

MUNICÍPIO DE CAPINZAL – SC
ASSESSORIA JURÍDICA

PARECER JURÍDICO Nº 0168/2019

*Recebido em
13/06/19
Daiane.*

De: Assessoria Jurídica

Para: Diretoria de Licitações

Objeto: Recurso Administrativo referente ao Processo Licitatório n. 0080/2019, na modalidade de Concorrência n. 0001/2019, interposto pela licitante Policeno Obras e Calçamentos Ltda. e Contrarrazões apresentadas pela licitante Construções Herval Ltda.

Trata-se de solicitação de parecer encaminhada pela Diretoria de Licitações, por meio do memorando n. 0061/2019/DL, datado de 10 de junho de 2019, subscrito pela Servidora Daiane Toscan Helt, acerca do Recurso Administrativo interposto pela licitante Policeno Obras e Calçamentos Ltda., em face de sua inabilitação no Processo Licitatório n. 0080/2019, cujo objeto consiste na contratação de empresa especializada para execução da rede coletora de esgoto sanitário do entorno do Loteamento Nova Capinzal.

Da análise dos autos do processo licitatório supracitado, tem-se que, aberto o certame na data aprazada, foi registrado pela Comissão de Licitações que 2 (duas) licitantes protocolaram os envelopes contendo a documentação e as propostas, com o fim de participar do referido certame, sendo: a empresa Policeno Obras e Calçamentos Ltda. e Construções Herval Ltda.

Abertos os envelopes contendo os documentos de habilitação, a Comissão inabilitou a licitante Policeno Obras e Calçamentos Ltda., em face de não restar comprovado o cumprimento do disposto nos itens: 4.2.2 e 4.3.4 do

H

edital, conforme constou em ata de recebimento e abertura de documentação nº 9/2019.

Constou a Comissão ainda na referida ata que, para os 3 atestados de capacidade técnica apresentados possuía apenas uma certidão de acervo técnico – CAT, e nestes o objeto não é semelhante ao objeto licitado, bem como o objeto do contrato social não se refere ao objeto contido no certame.

Diante dos fatos a Comissão habilitou a empresa Construções Herval Ltda. e inabilitou a empresa Policeno Obras e Calçamentos Ltda., concedendo-lhe prazo de 5 dias úteis para a interposição de eventual recurso e, em sendo interposto, o mesmo prazo para contrarrazões da outra empresa participante.

No prazo legal, a licitante Policeno Obras e Calçamentos Ltda., apresentou recurso em face da decisão da Comissão de Licitação que a inabilitou do certame, alegando em síntese que:

a) no que se refere ao descumprimento do item 4.2.2, o edital não especifica um documento único capaz de comprovar a inscrição municipal ou estadual, de forma que a certidão negativa deve ser considerada como prova hábil para tal, já que entende que só é possível emitir a certidão a pessoa devidamente cadastrada.

b) Quanto ao item 4.3.4, justificou a recorrente que, o edital não exige acervo de quantidade e que comprovou sua capacidade técnica através da juntada de 2 CAT de obras distintas. Alegou que a Comissão entendeu que as obras ali representadas não seriam semelhantes ao objeto licitado, entendimento que discorda, tendo em vista que, segundo ilustração produzida através das fotos juntadas, há semelhanças entre a rede de drenagem pluvial e a rede de esgoto, objeto da licitação.

Ao final, requereu o deferimento de seu Recurso, para o fim de que seja habilitada no certame, uma vez que a flexibilização do edital permitiria que empresa de ramo semelhante participe do certame.



A licitante Construções Herval Ltda., apresentou suas contrarrazões, dizendo ser acertada a decisão da Comissão de Licitações, quando da inabilitação da recorrente, pugnando pelo indeferimento do recurso interposto pela empresa Policeno Obras e Calçamentos Ltda.

É o relato do essencial.

Preliminarmente, o recurso interposto e respectivas contrarrazões foram apresentadas pelas licitantes acima nominadas respeitando o prazo previsto em lei (art. 109, inciso I, alínea "b", e §3º, da Lei n. 8.666/93) e recebidos pela Comissão de Licitações, sendo, posteriormente, solicitado pela Diretoria de Licitações análise e parecer jurídico acerca do Recursos Administrativo da licitante contra sua inabilitação no certame, razão pela qual passa-se à análise de seu mérito.


Em proêmio, embora cediço, é pertinente ressaltar que o parecer jurídico é dotado de caráter consultivo, e não vincula o consultante ou a autoridade competente, não se constituindo, portanto, como ato administrativo, representando apenas uma manifestação opinativa, que pode ser agregada como elemento de fundamentação ao ulterior ato administrativo.

Nesse sentido, conforme dispõe a melhor doutrina: "[...] reconhece-se a autonomia da autoridade competente para avaliar o conteúdo do parecer jurídico e aceitá-lo ou não". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 601)

Por outro lado, a licitação, conforme mandamento expressamente disposto no artigo 37, inciso XXI¹, da Constituição Federal de 1988, constitui-se

¹ CF/88 - Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]

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



no procedimento por excelência que precede a contratação de obras, compras, serviços e alienações no âmbito da Administração Pública, sendo norteadas por uma série de princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Nesse sentido, o caso trazido à análise desta Assessoria Jurídica deve ser analisado a partir dessas balizas constitucionais e infraconstitucionais, que informam toda a legislação acerca das licitações e contratos administrativos e vinculam tanto o Poder Público como os particulares.

É cediço que um dos princípios que norteiam a licitação é o da vinculação ao instrumento convocatório, por isso, diz-se que o Edital constitui a lei interna do processo licitatório, vinculando tanto os licitantes como a própria Administração. Nesse sentido, é pertinente o que dispõe a Lei Federal n. 8.666/93, conforme art. 3º e art. 41, que ora se transcreve:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

[...]



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

A discussão sobre a vinculação aos termos editalícios não é nova, e conforme o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

“O edital é a lei interna da licitação, e, como tal vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação (Estatuto, art. 33).” (in Licitação e Contrato Administrativo, Revista dos Tribunais, 10. ed. 1991, p. 129 e ss.)

Ainda, da doutrina de Hely Lopes Meirelles, ressalta-se que:

“A vinculação ao edital significa que a Administração e os licitantes ficam sempre adstritos aos termos do pedido ou do permitido no instrumento convocatório da licitação, quer quanto ao procedimento, quer quanto à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Em outras palavras, estabelecidas as regras do certame, tornam-se obrigatórias para aquela licitação durante todo o procedimento e para todos os seus participantes, inclusive para o órgão ou entidade licitadora.” (in Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 15ª ed. 2010, p. 51/52.

Corroborando, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que “o princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666..” (Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010, p. 542)

Não se pode olvidar, portanto, que a Administração Pública deve pautar suas atividades sob o prisma do conjunto de princípios que informam o Direito Administrativo, que marcam seu regime jurídico, todos tomados em conjunto e de forma sistemática, o que garante o fim último da própria atividade administrativa, a consecução dos valores e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Estabelecida estas premissas, no caso em análise, a licitante Recorrente Policeno Obras e Calçamentos Ltda foi inabilitada no Processo Licitatório n. 0080/2019, Concorrência n. 0001/2019, por, conforme registrado em ata pela

Comissão de Licitações, não atender ao disposto nos itens n. 4.2.2 e 4.3.4, do respectivo Edital.

Os itens tidos como descumpridos pela Comissão possuem o seguinte teor:

4.2. DOCUMENTAÇÃO REFERENTE À REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA:

[...]

4.2.2. prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede da empresa e pertinente ao objeto desta licitação, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

4.3. DOCUMENTAÇÃO REFERENTE À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

[...]

4.3.4. Comprovação de que o **profissional habilitado**, indicado conforme subitem 4.3.2 supra, e a **empresa licitante**, executaram obra de característica semelhante à constante no objeto desta licitação, demonstrando sua qualificação e experiência prévia em relação à execução dos seguintes serviços: **comprovação, através de atestados ou certidões fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pelo CREA/CAU e acompanhados da respectiva Certidão de Acervo Técnico, que comprove a experiência prévia em execução de obra com características semelhantes à licitada;**

E mais, muito embora não indicado expressamente na Ata de recebimento e abertura da documentação pela Comissão de Licitações, pertinente citar que em seu subitem 8.2, o Edital advertiu acerca da desclassificação da proposta, dispondo o seguinte:

8. DA DESCLASSIFICAÇÃO

[...]

8.2. As empresas deverão observar e cumprir as CONDIÇÕES ESPECIFICADAS, se for o caso, constante(s) do(s) ANEXO(s) que faz(em) parte e integra(m) a presente Tomada de Preços para Obras e Serviços de Engenharia, **sob pena de desclassificação da proposta apresentada.** (grifo nosso)



Isto posto, no presente caso, a partir da análise dos autos do processo licitatório, aliado à análise dos termos do recurso interposto, em confronto com as contrarrazões apresentadas, passa-se a análise do recurso propriamente dito.

1. No que se refere ao descumprimento do item 4.2.2 do edital.

Conforme consta da ata de recebimento e abertura de documentação nº 9/2019, a empresa recorrente Policeno Obras e Calçamento Ltda ME, não apresentou prova de sua inscrição no cadastro de contribuintes, estadual ou municipal, pertinente ao ramo de atividade, na sede da empresa.

Compulsando os autos, constata-se que, efetivamente a referida empresa não juntou a prova de sua inscrição no cadastro de contribuintes.

Em seu recurso, alega a recorrente que o edital do certame não especifica um documento único capaz de comprovar a inscrição municipal ou estadual, de forma que a certidão negativa apresentada, deve ser considerada como prova hábil para tal, já que entende que só é possível emitir a certidão a pessoa devidamente cadastrada.

Ocorre que a emissão de certidão relativa à débitos junto aos órgãos públicos, atualmente, é disponibilizada, a princípio, para qualquer cidadão, através da internet, independentemente de estar ou não cadastrado como contribuinte, junto ao órgão tributante.

Como referidas certidões são emitidas através de um programa, existem sim de fato, entes públicos, que limitam a obtenção de certidão de débitos de pessoas jurídicas, apenas à aquelas devidamente cadastradas como contribuinte. Todavia, esta condição está afeta ao tipo de programa que o ente público tributante utiliza.

Sendo assim, a apresentação da certidão negativa de débito não se traduz em prova cabal de que a empresa está regularmente inscrita junto ao cadastro de contribuintes do órgão.



Ademais, não é em vão que o edital do certame prevê a apresentação dos dois documentos, inclusive em itens distintos, ou seja, a apresentação da inscrição no cadastro de contribuintes está prevista no item 4.2.2 e a certidão negativa/positiva de débitos, no item 4.2.3.3 do edital, a saber:

4.2.2. prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede da empresa e pertinente ao objeto desta licitação, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

4.2.3.3. Certidão Negativa (ou Positiva com Efeitos de Negativa) de Tributos Municipais, expedida pela respectiva Secretaria Municipal da Fazenda da sede da empresa;

Assim, tem-se que a recorrente não comprovou quando da abertura do envelope de documentos, sua inscrição municipal ou estadual, na sede da empresa, nem tampouco logrou êxito em justificar dita ausência, através do recurso interposto, razão pela qual assiste razão à Comissão de Licitação quando decidiu pelo descumprimento do item 4.2.2 do edital.

2. No que se refere ao descumprimento do item 4.3.4 do edital.

Conforme consta da ata de recebimento e abertura de documentação nº 9/2019, a inabilitação da empresa Policeno Obras e Calçamento Ltda ME, teve como razão, o fato de que a mesma descumpriu o item 4.3.4 do edital, na medida que não comprovou sua qualificação técnica, tendo em vista que os atestados apresentados não se referem a obras com características semelhantes ao objeto licitado.

Em seu recurso justificou a recorrente que, o edital não exige acervo de quantidade e que comprovou sua capacidade técnica através da juntada de 2 CAT de obras distintas. Alegou que a Comissão entendeu que as obras ali representadas não seriam semelhantes ao objeto licitado, entendimento que discorda, tendo em vista que, segundo ilustração produzida através das fotos juntadas, há semelhanças entre a rede de drenagem pluvial e a rede de esgoto, objeto da licitação.



Antes de adentrarmos na análise do mérito da questão, é importante consignar que a exigência de comprovação de qualificação técnica, é autorizada pelo artigo 30 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-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;

[...]

§ 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)

[...]

§ 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.**

[...]

§ 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.



Da análise dos documentos juntados pela empresa recorrente, constata-se que, a referida empresa Policeno Obras e Calçamento Ltda ME juntou para fins de comprovação de sua capacidade técnica, dois atestados, a saber:

1. Certidão de Acervo Técnico expedido pelo Município de Pinheiro Preto, através da qual atesta a execução de obra consistente em: execução de pavimentação com pedras irregulares com área de 799,39m²; passeios com área de 463,14m²; sinalização 7 unidades; base e/ou sub-base com área de 80,44m³; compactação de aterro e/ou base com área de 1.265,53m²; meio fio 166,92m²; poço de visitas 4 unidades; boca de lobo e/ou bueiro 12 unidades; reaterro com 63,80m² e rede de águas pluviais com 94m.

2. Atestado Técnico expedido pela empresa Vinícola Longa Vida de Pinheiro Preto, através da qual atesta a execução de obra consistente em: mão-de-obra para assentamento de pedras irregulares 2950m²; mão-de-obra para assentamento de meio fio em pedra ardósia; mão-de-obra para colocação de tubos de concreto armado de 40cm de diâmetro em 30m de extensão e execução de 5 bocas de lobo.

Da análise dos atestados apresentados pela empresa recorrente é possível concluir que se trata de obras de assentamento de pedras irregulares, nas quais, também compreende a colocação de tubos de concreto, visando escoar as águas pluviais.

Note-se que, pelas características das referidas obras, não há como conceber que sejam de características semelhantes a obra licitada no certame em comento.

A alegação da recorrente no sentido de que a drenagem pluvial executada se assemelha a rede coletora de esgoto, não pode prosperar.

Primeiramente porque o objeto principal das obras apresentadas pela recorrente é o assentamento de pedras irregulares, sendo que a drenagem pluvial ali executa não é preponderante, sendo de pequenas dimensões de apenas 94m em uma e 30m na outra obra.



Além do mais, a execuções da drenagem pluvial não exige grandes habilidades, na medida que consiste apenas no aterramento de tubos de concreto, unidos por aproximação, sem qualquer vedação, ao passo que a obra licitada de rede de esgoto, possui características muito diferentes e específicas.

Na rede de esgoto, como de fácil imaginação, além de ser utilizado material totalmente diverso daquele aplicado na drenagem pluvial, são utilizadas colas, junções, recalques, além de ser observado rigoroso controle de gravidade, dentre outras técnicas apropriadas e necessárias para o bom funcionamento da rede.

Por óbvio, quando a lei e o edital se referem à obras com características semelhantes, é no sentido de não exigir que apenas se considere qualificada a empresa que já executou obra exatamente igual. Entretanto, tal expressão não quis considerar qualificada a empresa que nunca executou nenhuma obra com tais características.

Exemplificando, se o objeto licitado é uma ponte, não se poderá considerar como qualificada, empresa que tenha construído diversos prédios, tendo em vista que uma expert em construção de prédios, pode não ter experiência suficiente para construir pontes, salvo se comprovar que também já executou pontes.

O eminente professor Marçal Justen Filho que defende ser possível exigir que a empresa comprove experiência prévia sobre as quais incidam limitações de tempo, época ou locais específicos, assevera:

“Logo, se o objeto for uma ponte com quinhentos metros de extensão, não é possível que a Administração se satisfaça com a comprovação de que um sujeito já construiu uma “ponte” – eventualmente, com cinco metros de extensão. Sempre que a dimensão quantitativa, o local, o prazo ou qualquer outro dado for essencial à execução satisfatória da prestação objeto da futura contratação ou retratar algum tipo de dificuldade peculiar, a Administração estará no dever de impor requisito de qualificação técnica operacional fundado nesses dados.(...) Raciocínio similar se pode apontar relativamente às questões de locais

específicos ou prazos máximos. Alguns exemplos permitem compreender a questão. **Suponha-se um contrato versando sobre a conservação de rodovia na Região Amazônica. É evidente que as condições locais, as dificuldades inerentes à execução do contrato são muito relevantes. Não haveria cabimento em o sujeito invocar, pura e simplesmente, a experiência na conservação de rodovias em outros locais (...).**² (grifamos)

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 679/2015, do plenário, manifestou-se sobre os limites quanto às exigências da aptidão técnica, nos seguintes termos:


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

É cediço que não pode a Administração fazer exigências que restrinjam a livre competição das empresas participantes, na busca da oferta mais vantajosa para satisfazer o anseio do poder público. In casu, a exigência prevista no edital de apresentação de contrato que comprova a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços.

Nesse sentido, afirma Adilson Abreu Dallari que, “no tocante à habilitação de licitantes, é inegável que a autoridade administrativa dispõe de certa margem de discricionariedade, pois a fixação dos requisitos de capacidade técnica e financeira depende do objeto do futuro contrato” (Aspectos jurídicos da licitação. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000. p. 126).

A respeito do tema, merece transcrição o entendimento esposado por Marçal Justen Filho, assim exposto:

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. (2010, p.444)



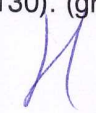
“É evidente ser impossível eliminar o risco de a pessoa contratada revelar-se incapaz tecnicamente de executar a prestação devida. Ao estabelecer certas exigências, a Administração busca reduzir esse risco. Configura-se uma presunção: a comprovação da qualificação técnica, na fase de habilitação, induz que o sujeito, se contratado, disporá de grande probabilidade de executar satisfatoriamente as prestações devidas. Ou, mais precisamente, a ausência dos requisitos de capacitação técnica, evidenciada na fase de habilitação, faz presumir que o interessado provavelmente não lograria cumprir satisfatoriamente as prestações necessárias à satisfação do interesse público. A fixação das exigências de qualificação técnica é muito relevante. Não se pode fazer em termos puramente teóricos ou burocráticos. A relação de encargos tem de cumprir a função que justifica sua instituição.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 5. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 1998. p. 300). (grifamos)

Consoante o ensinamento de Carlos Ari Sundfeld:

“A formulação, nos editais de licitação, de exigências a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional. É evidente que tais exigências limitam a competição no certame licitatório, pois resultam no alijamento de todos aqueles que, não podendo atendê-las, vêem-se privados da oportunidade de contratar com o Estado. Está-se aqui, no entanto, perante uma limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa nos mercados públicos, que a licitação visa a propiciar; trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o interesse privado (a saber: o de obter o máximo possível de negócios)”. (A Habilitação nas Licitações e o Atestados de Capacidade técnico-Operacional. In Licitações e contratos administrativos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 100-101). (grifamos)

Hely Lopes Meirelles ensina, ainda, que:

“É lícito à Administração não só verificar a capacidade técnica teórica do licitante, como sua capacidade técnica efetiva de execução - capacidade, essa, que se convencionou chamar operativa real. Advirta-se que grande parte dos insucessos dos contratados na execução do objeto do contrato decorre da falta de capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase própria da licitação, que é a da habilitação dos proponentes”. (Licitação e contrato administrativo. 12. ed. Malheiros Editores, 1999. p. 130). (grifamos)



Conclui-se, portanto, que a exigência de demonstração de qualificação técnica dos licitantes, através da apresentação de atestados comprovando experiência na execução de serviços compatíveis com o objeto licitado, não viola o disposto no art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Sobre o tema, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é pacífica. Vejamos:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Destarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência. In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços. "A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências" (Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335). Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 361736 SP 2001/0116432-0, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, Data de Julgamento: 05/09/2002, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 31/03/2003 p. 196) (grifamos)

Como se observa, a comprovação da qualificação técnico-operacional tem por finalidade assegurar que o licitante, enquanto organização empresarial, detém estrutura administrativa e organizacional mínima para executar satisfatoriamente o objeto licitado. Para tanto, busca-se saber, através da experiência anterior, se o licitante já executou objeto com características, quantidades e prazos similares ao objeto da licitação, bem como se dispõe de instalações, aparelhos e pessoal técnico disponível para a execução do contrato.

O professor Cintra do Amaral, ao abordar a imposição de exigências de qualificação técnica apresenta as seguintes considerações:

“Não encontramos absolutamente nenhum argumento favorável à licitação pública aberta a todos e admitimos sem reserva o ponto de vista segundo o qual, quando a licitação faz apelo à concorrência, é absolutamente essencial que, para cada empreendimento licitado, a concorrência pública se limite às empresas cuidadosamente escolhidas em função da importância e da natureza das obras, e reconhecidamente capazes de empreitar e executar o trabalho com os necessários requisitos de qualidade”.³ (grifamos)

Assim, exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional da própria empresa proponente, devem constituir garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.

Por fim, importante consignar as observações feitas pelo consagrado jurista Adilson Dallari, referindo-se também à outros doutrinadores, nos seguintes termos:

“NÃO DEVE O ADMINISTRADOR PÚBLICO COLOCAR EM RISCO A ATIVIDADE ESTATAL EM NOME DA AMPLA CONCORRÊNCIA. Segundo Hely Lopes Meirelles, a igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação, entretanto este princípio não impede que a Administração estabeleça requisitos mínimos de participação.

Nesse sentido, inclusive é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao assinalar que **a Administração deve conciliar o princípio da isonomia com a necessidade de segurança, oferecendo iguais oportunidades de contratação apenas a quem comprove estar realmente habilitado a executar o objeto de cada específica licitação**, não havendo sequer a possibilidade de se estabelecer um padrão universal de idoneidade. Em suas palavras:

Portanto, é inquestionável assistir ao promotor do certame licitatório certa margem de liberdade para estabelecer, no edital, padrões mínimos de idoneidade financeira e técnica, condicionais ao ingresso no certame e à disputa do objeto licitado. Por sem dúvida quadra lhe fixar os parâmetros necessários, a bem da fineza e segurança que devem presidir a relação jurídica ulterior a ser firmada com o vitorioso. Este asserto não pode ser posto em causa. É indubitoso que a matéria

³ CINTRA DO AMARAL. Qualificação técnica da empresa na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93). Revista Trimestral de Direito Público.

comporta juízo discricionário para gabaritar o nível de exigências'... **É certo que a preocupação em ampliar o universo de proponentes e facilitar a habilitação é bastante louvável, mas não pode ir ao ponto de comprometer a garantia de boa execução do futuro contrato**".⁴

Conclui-se, portanto, que a exigência de demonstração de qualificação técnica dos licitantes, através da apresentação de atestados comprovando experiência na execução de serviços compatíveis com o objeto licitado, não viola o disposto no artigo 30, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Nesse sentido, adiante-se, a apresentação de documentação em desacordo com as exigências do Edital por licitantes enseja a sua inabilitação por descumprimento de norma editalícia.

3. Do objeto constante no contrato social que não guarda referência com o objeto da licitação.

Na ata de recebimento e abertura de documentos nº 9/2019, a Comissão de Licitação apontou também como razão de inabilitação da empresa Policeno Obras de Calçamento Ltda ME, o fato do objeto de seu contrato social, não fazer referência ao objeto licitado.

É necessário consignar que, quando da interposição do recurso, a recorrente não se insurgiu quanto à esse apontamento.

Compulsando os documentos apresentados pela recorrente, constata-se que em seu contrato societário, consta como objeto social, as seguintes atividades:

"CLÁUSULA TERCEIRA. A sociedade passa a ter o seguinte objeto: COMÉRCIO DE PEDRAS; PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLOCAÇÃO DE PEDRAS EM RUAS DE PASSEIO, SERVIÇOS DE MÁQUINAS NA PREPARAÇÃO DE TERRENO, COMÉRCIO VAREJISTA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO".

⁴ Citado por Adilson Dallari, in Aspectos Jurídicos da Licitação, Saraiva, 4a ed., 1997, p. 114-115 e 119.



Já o edital de licitação, em análise, possui o seguinte objeto:

2. DO OBJETO DA LICITAÇÃO

2.1. A presente licitação tem por objeto a Contratação de empresa especializada para Execução da Rede Coletora de Esgoto Sanitário do Entorno do Loteamento Nova Capinzal, conforme Contrato de Repasse nº 0352.423-44/2011/Ministério das Cidades do Programa Aceleração do Crescimento - PAC 2/CAIXA, firmado com o município de Capinzal. Recursos do Orçamento Geral da União - OGU.

Do cotejo entre o objeto social da recorrente e o objeto licitado, constata-se que a empresa Policeno Obras de Calçamento Ltda ME, não tem no objeto do seu ato constitutivo, o objeto que o Município pretende contratar através de referido processo licitatório, qual seja, execução de rede coletora de esgoto sanitário.

Importante ainda observar que, no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ, apresentado pela empresa recorrente, consta como Código Nacional de Atividade Econômica – CNAE, o código: 23.91.5.02, com a atividade: aparelhamento de pedras para construção, exceto associado à extração.

Já o Código Nacional de Atividade Econômica – CNAE, para o objeto que o Município pretende licitar – construção de rede de coleta de esgoto - é representada pelo código: 4222-7/01, (construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas, exceto obras de irrigação), totalmente diverso do código contido na atividade constante no contrato social da recorrente.

Este motivo, por si só, induz à empresa a penalidade de inabilitação, uma vez que, este critério de avaliação é meramente objetivo, pois o CNAE deve estar efetivamente coadunado com o objeto da licitação, caso contrário, impossível cancelar à empresa licitante determinada obrigação se a mesma não comprova capacidade técnica para prestar o serviço contratado.



Deste modo têm sido o entendimento adotado pelas Cortes de Contas Estaduais, senão vejamos:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA E CONSULTORIA NAS ÁREAS CONTÁBEIS, FINANCEIRA E PATRIMONIAL. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO. EXECUÇÃO FINANCEIRA. IRREGULARIDADE. MULTA REGIMENTAL. IMPUGNAÇÃO DE VALORES. Versam os presentes autos sobre o Contrato Administrativo n.º 003/2015, formalizado entre a Câmara Municipal de Anastácio e Nilbaz Assessoria e Consultoria LTDA., objetivando a contratação de assessoria e consultoria nas áreas contábeis, financeira e patrimonial a fim de respaldar os atos e fatos da gestão pública, inclusive junto ao Tribunal de Contas do Estado TCE/MS, com valor contratual no montante de R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais). Nesta fase processual objetiva-se analisar a regularidade do procedimento licitatório, realizado na modalidade Carta Convite sob o n.º 001/2015, da formalização do Contrato Administrativo n.º 003/2015 e da respectiva execução financeira. (..) **Conforme observou a Equipe Técnica da 6ª ICE, consta na Classificação Nacional de Atividades Econômicas CNAE, da empresa contratada, qual seja, Nilbaz Assessoria e Consultoria LTDA. (p. 058, da peça digital 11), que ela poderá exercer as seguintes atividades: (imagem pág.3) Diante do objeto contratado, resta evidenciado que a empresa contratada não possui qualificação técnica para a prestação dos serviços de assessoria e consultoria nas áreas contábeis, financeira e patrimonial. A Receita Federal, inclusive, considera obrigatório o registro correto no CNPJ e CNAE das atividades exercidas pelas empresas, independentemente do objeto descrito no contrato social ou estatuto.** Desse modo, conclui-se que o procedimento licitatório não reúne as condições necessárias para sua aprovação, em virtude das irregularidades supramencionadas. (...) **De fato, conforme restou constatado que a empresa contratada não possui capacidade técnica para prestar os serviços contratados, não há como considerar regular a prestação de contas da contratação pública em apreço, sendo necessário, inclusive, impugnar os valores pagos à empresa Nilbaz Assessoria e Consultoria LTDA., (...)** É a Decisão. Nos termos do artigo 70, § 2º, do Regimento Interno, determino a remessa destes autos ao Cartório para providências regimentais. Campo Grande/MS, 10 de julho de 2017. Cons. MARISA SERRANO RELATORA (TCE-MS - CONTRATO ADMINISTRATIVO: 98412015 MS 1.597.314, Relator: MARISA JOAQUINA MONTEIRO SERRANO, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 1587, de 17/07/2017) (grifamos)

Como consignado acima, a empresa Policeno Obras de Calçamento Ltda ME apresentou CNAE referente ao código: 23.91.5.02, com a atividade:



aparelhamento de pedras para construção, exceto associado à extração, que difere ao código exigido para execução da obra do certame, qual seja, a descrita no código 4222-7/01, construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas, exceto obras de irrigação, situação que permite concluir que a referida empresa não está habilitada à execução da obra a que se refere o certame.

Diante dessa realidade, havendo extrapolação por parte do administrador em operações **evidentemente estranhas** ao objeto social da empresa, o negócio jurídico assim formatado não obriga a pessoa jurídica.

Assim não há dúvida quanto à necessidade da exigência, em processo licitatório, de que a empresa licitante tenha objeto social pertinente e compatível com o objeto posto na licitação. Com efeito, caso não tome essa cautela a Administração poderá não estar contratando de fato a sociedade empresária, uma vez que os atos praticados pelo Administrador não lhe serão imputados.

Nessa mesma linha, após expressar o seu pensamento pessoal sobre a matéria, o professor Marçal Justen Filho⁵ adverte que tem sido entendido de *modo generalizado* que a pessoa jurídica somente poderá ser habilitada quando o objeto da licitação for compatível e pertinente com o seu objeto social. E isso, pondera o mestre, independentemente de qualquer outra exigência legal específica.

De outra banda, no âmbito do Tribunal de Contas da União a questão encontra-se aquilatada nos seguintes termos, *verbis*:

“REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. PREGÃO. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. **INCOMPATIBILIDADE ENTRE O OBJETO DA LICITAÇÃO E OS OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE. PROCEDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA HABILITAÇÃO E ADJUDICAÇÃO.** ARQUIVAMENTO. **1. Inviável a habilitação de licitante cujo objeto social é incompatível com o da licitação.** 2. A contratação de empresa especializada em locação de mão-de-obra deve se restringir às situações em que as características intrínsecas

⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: São Paulo, 2008. Editora Dialética, 12ª Edição, pág. 388/389.

dos serviços impossibilitem a contratação da prestação dos mesmos".
(Acórdão 1.021/2007 – Plenário, relator ministro Marcos Vinícios Vilaça).

Em suma, embora a lei geral de licitações (Lei 8.666/93) não trate de maneira específica a referida questão, apenas tangenciando de modo indireto a matéria em seus artigos 28, inciso III, e 29, inciso II, é certo que o ordenamento jurídico vigente exige da Administração que tome o cuidado de verificar se o objeto social da sociedade empresária tem pertinência e conexão com o objeto da licitação.

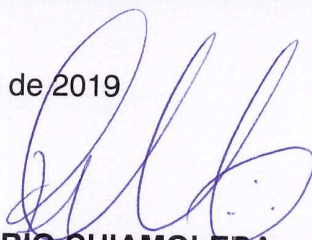
Diante do exposto, muito embora conhecidas as alegações postas no recurso da empresa Recorrente, o objeto de tal reclamação não pode ser considerado um vício sanável, motivando desta forma a manutenção de sua inabilitação. Assim, deve-se reconhecer a acertada decisão da Comissão Permanente de Licitações em inabilitar a proposta da empresa ora Recorrente.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, considerando o caso trazido à análise desta Assessoria Jurídica, o parecer é no sentido de que seja desprovido o Recurso apresentado pela licitante Policeno Obras de Calçamento Ltda ME ante o descumprimento aos itens n. 4.2.2 e 4.3.4 do Edital do Processo Licitatório n. 0080/2019, bem como em relação a divergência a que se refere o CNAE, mantendo incólume a decisão da Comissão de Licitações pela sua inabilitação no certame.

S.M.J, é o parecer que submetemos à Vossa consideração.

Capinzal-SC, 12 de junho de 2019



HILÁRIO CHIAMOLERA

Assessor Jurídico

OAB/SC 7.681