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SECCÃO CEARÁ (OAB-CE), ESTANDO, ASSIM, DEVIDAMENTE POSTAS AS EXIGÊNCIA DEVIDAS NO EDITAL EM APREÇO, SENDO, DESARRAZOADO, DESPROPORCIONAL E





GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



RESTRITIVO AO CARACTÉR COMPETITIVO DO CERTAME A EXIGÊNCIA DE REGISTRO NO CRA-CE.

Aliás, não é outro o entendimento do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

Acórdão 4608/2015 – 1ª Câmara:

“8. A jurisprudência desta Corte de Contas vem se assentando no sentido de não ser exigível das empresas de locação de mão de obra o registro nos Conselhos Regionais de Administração – CRA para a participação nas licitações da administração pública federal. Somente nos casos em que a atividade fim das empresas licitantes esteja diretamente relacionada à do administrador é que a exigência de registro junto a Conselho Regional de Administração se mostra pertinente. Não é o caso da contratação de serviços de vigilância armada objeto do pregão em questão. (v.g. Acórdãos 2.475/2007, 1.449/2003 e 116/2006, todos do Plenário e acórdão 2.308/2007 – 2ª Câmara.)” (grifo)

Isto posto, vale compulsar o Edital ora impugnado, inicialmente quanto ao objeto da licitação, *verbis*:

“Contratação de escritório de advocacia especializado na prestação de serviços advocatícios, para orientação e treinamento da Comissão de Licitação do município, bem como assessoramento das fases internas e externas e auditoria dos processos licitatórios nas modalidades, seja: convite, tomada de preço, concorrência, dispensa, inexigibilidade ou pregão sobre a estrita obediência a lei nº 8.666/93 e 10.520/02 com suas alterações posteriores”.

DESTARTE, CONCLUI-SE QUE O IMPUGNANTE, EM MOMENTO ALGUM, LOGROU EXITO EM APONTAR, NEM MESMO EM TESE, QUALQUER ATO DA CPL QUE FIRA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, A LEI DE LICITAÇÕES OU QUALQUER OUTRA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE.

Fica clara, pois a impertinência da demanda, havendo que ser REJEITADA A PRESENTE IMPUGNAÇÃO.

Prefacialmente, é importante esclarecer que pessoa física pode participar de licitação, porém não de todas, principalmente se está contêm as exigências prevista no rol taxativo do art. 27 ao art. 30, da Lei 8.666/93.

O objeto do presente certame não constituiria, restrição indevida ao caráter competitivo do certame, visto que não existe essa obrigatoriedade da licitação ser também direcionada a pessoa física, não havendo que se falar em



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



violação, acintosamente, o Princípio da Ampla Concorrência, disposto no art. 3º da Lei 8.666/93, § 1º I, observe-se:

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.

§ 1º 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, 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.

Portanto, não há óbice quanto ao reconhecimento da legalidade de NÃO se incluir a contratação de pessoa física, principalmente pela complexidade do objeto do certame, sem falar que tal objeto é tão importante e de interesse público que nenhum município do estado do Ceará realiza tal licitação para pessoa física, agora fica a pergunta se o estado do Ceará tem 184 municípios e esses não realizam o objeto em apreço para pessoa física, apenas para pessoa jurídica, assim será que todos os 184 município restringem a participação?

Resposta: lógico que não, tanto que se perguntarmos ao próprio Impugnante que é servidor público e não pode contratar com o Poder Público, por ser vedado, não podendo esse nem impetrar Impugnação pleiteando sua participação, não faz para o objeto em apreço licitação para pessoa física, é lamentável a má-fé do Impugnante, sendo necessário a denúncia do Impugnante ao Ministério Público por tentar fraudar o processo licitatório em comento.

Deste modo, por óbvio, o Edital impugnando, deve ser mantido, para que seja oportunizado aos licitantes a ampla e leal concorrência.

A licitação é um procedimento administrativo que antecede a contratação pública e que admite discricionariedade na sua fase interna, com fixação de conteúdo quando da divulgação do instrumento convocatório e celebração do contrato. Destarte, enquanto um órgão público ou entidade administrativa elabora o termo de referência, ele possui discricionariedade para escolher se contratará sob regime de execução indireta de empreitada por preço global ou por preços unitários, definir os itens de que



necessita, elaborar a planilha de custos e de formação de preços que, como anexos do edital, detalharão os elementos que influenciam no custo operacional a ser considerado pelas propostas dos licitantes.

Após a publicação do edital, o procedimento licitatório desenvolve-se como atividade vinculada e a liberdade para a Administração alterar as condições da contratação proposta dependem de fundamento que justifique a mudança pretendida. Em outras palavras, a liberdade exercida no momento preparatório e inicial da licitação, após a publicação do edital, não mais poderá ser invocada. Isso porque a própria entidade administrativa sujeita-se ao princípio da vinculação ao edital, consagrado no artigo 41 da Lei Federal nº 8.666, cuja vigência o STJ reiteradamente assegura:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO. ART. 41, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. VIOLAÇÃO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL.

(...) II – O art. 41 da Lei nº 8.666/93 determina que: ‘Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.’

III – Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da res pública. Outra não seria a necessidade do vocábulo “estritamente” no aludido preceito infraconstitucional.

IV – ‘Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital.’ (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 9ª Edição, pág. 385)

V – Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se “estritamente” a ele.





VI – Recurso Especial provido.

Aplicando-se a vinculação ao instrumento convocatório em cada caso, a obrigar tanto o Poder Público como a empresa contratada ao fim do procedimento, tem-se que as condições de elaboração da proposta foram delineadas pelo Estado contratante. Com efeito, no edital a Administração Pública obrigou aos interessados na contratação apresentar sua proposta em determinadas condições, devidamente acompanhada de certos documentos. Isso porque foi ela quem planejou desde a metodologia para cálculo dos custos até as características mais basilares dos serviços, bens ou obras que devem ocorrer, determinando uma fórmula a ser observada pelos licitantes, o que evidencia sua responsabilidade na espécie.

É conclusão lógica a de que, se foi a Administração Pública quem estabeleceu no edital o parâmetro imposto aos interessados na contratação a ser observado quanto ao modo de prestação do objeto, inclusive as regras pertinentes ao modo de atuar, entregar bens ou fazer obras, não há vício, erro ou fraude possível de ser cometida por quem, como contratado, está integralmente submetido ao planejamento administrativo.

Também a doutrina brasileira, com fulcro nos ensinamentos clássicos de direito comparado, ao analisar a necessidade de serem preservadas as condições fixadas inicialmente, conclui que “de tudo o quanto se deixou exposto, nasce a necessidade de que seja ele mantido nas mesmas bases ajustadas inicialmente, garantindo-se ao particular o mesmo nível básico de proveito e risco. “(Ainsi, l'équilibre financier, ou l'équation financière du contrato entre un ensemble de droits de cocontratant et un ensemble de charges de celui-ci, qui on paru, equivalentes, d'ou le nom d'équation, des lors cette equivalence ne peut plus être alterée”, no dizer de Marcel Waline, em *Traité de Droit Administratif*, 7.^a ed., Paris, Editions Sirey, 1957, p. 342).”

É óbvio que o Poder Público pode alterar o edital e mesmo celebrar aditivos com mudanças nos termos em que permitido na Lei nº 8.666/93. Mas há limites claros para possibilidade de mudança no juízo discricionário realizado pela Administração e fixado no início do procedimento. Uma mudança sobre aspecto central como é possível ou não pagar por serviços complementares? como o valor das atividades principais será calculado? quais equipamentos são necessários? não pode ocorrer gratuitamente, depois de já executado parcialmente, muitas vezes quase integralmente o contrato, com observância das obrigações pactuadas sob uma metodologia legitimamente fixada desde os instrumentos editalício e contratual. Um controle dessa natureza, posterior, sem a alteração da alteração fática que justificou o edital e a contratação, posterior à execução e ao pagamento das obrigações contratuais, afigura-se abusivo.



O Estado tem responsabilidade com a liberdade discricionária que exerce, com as externalidades causadas pelos contratos administrativos, bem como com os interesses afetados por seu comportamento. O Poder Público não pode ser volúvel ou errático, em suas opiniões. A estabilidade de uma escolha de parâmetro contratual é uma qualidade do agir administrativo, imposta pelos princípios constitucionais da boa-fé, da moralidade, da presunção de legalidade e da legitimidade dos atos administrativos e da segurança jurídica. Daí defluem duas realidades que se supõe inatacável: a) a alteração das condições de execução contratual fixadas desde o início do procedimento é exceção sendo a vinculação aos termos do instrumento convocatório a regra; b) qualquer mudança só será possível se assentada em fatos suficientemente comprovados e aptos a embasar o novo juízo, o qual deve observar restrições que variam da confiança legítima à estabilidade dos efeitos já consumados.

Corroborando a correção de tal entendimento o fato de que após formalizada uma avença, devem ser respeitados alguns parâmetros, conforme lição de Floriano de Azevedo Marques Neto: "i) o princípio constitucional da preservação das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da CF/1988 e art. 54, § 1.º, da Lei 8.666/93); ii) o princípio da certeza e da segurança da execução das propostas (cf. dispositivo constitucional retrocitado), consubstanciado na garantia do equilíbrio econômico-financeiro (art. 58, §§ 1.º e 2.º); e iii) o princípio constitucional da moralidade administrativa, traduzida no caso, pela preservação no nexo de boa-fé que deve perpassar toda contratação administrativa."

Tais aspectos, que resultam da própria teoria geral do direito administrativo (conceitos de discricionariedade e vinculação, princípios da moralidade e da segurança jurídica) repercutem na licitação desde a sua etapa interna e elaboração do instrumento editalício até o controle a ser exercido posteriormente, seja pela Administração Pública (por meio das auditorias), seja por órgãos externos (como os Tribunais de Contas e o Ministério Público).

A Administração Pública deve proteger o interesse público. Adquire esse conceito grande importância quando os órgãos da administração sob o comando do Poder Executivo emanam atos com vistas à efetivação dos anseios sociais, concretizando, por meio da máquina administrativa, essas realizações.

Como sujeito de direito o Estado pode pessoalmente por meio do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal, diretamente, ou por intermédio de sua malha administrativa, editar atos pelos quais é expressa sua vontade, todavia esses atos não podem ser considerados de regra não só como atos administrativos, pois existem outras nomenclaturas que em nada guardam similitude àqueles.

Dessa forma, será importante considerar a relação entre o ato jurídico e o ato administrativo, sendo aquele o sucedâneo necessário deste, pois um ato administrativo não pode sê-lo se não preencher os requisitos e pressupostos do ato jurídico lato sensu.





Neste momento adentra-se então na scara em que se estabelece controvérsia sobre os atos emanados pela Administração Pública, mas sem o caráter de atos administrativos. São aqueles os quais decorrem do exercício das funções administrativas, mas não necessariamente podem ser considerados como atos administrativos, por seguirem regras de Direito Privado, ou por serem atos de governo-políticos.

Prosseguindo no entendimento acerca dos atos administrativos, importa lembrar que não se pode desconsiderar os atos oriundos das funções anômalas dos Poderes Judiciário e Legislativo, que são atos administrativos. Não podem ser confundidos com os oriundos do Poder Executivo, por serem esses mais específicos e aqueles voltados para âmbito de atuação de cada esfera de poder em atividade atípica.

Sobre as manifestações da Administração, Bandeira de Mello¹ explica que:

“a noção de ato administrativo não deve depender, isto é, não deve ser tributária, da noção de Administração Pública (conjunto de órgãos do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta), porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo, e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública”.

E a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro,² define ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito privado e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário”.

E ainda, Odete Medauar complementa que:

“o ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade”.

Observados os conceitos mencionados, para a edição destes atos se faz necessário o preenchimento de alguns requisitos, como: a competência, forma, finalidade, objeto, motivo e o mérito administrativo como componentes de implicações em certos atos.

Registre-se, que são requisitos: a forma, que por falar-se de Administração Pública deve ser aquela prescrita em lei; a finalidade, que também é fixada por lei, mas está, ainda, intimamente ligada ao interesse público; a competência a qual consiste na atribuição legal para prática do ato, a norma diz quem será competente, o objeto que é o que se pretende com o ato, identificando-se com o conteúdo ou mérito, atrelados à motivação que o justifica.



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



Com os requisitos desses atos se torna possível indicar uma classificação básica que representa as várias formas da Administração Pública se manifestar, iniciando quanto às prerrogativas de atuação, sua posição jurídica ou ao seu objeto. Assim os atos podem ser de império onde a Administração se vale de suas prerrogativas ou de gestão, onde os atos são praticados em igualdade com os particulares pela Administração.

Quanto ao alcance dos seus efeitos ou à situação de terceiros, pode-se classificar os atos em internos, aqueles os quais os efeitos são produzidos no interior da Administração e os atos externos, que produzem seus efeitos fora da Administração. Ampliando a classificação anterior os atos podem ser quanto aos destinatários: individuais com destinatários certos, ou gerais onde os destinatários são incertos.

Quanto à natureza da atividade, segundo Bandeira de Mello³ será composta pelos atos de administração ativa (licenças e autorizações), consultiva (pareceres), controladora (homologações), verificadora (certificações) e contenciosa (julgamentos e decisões administrativas).

A penúltima classificação que cumpre consignar é quanto à formação, função ou composição da vontade administrativa: atos simples onde a declaração de vontade é unitária, ou seja, somente de um órgão; complexos, onde é imperativa a conjugação de vontade de mais de um órgão e os compostos, onde a eficácia fica condicionada a ratificação posterior de outro órgão, tem-se assim dois atos, um principal e outro acessório.

Conforme a classificação fundamental, as espécies de atos administrativos se dividem em duas categorias. Quanto ao conteúdo: autorização, licença, admissão, permissão, aprovação e homologação. Quanto à forma: decreto, portaria, resolução, alvará, circular, despacho.

Por fim, a doutrina classifica os atos quanto ao seu regimento ou grau de liberdade da Administração em decidir, neste momento tem-se a divisão entre os atos vinculados, onde a lei tipifica o comportamento e os atos discricionários, onde a lei dá certa margem de decisão. Devido à importância dessa classificação para a presente pesquisa serão abordados mais detidamente no avançar do estudo.

Historicamente, a noção de discricionariedade remonta às antigas monarquias europeias e seus Estados de Polícia, onde o soberano era o detentor de todas as funções estatais; editava leis, fiscalizava e executava-as.

Quando da separação dos poderes após a Revolução Francesa, as prerrogativas monárquicas não foram de todo conferidas ao Poder Executivo, asseverando assim a distinção entre o conceito embrionário de Governo e de Administração Pública, e,





crescente a ideia de limitar o agir administrativo, reduzindo ao máximo as liberdades de opção do gestor na lida da coisa pública.

As ações administrativas deveriam ser reguladas quase que plenamente, prevendo todas as situações, e ainda, sujeitas ao controle jurisdicional. Todo esse contexto aumenta a confusão gerada pela falta de um conceito preciso de discricionariedade, o qual muitos assemelhavam à arbitrariedade imposta pelos déspotas.

Na verdade, a discricionariedade e arbitrariedade em muito se distinguem tanto que Bandeira de Mello acerca do agir discricionário e do agir arbitrário explica cuidadosamente:

“não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto”.

Durante décadas houve debates tanto no plano jurídico como no plano político na tentativa de exclusão da discricionariedade. Todavia restou reconhecida a necessidade desta para um sistema administrativo com mais agilidade e presteza nos serviços públicos. Esse reconhecimento é fruto da modernidade, pois é impossível ao legislador, mesmo o mais árduo e capacitado, consignar na norma todas as situações do cotidiano detalhadamente.

Neste sentido, o pensador John Locke citado por Andreas J. Krell afirma que “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que detenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público”.

Este é o fundamento para a existência da discricionariedade, que se caracteriza por uma parcela de liberdade concedida à administração, para realizar a melhor opção no caso concreto, em nome do interesse público.

O Estado foi evoluindo, primeiramente para um Estado de Direito, em que a Administração norteava suas ações baseadas na lei. Porém, mesmo com embasamento legal, o individualismo se sobrepunha ao interesse público, o agir administrativo-estatal nas questões sociais era infimo. Neste momento histórico o Princípio da



Legalidade recebia a interpretação conforme a orientação de um Estado Liberal, por consequência afastava-se do controle jurisdicional.

Os problemas decorrentes desta postura estatal logo foram sentidos pela parte desfavorecida, dando início ao conflito de classes e o reconhecimento da ineficiência estatal. Desse modo emergiu a necessidade de um Estado Social de Direito como forma de evitar as desigualdades entre ricos e pobres, estabelecendo-se em áreas consideradas de interesse relevante, assumindo o papel de prestador de serviço. É dado um novo sentido ao Princípio da Legalidade, limitando a discricionariedade, estabelecendo certo controle.

Mesmo diante de enormes evoluções sociais, este modelo de Estado coincidiu com as chamadas ditaduras populares, principalmente no Brasil, onde se buscou uma maior participação popular no cenário político e a consequente expressão da sociedade na gestão da coisa pública, acrescentando assim um controle mais efetivo sobre a máquina administrativa.

Esse anseio foi aperfeiçoado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu em seu art. 1º a predileção brasileira de guiar-se como um Estado Democrático de Direito. Daí decorrendo obrigatoriamente o conceito atual do princípio da legalidade e sua obediência estrita no agir administrativo, estabelecendo em regra os limites da Administração, seja vinculando-a, ou conferindo certa flexibilidade ao administrador.

Esse rápido resgate histórico facilita nossa compreensão sobre o significado atual da discricionariedade administrativa onde não é possível confundi-la com as arbitrariedades anteriores, bem como a inexistência preconizada por alguns pensadores. Desse modo, a discricionariedade administrativa nunca será absoluta e a liberdade conferida estará sempre circunscrita aos limites da lei e dos princípios.

Celso Antônio Bandeira de Mello, melhor conceitua discricionariedade administrativa, concluindo que:

“discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”.

Ainda sobre o poder discricionário, o vocábulo poder é fruto de grande instabilidade na doutrina, pois conceitualmente não há unanimidade, sendo utilizadas diversas expressões como: competência discricionária, dever discricionário, atividade discricionária, atribuição discricionária, faculdade discricionária ou mesmo



discricionariedade. Embora sejam várias as acepções, essas não compreendem o mesmo entendimento e podem ser utilizadas como sinônimas.

Contudo, Odete Medauar,¹¹ esclarece o sentido de algumas:

“se considerado, de modo rigoroso, o sentido desses vocábulos, o poder discricionário seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; atividade discricionária refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto discricionariedade é a própria possibilidade de escolha”.

Superadas divergências, o poder discricionário consiste na faculdade concedida pela norma jurídica à Administração para que esta emane os atos administrativos, gozando de liberdade na escolha da conveniência e oportunidade. Essa liberdade, não reside no ato por completo, pois quanto à competência, à forma e à finalidade, a Administração está vinculada ao disposto em lei.

Ademais, a discricionariedade apresenta também vinculação aos princípios, pois, assim as decisões administrativas estarão adstritas ao interesse público, objetivando finalisticamente o agir congruente da Administração Pública. Embora, existam situações em que diversos interesses circundam o contexto fático, o gestor deve estabelecer critérios justos com vistas a ponderar de forma equitativa a decisão tomada.

Quando a Administração observa essas situações e a lei autoriza o juízo de conveniência e oportunidade, a ação resulta em ato discricionário, ou melhor, um ato abrigado pela competência discricionária. Isso porque o ato em si não é discricionário, só é assim classificado para fins didáticos, classificação por sua qualidade.

Bandeira de Mello ainda faz considerações importantes sobre o assunto:

“cabe observar que embora seja comum falar-se em ‘ato discricionário’, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns aspectos que condicionam ou que o compõem’. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o ‘produto’ do exercício dela. Então, a discricionária não está no ato, não é uma qualidade dele; logo não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”.

No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles afirma que:

“a rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições





que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois certo é falar-se em poder discricionário da Administração. Com essa ressalva conceitual, continuaremos a nos referir a atos discricionários, porque, embora inadequada, a expressão está consagrada na doutrina e na jurisprudência”.

Identifica-se o poder discricionário como uma necessidade da Administração Pública moderna, porquanto não seja possível detalhar todos os aspectos da vida cotidiana, onde o Estado atua.

Destaca-se, ainda, que a discricionariedade está presente cada vez mais na esfera ambiental, motivo pelo qual, a discricionariedade técnica será tratada abaixo, como o campo de exercício do poder discricionário que tem grande importância a esse verbete.

As exigências, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.

Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à preferência por pessoa jurídica, são compatíveis com o objeto do certame.

Outro ponto bastante relevante é o fato do Impugnante ser servidor público:

O Impugnante é servidor público em cargo de confiança, no qual exerce a função de Pregoeiro no Município de Limociro do Norte, assim, é correto afirmar que o servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação não pode participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários. Essa é a regra inscrita no art. 9º, inciso III, da Lei n. 8.666, de 1993 (lei nacional reguladora das licitações e contratos administrativos).

Neste contexto, o servidor público, efetivo ou ocupante de cargo em comissão/função gratificada, não pode firmar contratos com o Poder Público, entenda qualquer município ou estado, e não somente o que atua como Pregoeiro, sendo como causa a impetração de improbidade administrativa por parte do ministério Público, como pode ser visto inúmeros casos no Poder Judiciário, de fácil acesso para o Impugnante visto que este trata-se de advogado.



GOVERNO MUNICIPAL

IRACEMA

Trabalhando no Caminho Certo



A lição de Marçal Justen Filho, um dos maiores especialistas na área, aponta:

“8) Impedimento do servidor e o princípio da moralidade. Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo pressuposto necessário da lisura da licitação e contratação administrativa. A caracterização de participação indireta contida no §3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 191). O Tribunal de Contas da União (TCU) decide reiteradamente no mesmo sentido. Eis alguns exemplos: a) “não passa pela avaliação de saber se os servidores (...) detinham ou não informações privilegiadas para que esteja impedido de participar, direta ou indiretamente, de licitação por ele realizada” (Decisão n. 133/1997, Plenário, Rel. Min. Bento José Bulgarelli) e b) “não ocupar cargo público ou função de confiança, ao representar o ... como dirigente de um programa do Ministério, passou a exercer um múnus público que o obrigava a atuar de acordo com o interesse público e, conseqüentemente, o impedia de contratar com a Administração Pública” (Acórdão n. 601/2003, Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti). Na mesma linha é o posicionamento do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). Observe-se o seguinte trecho da Decisão n. 5.089/2016: “V – alertar a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal que o art. 9º, inciso III, da Lei n. 8.666/93 veda a contratação de entidades privadas cujos sócios ou parentes dos sócios até o terceiro grau sejam servidores da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, ainda que afastados ou licenciados por qualquer motivo, além de não permitir que os executores de contratos trabalhem ou tenham trabalhado nos últimos 5 (cinco) anos com (sic) sócios, administradores ou não, responsáveis pelas entidades contratadas”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também adota esse entendimento. A seguinte decisão menciona até a situação do servidor licenciado:

“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO - EMPRESA - SERVIDOR LICENCIADO - ÓRGÃO CONTRATANTE. Não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que possuir, em seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (Lei nº 8.666/93, artigo 9º, inciso III). O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser





funcionário o servidor em gozo de licença. Recurso improvido” (REsp 25411/Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2000, DJ 14/08/2000, p. 154). Ademais, a posição já sedimentada pelo TCU afirma que o vínculo de parentesco com servidores também configura hipótese de potencial influência sobre a licitante e sobre o próprio resultado dessa licitação (Acórdãos 1.170/2010, 607/2011, 1.019/2013 e 1.941/2013).

Nesses casos, a aplicação do disposto no art. 9º da Lei n. 8.666, de 1993, antes destacado, impõe-se como um imperativo de moralidade e impessoalidade no seio da Administração Pública. Recentemente, por força da Decisão TCDF n. 27/2017, foram apuradas no âmbito da Controladoria Setorial da Saúde um conjunto de 125 servidores da Secretaria de Saúde que integravam os quadros societários de 72 empresas fornecedoras de bens e serviços para o Poder Público distrital. Os valores movimentados nesses contratos ultrapassaram R\$ 600 milhões entre os anos de 2000 e 2018. Os primeiros levantamentos realizados pela Controladoria-Geral do Distrito Federal (CGDF) em 2019 apontam para várias ocorrências no mesmo sentido.

Assim, para evitar a continuidade dessa deletéria prática, a necessidade de frequentes apurações de ilícitos nessa seara e as instaurações em massa de processos disciplinares e de fornecedores, o Governador Ibaneis Rocha editou o Decreto n. 39.860, de 30 de maio de 2019. O decreto em questão atribui a Controladoria-Geral do Distrito Federal (CGDF) a responsabilidade de definir as formas mais eficientes de atuar no combate a essas irregularidades. Nessa linha, a Portaria CGDF n. 356, de 29 de julho de 2019, foi expedida e publicada no DODF de 30 de julho seguinte. Esse ato entra em vigor no dia 12 de agosto de 2019.

São três as definições a serem observadas no âmbito dos órgãos e entidades do GDF:

a) nos procedimentos licitatórios de qualquer modalidade, inclusive pregões, será exigida a apresentação pelos licitantes da declaração constante no Anexo Único da Portaria CGDF n. 356/2019;

b) a autoridade competente para formalizar contratos com o Distrito Federal, suas autarquias e fundações, determinará a verificação prévia de ocorrência definida no art. 1º do Decreto n. 39.860, de 30 de maio de 2019 (“Não poderá participar, direta ou indiretamente, de licitação, contratação ou execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, agente público de órgão ou entidade da Administração Pública Direta ou Indireta do Poder Executivo do Distrito Federal contratante ou responsável pela licitação”). A constatação de caso previsto no art. 1º do Decreto n. 39.860, de 30 de maio de 2019, impossibilita a formalização do contrato ou instrumento equivalente;





- c) a identificação de qualquer dos casos indicados no art. Decreto n. 39.860, de 30 de maio de 2019, implica a necessária e imediata: c.1) instauração dos procedimentos apuratórios pertinentes e c.2) comunicação à Controladoria-Geral do Distrito Federal;

Sem prejuízo dos procedimentos antes mencionados, a Controladoria-Geral do Distrito Federal realizará, preferencialmente por meio eletrônico, o monitoramento dos casos indicados no art. 1º do Decreto n. 39.860, de 30 de maio de 2019.

Importa esclarecer uma confusão frequente. A situação dos servidores que integram o quadro societário de uma empresa fornecedora ao Poder Público (vedada pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos) é distinta da situação do servidor que participa de gerência ou administração de sociedade ou empresa privada, personificada ou não personificada (vedada pela Lei Complementar n. 840, de 23 de dezembro de 2011). No primeiro caso é preciso identificar o fornecimento de bens, serviços ou obras ao Poder Público. No segundo é necessária a constatação da prática de significativos atos de gestão da empresa com o servidor na condição de gerente ou administrador.

Observe-se o teor do Enunciado n. 11 da Advocacia-Geral da União (AGU):

“Configura a falta disciplinar prevista no art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, o exercício de fato da gerência ou administração pelo servidor público, de sociedade privada personificada ou não personificada, em concomitância com o desempenho de cargo público”. Assim, a pena de demissão somente é aplicada quando se constatar, no curso do processo disciplinar, o exercício de fato da administração da sociedade. Não basta, para aplicação da penalidade extrema, o simples registro do nome do servidor como sócio-gerente ou administrador nos atos constitutivos.

Assim, o **servidor público**, efetivo ou ocupante de cargo em comissão/função gratificada, não **pode** firmar contratos com o **Poder Público**. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc., sejam **servidores** ou dirigentes dos órgãos contratantes.

Portanto, óbice há quanto ao reconhecimento da ilegalidade de se exigir dessa municipalidade a realização de licitação para pessoa física, por ser um Poder Discretionário da Administração Pública, bem como por querer participar de um certame um servidor público efetivo ou não, cuja vedação há de se contratar com a administração pública. Deste modo, por óbvio, inexistente a possibilidade da inclusão da contratação de pessoa física no Edital impugnado, em razão dos princípios do interesse público, da vinculação ao Edital, da razoabilidade, da moralidade, da proporcionalidade, da legalidade e da proposta mais vantajosa.





4. DA DECISÃO

Do exposto, reportando-nos ao Edital e analisando os argumentos do Impugnante, julgamos IMPROCEDENTE a vertente impugnação, em fase de desnecessário (a) acréscimo/adequação proposta pelo Impugnante, bem como por ser ilegal a sua participação.

Dê ciência ao Impugnante, bem como se procedam às demais formalidades de publicidade determinadas em lei.

Iracema/CE, 09 de novembro de 2021.

Karizia Luzia Costa Serpa Moraes
KARIZIA LUZIA COSTA SERPA MORAES
Presidente da CPL

