

INCLÍTO SENHOR PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE VÁRZEA GRANDE – SENHOR LANDOLFO L. VILELA GARCIA.

Vistos, j. aus autos respectivos.

Após, a consideração de

Sr. Pregoeiro . V.G, 04/09/13

Samara Diant Ferr

PROTOCOLO Nº _____	
Data: 04/09/13	Hora: 16:26h
Resp.: <i>Samara Diant Ferr</i>	
Setor de Licitação - P. M. V. G.	

**REFERENTE: EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº 033.2013
PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 187912/2013.**

S. M. DE ALMEIDA E SILVA & CIA LTDA - ME, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Cidade de Várzea Grande – MT, sito à Rua do Engordador, n.º 10, Sala 02 Distrito do Engordador, inscrita no **CNPJ/MF** sob o n.º **09.492.967/0001-02**, vem à presença de Vossa Senhoria, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, com supedâneo no, **Item 3.0 e Subitem 3.1**, e principalmente, conforme previsto no Artigo. 12 do Decreto N. 3.555/00 e Artigo 41 Lei 8666/93, interpor a presente,

IMPUGNAÇÃO

Ao Edital do Pregão em epigrafe, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.



I. RESSALVA PRÉVIA

A Signatária manifesta, preliminarmente, seu respeito pelo trabalho do Pregoeiro, da equipe de apoio, e de todo o corpo de servidores da Prefeitura Municipal de Várzea Grande.

As divergências objeto da presente impugnação referem-se unicamente à aplicação da Constituição Federal, da Lei de Licitações, da Lei do Pregão e do Decreto 3.555/2000 em relação ao procedimento licitatório em exame. Não afetam, em nada, o respeito da Signatária pela instituição e pelos ilustres profissionais que a integram.

No mais, a peticionária afirma seu total interesse e disposição em vir a prestar serviços a esta sociedade. No entanto, não pode deixar de questionar algumas inconsistências presentes no Pregão Presencial nº 033/2013 ora promovido.

II. SÍNTESE FÁTICA

A Prefeitura Municipal de Várzea Grande, iniciou-se processo licitatório na modalidade Pregão Presencial sob nº 033/2013 que tem por objeto o Registro de Preços para futura e eventual contratação de empresa capacitada na prestação de serviços na locação de veículos, caminhões, ônibus, micro ônibus, vans e máquinas, incluindo mão de obra (operadores/com e sem motorista) e seguro dos veículos, para atender todas as Secretarias do Município de Várzea Grande/MT, conforme edital e seus anexos.

A **IMPUGNANTE**, no intuito de participar desse certame, obteve o edital em questão para poder preparar uma proposta estritamente de acordo com as necessidades dessa Administração.

Contudo o ato convocatório está eivado de vícios contaminado por inteiro o processo licitatório, seja porque faz exigências **vedadas** expressamente e tacitamente pela legislação em vigor, pela jurisprudência dos Tribunais.

Vejamos a seguir.



III. DA ILEGALIDADE NAS EXIGÊNCIAS PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

No que se refere a qualificação técnica, prevê o instrumento o ato convocatório a necessidade de apresentação de atestados de capacidade técnica (o que é plenamente legal), mas acompanhados de firma reconhecida (item 12.5.1), dos contratos dos quais foram originados (Item 12.5.1.2) e das respectivas notas fiscais/faturas da prestação do serviço. No entanto, tais exigências são flagrantemente ilegais e, também por isso, restringem ilegalmente a participação no certame e devem ser extirpadas do instrumento convocatório como será claramente demonstrado adiante.

a) DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CONTRATOS E NOTA FISCAL PARA VALIDAÇÃO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA

O item 12.5.1 ; 12.5.1.1 E 12.5.1.2 do Edital determina:

12.5 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

12.5.1 A empresa deverá apresentar atestado de capacidade técnica, compatível ao objeto da licitação, podendo ser emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado (caso o atestado seja emitido por pessoa jurídica de direito privado, deverá obrigatoriamente ser apresentado com firma reconhecida em cartório).

12.5.1.1 O(s) Atestado(s) de capacidade técnica, para comprovação de aptidão da licitante, que deverá ocorrer através da apresentação de atestado(s) por lote, que pretende concorrer, expedido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprovem a empresa estar apta a prestar o serviço licitado, nos termos do artigo 30, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993;

12.5.1.2 O(s) atestado(s) de capacidade técnica apresentado(s) deverão estar acompanhados dos respectivos contratos ou cópia da nota fiscal que lhes deram origem, quando emitido por empresa privada, o mesmo deverá estar com firma reconhecida em cartório, o Pregoeiro poderá realizar diligência para confirmar as informações.

É este o item impugnado.

A ilegalidade constante no Edital consiste, mais especificamente, em exigir que os licitantes apresentem, para comprovar sua qualificação técnica, não só Atestados de Capacidade Técnica,



emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado às quais já tenha prestado serviço, como também os seus respectivos contratos e notas fiscais/faturas.

Tais exigências infringem, como demonstraremos, dispositivos da Lei nº 8.666/93 e os princípios que devem nortear a relação da Administração com o particular, no âmbito do procedimento licitatório.

Dispõe o artigo 30 da Lei 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 adequado e disponível para 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 de licitações pertinentes a obras e serviços, **será feita por atestados** fornecidos por pessoas ou jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (...)

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

Uma leitura atenta do **artigo 30 da Lei de Licitações** e seus respectivos incisos e parágrafos nos leva inequivocamente a concluir pela ilegalidade da exigência da apresentação do contrato junto aos Atestados de Capacidade Técnica pelas licitantes.

O *caput* do referido artigo é bastante claro ao anunciar que ele elenca **apenas aquilo o que é permitido** à Administração exigir para fins de comprovação da aptidão técnica da empresa. Delimita, assim, o limite máximo de exigências que pode ser feito ao particular.

Ora, para se avaliar a experiência anterior dos licitantes – seja na habilitação, seja no âmbito do julgamento da proposta técnica – basta o exame dos atestados apresentados (que já reproduzem os dados necessários à avaliação dos serviços prestados). Não é

exigível que sejam também apresentados pelos licitantes os contratos que deram origem a esses atestados, nem mesmo as notas fiscais/faturas.

É inegável que, assim como o artigo 27 da Lei de Licitações limita as exigências que a Administração Pública pode fazer na fase de Habilitação da empresa ao procedimento licitatório, o artigo 30 destina-se a especificar o que pode ser exigido como quesito de qualificação técnica na licitação, em termos não só de "aptidões" que a licitante deve possuir, como também de documentação exigida para comprová-la.

Na ausência de qualquer previsão legal expressa de que devem os Atestados de Capacidade Técnica apresentados pelas licitantes vir acompanhados de seus respectivos contratos, entende-se abusiva e ilegal a exigência de apresentação de contratos constante no edital acima referido.

Ressalte-se que este entendimento não é fruto de uma leitura excessivamente formalista e restritiva da Lei 8.666/93, mas encontra amparo na própria Constituição Federal e na interpretação doutrinária dominante acerca do disposto no artigo 30 da Lei de Licitações.

Conforme prevê o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal:

"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 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 (grifo nosso)".

A respeito do dispositivo constitucional acima citado e do disposto no artigo 30 da Lei 8.666/9, ensina Marçal Justen Filho que:

"a legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou meramente formais (...) Especialmente em virtude da regra constitucional (artigo 37, XXI), somente poderão ser impostas exigências compatíveis com o mínimo de segurança da Administração Pública. A regra é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas"

E continua, mais adiante:

“na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, estabeleceu-se que somente podem ser previstas no ato convocatório exigências autorizadas na Lei (art. 30, § 5º). Portanto, estão excluídas tanto as cláusulas expressamente reprovadas pela Lei 8.666 como aquelas não expressamente por ela permitidas (idem, p. 310)”

Sobre o assunto pronuncia-se também Carlos Pinto Coelho Motta, aludindo ao papel de “guardião” do princípio da igualdade desempenhado pelas limitações impostas pelo artigo 30 da Lei de Licitações:

“Os chamados ‘requisitos limítrofes’ da habilitação, circunscritos por lei (arts. 27 ao 31 da lei 8.666/93) e autorizados pela própria Carta Magna (art. 37, XXI), situam-se em favor do princípio da igualdade, estabelecendo critérios para a delimitação do que, em última análise, representará a ‘idoneidade’ do proponente em dada licitação” (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos, p. 227).

Para além da inequívoca ilegalidade da exigência de que a licitante apresente não só atestados, mas também seus respectivos contratos - com a finalidade de comprovar sua qualificação técnica para fins de avaliação de sua proposta técnica – **está também E PRINCIPALMENTE a discrepância de tal exigência em relação tanto às normas que regem os contratos na esfera privada, quanto ao próprio sentido das exigências relativas à qualificação técnica da empresa no procedimento licitatório.**

A relação entre o particular e a Administração Pública, bem como o contrato entre ambos celebrado é, como se sabe, regida por regras e princípios específicos, com vistas a garantir o melhor atendimento do interesse público. O requisito de forma escrita do contrato administrativo está previsto no § único do art. 4º da Lei 8.666/93.

Essas mesmas regras, no entanto, não se aplicam à relação entre entes privados, cuja dinâmica emerge de base totalmente distinta, ancorada na autonomia da vontade, cuja validade não depende,

necessariamente, de forma especial, conforme preceituam os **artigos 104, III e 107 2, ambos do Código Civil Brasileiro**, quando tratam dos negócios jurídicos.

Assim sendo, os contratos, entendidos em sentido amplo como livre expressão da vontade das partes, não necessariamente precisam ser formalizados, e tampouco seguem a forma escrita, para existir. Isto quer dizer que, especialmente na esfera privada, não há a obrigatoriedade de existir um "*Contrato*" para dar início à prestação de serviços e a todas as obrigações e direitos dela decorrentes.

Há clientes desta Signatária (e possivelmente também de outras licitantes), **no âmbito da iniciativa privada**, que adotam procedimento diverso, como, por exemplo, a expedição de pedido de compra e/ou de ordem de serviço em resposta a uma proposta comercial, sem que para isso seja propriamente lavrado um "contrato".

Em face dessa realidade, a exigência constante no Edital da Prefeitura Municipal de Várzea Grande é problemática porque, além de notadamente ilegal, pode ser materialmente impossível de ser atendida por alguns dos licitantes.

Isso prejudicaria a avaliação da qualificação técnica de licitantes plenamente capacitados e cujos serviços prestados a outros particulares não estejam assentados em "*contratos*" (aqui no seu sentido formal, ou seja, de um instrumento contratual), sendo assim não-passíveis de comprovação formal (embora sejam comprovados de forma inequívoca pelos próprios atestados, na forma da lei ou, o que se coloca apenas para argumentar, por outros documentos com a mesma força probatória – como uma ordem de serviço, um pedido de compra ou uma nota fiscal).

Ora, a 'qualificação técnica', como bem define Marçal Justen Filho, "*consiste [em termos sumários] na aptidão teórica e prática para execução do objeto a ser contratado*" (Comentários. Cit., p. 300).

Tal aptidão, por sua vez, deriva da experiência anterior da empresa na execução de serviços similares, que comprovem a aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível ao objeto licitado (art. 30, II e § 3º da Lei 8.666/93).

Nesse sentido, a exigência constante no instrumento convocatório configura-se, além de formalista, descabida: se o que importa é que o licitante comprove a sua qualificação técnica, através de Atestados de Capacidade Técnica, não faz sentido desconsiderar o serviço prestado e, conseqüentemente, a real experiência que a licitante possui, em função da ausência de um documento formal, qual seja, de um contrato escrito celebrado entre a licitante e a empresa à qual o serviço foi prestado.

Veja-se que o Tribunal de Contas da União corrobora a tese da Signatária:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade, previstos no inc. VII do art. 237 do Regimento Interno c/c o § 1º do art. 113 da Lei 8.666/93, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. fixar, com fulcro no inc. IX do art. 71 da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno desta Corte, o prazo de sessenta dias para que o Departamento de Logística do Exército Brasileiro/Ministério da Defesa:

(...)

9.2.2.6. EVITAR EXIGÊNCIA DE OS ATESTADOS TÉCNICOS SEREM ACOMPANHADOS DE CÓPIAS DAS PÁGINAS DOS CONTRATOS CORRESPONDENTES (A EXEMPLO DO ITEM 1.1 DO ANEXO D);(Acórdão 2024/2007 – Plenário – TCU – Relator Min. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI, DOU 28/09/2007)

Indo adiante, a exigência padece de absoluta falta de razoabilidade. Não é razoável exigir dos licitantes que, no âmbito da proposta técnica, apresentem, além dos atestados comprovando a execução anterior de serviços similares aos do Edital, os respectivos contratos. Ora, a exigência não encontra amparo racional: se o serviço é comprovado por atestados, não é necessária a apresentação dos respectivos contratos (exceto, é claro, em caso de fundada dúvida a respeito do teor do atestado, caso que a Lei confere a prerrogativa da diligência ao administrador).

Em outras palavras, a exigência formulada no Edital não se presta a qualquer finalidade – senão restringir (sem qualquer motivação) a forma de comprovação dos requisitos exigidos em sede de

habilitação, restringindo indevidamente a participação idônea de empresas que tenham clientes na iniciativa privada, onde os contratos não possuem requisito de forma. Nem mesmo visa ao atendimento do interesse público que, como demonstrado acima, pode ser resguardado pela realização de diligências (art. 43, §3º, da Lei 8.666/93), em caso de qualquer dúvida a respeito dos atestados apresentados juntamente com a proposta.

b. DA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE FIRMA DOS ATESTADOS – POSSIBILIDADE DE COMPROVAR A AUTENTICIDADE POR OUTRAS VIAS – DESVIO DE FINALIDADE

No *item 12.5.1 ; 12.5.1.1 E 12.5.1.2* que trata da qualificação técnica das licitantes, exige o Edital a apresentação de atestados de capacidade técnica com firma reconhecida, se emitidos por pessoa jurídica de direito privado:

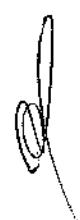
Entretanto, não há necessidade e até mesmo fundamento legal para a mencionada exigência. Vejamos: nos termos da Lei 8.666/93, *“Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial”*.

Ou seja, são diversas as formas de comprovar a autenticidade dos documentos de habilitação, podendo inclusive a licitante preferir levar a via original e uma cópia para que a Administração a autentique no ato.

Logo, a manutenção da exigência de firma reconhecida desvia a finalidade da qualificação técnica, porque é perfeitamente dispensável ante as outras formas de comprovação (a exemplo da cópia autenticada e da apresentação dos originais).

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, considerando, inclusive, que a falta de reconhecimento de firma é mera irregularidade, passível de ser saneada sem prejuízo ao interesse público:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE RECONHECIMENTO DE FIRMA EM CERTAME LICITATÓRIO.



1. A ausência de reconhecimento de firma é mera irregularidade formal, passível de ser suprida em certame licitatório, em face dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

2. Recurso especial improvido”.

(STJ, REsp 542333 / RS Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. 20/10/2005).

“(…) PREVALÊNCIA DA SUBSTÂNCIA DO ATO EM DETRIMENTO DA FORMA. NÃO OCORRÊNCIA DE LESÃO AOS PRINCÍPIOS DE LEGALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIAS DOS ATOS PÚBLICOS. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

(…) 2. Mera particularidade formal na composição de documento, sequer classificada como irregularidade, não possui o condão de prejudicar

os pressupostos de legalidade do ato administrativo praticado, dentre os quais cite-se a impessoalidade, moralidade, publicidade e transparência”.

(STJ, RMS 18254 / RS, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, j. 19/05/2005).

Mesmo porque, “o princípio da finalidade (...) representa o atendimento ao interesse público descrito e almejado na norma jurídica, seja essa norma, regra ou princípio, visando ao eficaz atendimento das necessidades sociais e à realização de justiça³.”

SIQUEIRA, Mateus Eduardo; BERTONCINI, Nunes. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 169-170.

Ademais, e considerando que a licitação sempre deve visar ampliar o universo de competidores, as normas do edital devem ser interpretadas em favor da ampliação da disputa.

A Lei 8.666/93, quando dispõe sobre a documentação que poderá ser exigida para fins de aferição da qualificação técnica das licitantes, prevê:

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;

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:

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).

a) (Vetado).

b) (Vetado).

§ 2o As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

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 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.

§ 7o (Vetado).

I - (Vetado).

II - (Vetado).

§ 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

Arrisco-me a dizer que está pacificado que a exigência da nota fiscal junto ao atestado de capacidade técnica para participação nas licitações pública é ilegal, sob o prima que o artigo 30 da Lei 8666/93 que disciplina a apresentação de atestado não autoriza a Administração solicitar documento adicional. A Administração não pode exigir algo que a lei não lhe permita.

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

“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto, na Administração pessoal é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza.” (grifo nosso)

Veja decisão do Tribunal da Justiça quanto ao assunto:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR AS SANÇÕES IMPOSTAS E IMPEDIR A

SUSPENSÃO DO CREDENCIAMENTO DA IMPETRANTE DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES.

Não é lícito à Administração Pública fazer exigência que a lei não faz (artigo 30, II, da lei nº. 8.666/93). Sendo assim, a vinculação de comprovação da capacidade técnica por meio de apresentação das respectivas notas fiscais traduz-se ilegal e desarrazoada, violando direito líquido e certo do impetrante. (TJAC Tribunal Pleno, MS nº 5011276320108010000/AC, rel. Juiz Arquilau de Castro Melo, de 13/04/2011)

Em recente decisão a Corte de Contas da União manifestou-se:

É indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei 8.666/1993

Representação de empresa acusou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 280/2012, promovido pelo Instituto Nacional de Câncer (Inca), destinado à contratação de solução de storage. Três empresas participaram do certame, sendo que a classificada em primeiro lugar veio a ser inabilitada. Entre os motivos que justificaram essa decisão, destaque-se a apresentação por essa empresa de atestados técnicos desacompanhados das notas fiscais, exigência essa que constara do respectivo edital. A respeito de tal questão, o relator anotou que “a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão ‘limitar-se-á’, elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário)”. Ressaltou, ainda, que “nenhuma dúvida ou ressalva foi suscitada, pela equipe que conduziu o certame, quanto à idoneidade ou à fidedignidade dos atestados apresentados pela empresa”. E, mesmo que

houvesse dúvidas a esse respeito, “de pouca ou nenhuma utilidade teriam as respectivas notas fiscais”. Em tal hipótese, seria cabível a realização de diligências para esclarecer ou complementar a instrução, consoante autoriza do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator e por considerar insubsistente esse e o outro motivo invocados para justificar a mencionada inabilitação, decidiu: a) determinar ao Inca que torne sem efeito a inabilitação da detentora da melhor oferta na fase de lances, “anulando todos os atos subsequentes e retomando, a partir desse ponto, o andamento regular do certame”; b) dar ciência ao Inca de que a exigência de apresentação de atestados de comprovação de capacidade técnica “acompanhados de cópias das respectivas notas fiscais, afronta o disposto no art. 30 da Lei 8.666/1993”. *Acórdão 944/2013-Plenário, TC 003.795/2013-6, relator Ministro Benjamin Zymler, 17.4.2013.*

É de bom alvitre ressaltar que o edital de licitação não deve exigir documentos em demasia e, muito menos, requisitar comprovações desproporcionais ao objeto licitado. Na fase de habilitação, a Administração Pública verifica as propostas que em tese podem ser aceitas em razão da pessoa do proponente, aferindo se reúne ele condições para executar o objeto da licitação.

Ora, da leitura do artigo supra, verifica-se que **em nenhum momento** a lei menciona a possibilidade de exigir das licitantes o reconhecimento da assinatura do emitente do atestado de capacidade técnica.

Pela leitura do já citado art. 104, III do Código Civil, “*A validade do negócio jurídico requer: III - forma prescrita ou não defesa em lei*”.

E a Lei de Licitações, assim como o Código Civil, não condicionam a validade do atestado de capacidade técnica a esse requisito.

Suponha-se que determinado licitante (o que pode ser o caso desta Impugnante), possua em seu poder atestado de capacidade técnica anteriormente emitido por pessoa que não mais esteja vinculada à



pessoa jurídica que o emitiu (ou que resida em outra cidade, ou até mesmo que já tenha falecido). **Como obter reconhecimento da firma no escasso prazo do pregão?**

Por isso, referida exigência causa afronta direta ao princípio da legalidade (art. 37, *caput* da CF), segundo o qual à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Consoante as lições de Carlos Ari Sundfeld, "a ligação da Administração Pública com a lei é, portanto, extensa e inafastável, podendo ser resumida como segue: a) seus atos não podem contrariar, implícita ou explicitamente, a letra, o espírito ou a finalidade da lei; b) a Administração não pode agir quando a lei não autorize expressamente, pelo que **nada pode exigir ou vedar aos particulares que não esteja previamente imposto nela**".⁴ (g.n.) ⁴

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30.

Diante disso, poderá ocorrer a situação da experiência da licitante existir, mas não poder ser comprovada devido à exigência completamente ilegal em comento, causando, por conseguinte, uma violação ao princípio da competitividade, na medida em que nem todas as licitantes que detêm experiência nos itens licitados poderão concorrer, simplesmente por não possuírem o reconhecimento da firma do emitente do atestado.

Ainda, referida determinação é reprovada pelos Tribunais, conforme se verifica em decisões semelhantes:

Segue a jurisprudência do Poder Judiciário em casos semelhantes, onde se exigiam notas fiscais para prova dos atestados de capacidade técnica:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR AS SANÇÕES IMPOSTAS E IMPEDIR A SUSPENSÃO DO CREDENCIAMENTO DA IMPETRANTE DO SISTEMA DE CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES.

NÃO É LÍCITO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FAZER EXIGÊNCIA QUE A LEI NÃO FAZ (ARTIGO 30, II, DA LEI Nº. 8.666/93). SENDO ASSIM, A VINCULAÇÃO DE COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA POR MEIO DE APRESENTAÇÃO



DAS RESPECTIVAS NOTAS FISCAIS TRADUZ-SE ILEGAL E DESARRAZOADA, VIOLANDO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. (MS 5011276320108010000 – TJAC 0501127-63.2010.8.01.0000 – JULGAMENTO:13/04/2011”

Vale a pena, ainda, verificar o disposto no Parágrafo Primeiro do artigo 3º da Lei nº 8.666/93:

“§ 1º – É vedado aos agentes públicos:

I – ADMITIR, PREVER, INCLUIR OU TOLERAR NOS ATOS DE CONVOCAÇÃO, CLÁUSULAS QUE COMPROMETAM RESTRINJAM OU FRUSTREM O SEU CARÁTER COMPETITIVO 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.” (Grifos nossos)

Por isso, a exigência ilegal ora observada destoa completamente dos objetivos que regem os procedimentos licitatórios, na medida em que demanda documentos que extrapolam os meios de comprovação de aptidão dos licitantes, contrariando os artigos 3º e 30 da Lei 8.666/93, além do art. 37, XXI da Constituição da República.

A lei não faculta ao Administrador escolher as exigências técnicas de acordo com sua conveniência. Ou cumpre o que esta na lei ou então coloca o edital em rota de anulação por ilegalidade. Não pode a Administração Pública, baseada em uma suposta segurança, exigir algo que extrapola os limites legais e que em vez de proteger o órgão licitante o prejudica, afastando competidores e limitando a participação na licitação e, por conseqüência, eliminando desnecessariamente propostas vantajosas.

Se há necessidade de se conferir a veracidade do atestado, cabe ao Pregoeiro/Comissão realizar as diligências previstas no Parágrafo Terceiro do artigo 43 da Lei nº 8.666/93 e assim complementar as informações do atestado em que pairam quaisquer dúvidas.

Sobre tal ponto o TCU já teve oportunidade de se manifestar concluindo que é indevida a exigência de que atestados de qualificação técnica sejam acompanhados de cópias das



respectivas notas fiscais, visto não estarem estes últimos documentos entre os relacionados no rol exaustivo do art. 30 da Lei 8.666/1993. (Ac. 944/2013-Plenário, TC 003.795/2013-6, sessão de 17.4.2013).

Nesse julgamento do TCU o Relator, Min. Benjamin Zymler, anotou que **“a jurisprudência do Tribunal é firme no sentido de que o art. 30 da Lei 8.666/1993, ao utilizar a expressão ‘limitar-se-á’, elenca de forma exaustiva todos os documentos que podem ser exigidos para habilitar tecnicamente um licitante (v.g. Decisão 739/2001 – Plenário; Acórdão 597/2007 – Plenário)”**. Ressaltou, ainda, que **“nenhuma dúvida ou ressalva foi suscitada, pela equipe que conduziu o certame, quanto à idoneidade ou à fidedignidade dos atestados apresentados pela empresa”**. E, mesmo que houvesse dúvidas a esse respeito, **“de pouca ou nenhuma utilidade teriam as respectivas notas fiscais”**.

Por sua vez o TJAC confirma tal entendimento ao ter decidido em certo caso quanto a que **não é lícito à Administração Pública fazer exigência que a lei não faz (artigo 30, II, da Lei 8.666/93). Sendo assim, a vinculação de comprovação da capacidade técnica por meio de apresentação das respectivas notas fiscais traduz-se ilegal e desarrazoada, violando direito líquido e certo do impetrante. (TJAC, Pleno, MS 5011276320108010000/AC, j. 13/04/2011).**

c. DO JULGAMENTO POR LOTE

O TCU, na Decisão 393/94 do Plenário, assim se posicionou:

“firmar o entendimento, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, §1º, inciso I; art. 8º, § 1º e artigo 15, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/1993, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades



autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade".

Na esteira desse entendimento, foi publicada a Súmula nº 247 do TCU, que estabeleceu que:

"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade".

A licitação por itens, nas precisas palavras de Marçal Justen Filho,

*"consiste na concentração, em um único procedimento, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos"*². Continua, ensinando que *"a licitação por itens deriva do interesse em economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública, agilizando a atividade licitatória"*³.

Nesse ponto, resta claro que o legislador presume que os princípios da isonomia e da competitividade, tão caros à Administração, se coadunam mais com esse tipo de licitação, o qual deve ser a regra, deixando a licitação por lote único como exceção. Para Jessé Torres Pereira Júnior, ao comentar acerca do parcelamento do objeto, o dispositivo quer *"ampliar a competitividade no âmbito do mesmo procedimento licitatório, destinado à compra da integralidade do objeto. A ampliação adviria da possibilidade de cada licitante apresentar-se ao certame para cotar quantidades parciais do objeto, na expectativa de que tal participação formasse mosaico mais variado de cotações de preço, barateando a compra, de um lado, e proporcionando maior acesso ao certame a empresas*

de menor porte, de outro"⁴. O mesmo autor ensina que, existindo a possibilidade de parcelamento do objeto, esse é dever da Administração, sob pena de descumprir princípios específicos da licitação, tal como o da competitividade⁵.

Perfilhando o mesmo entendimento, Justen Filho ensina que:

"o fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência"⁶.

Nesse ponto, ousamos discordar do celebrado autor, pois não nos parece que se possa alegar, sem a análise do caso concreto, que a licitação por itens ou por lote único seria mais eficiente. O TCU já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que, no caso específico, a licitação por lote único seria a mais eficiente à administração:

Assim, nas hipóteses de licitação com diversidade de serviços, o **entendimento dos Tribunais de Contas tem sido o de que o parcelamento ou não do objeto da licitação deve ser auferido sempre no caso concreto, perquirindo-se essencialmente acerca da viabilidade técnica e econômica do parcelamento e da divisibilidade do objeto.** O TCU, no Acórdão nº 732/2008, se pronunciou no sentido de que:

"a questão da viabilidade do fracionamento deve ser decidida com base em cada caso, pois cada obra tem as suas especificidades, devendo o gestor decidir analisando qual a solução mais adequada no caso concreto".

O Entendimento do TCU.

Portanto, verifica-se que o critério de julgamento de "Menor Preço por Lote", ao invés de menor preço unitário, é danoso ao erário e, nesse sentido, cada vez mais os Órgãos de Controle têm-se posicionado contra esse critério. O Tribunal de Contas da União - TCU sumulou[1]:



“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. SÚMULA 247”ii[2].
(destaque nosso).

E, nesse esteio, o mesmo TCU, em suas orientaçõesiii[3], já estabeleceu o seguinte:


“Em compras, a divisão do objeto em itens torna-se quase obrigatória, a não ser que fique comprovado prejuízo para o conjunto. Geralmente são comprados itens distintos de materiais de expediente, de móveis, de equipamentos, de suprimentos etc. A divisão do objeto em lotes ou grupos como se itens individuais fossem, deve ser vista com cautela pelo agente público, porque pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos, com prejuízo para a Administração”. (destaque nosso).

Desta forma, percebe-se que esse tipo de julgamento do “Menor Preço por Lote” fere, frontalmente, o Princípio da Economicidade, não se traduzindo, em hipótese alguma, na obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, posto que essa só seria obtida com o critério “Menor Preço por Item”, na aplicação (subsidiária, para a modalidade Pregão) do art. 15, IV da Lei nº 8.666/93, que estabelece que *“as compras, sempre que possível, deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade”*; assim, mais do que um princípio constitucional, previsto no art. 70 da Carta Federal e aplicado às licitações, a economicidade é um ponto basilar, estruturante e fundamental das licitações, e dever da Administração, sendo que a sua violação, além de se traduzir em prejuízo para o Poder Público, também afronta ao Princípio da Legalidade, bem como a eficiência dos atos da Administração, impedindo-a da busca do seu fim maior, que tem como base, dentre outros princípios, o atendimento do interesse público, ou seja, o Princípio da Supremacia do Interesse Público!



Seguindo essa linha principiológica, percebe-se, ainda, a relação entre os princípios regedores do procedimento licitatório, pois os mesmos não funcionam isoladamente, incólumes; pelo contrário: são parcelas de uma engrenagem que rege a Administração Pública, sendo estreita a relação entre economicidade, legalidade e eficiência, pois não basta, apenas, a persecução da melhor proposta, mas esta tem que ser atingida, também, de forma prevista legalmente e de maneira eficiente na gestão dos recursos, tendo em vista o binômio custo-benefício. Nessa toada, verifica-se, assim, que, efetiva, legal e formalmente, não se recomenda esse critério de "Menor Preço por Lote", sendo possível, apenas, menor preço unitário; a utilização do menor preço por lote demanda a necessidade de razões técnicas e econômicas, devidamente justificadas, que, de fato, raramente se aplicam aos casos concretos, como veremos adiante.

Assim, esse pseudo-critério de julgamento estabelecido como "Menor Preço por Lote" demonstra-se danoso ao erário, pelos seguintes motivos: primeiramente, em se tratando de diversos itens, dever-se-ia ser estabelecido menor preço por item, já que nas compras, a licitação sempre deverá, obrigatoriamente, ser do tipo *menor preço*, sendo que a licitação por itens opera como se diversas licitações fossem, agrupadas em uma só, devendo, assim, estabelecer-se como critério de julgamento o menor preço por item, face à individualidade de procedimentos (art. 4º, X da Lei nº 10.520/02 c/c art. 8º, V do Dec. nº 3.555/00 e, subsidiariamente, art. 15, IV c/c art. 45, §1º, I da Lei nº 8.666/93); em segundo lugar, para a adoção do critério do menor preço por lote, como no caso em estudo, deve-se, antecipada e necessariamente, justificar o motivo para tal (a exemplo de prejuízo, devidamente comprovado, se a licitação fosse por item, ou perda de economia de escala, etc.), ao que, em não havendo justificativa técnica e economicamente viável, além de plausível para isso, jamais se deveria adotar tal critério; e, por derradeiro, há, ainda, o fato de que, em se estabelecendo o critério do menor preço por lote, em não se cotando todos os itens do lote, deverá ser a proposta, necessariamente, desclassificada, de acordo com a inteligência do que deve constar como critério de desclassificação, já que não se atendeu ao, certamente, exigido em Edital, além de, obviamente, o valor daquele licitante que não cotar todos os itens ser obrigatoriamente inferior ao do que cotou todos os itens, havendo, assim, disparidade no objeto e ofensa à isonomia!



IV. DO PEDIDO

Face ao exposto a Signatária requer, respeitosamente, que seja a presente impugnação recebida e conhecida pela Administração, sendo atribuído o efeito suspensivo, conforme o §2º do Art. 109 da Lei de Licitações, para que as ilegalidades sejam afastadas antes do prosseguimento do certame.

Diante da fundamentação aqui apresentada e dos elementos legais, doutrinários e jurisprudenciais colecionados no presente instrumento, cumpre à Impugnante concluir afirmando que o presente Edital de Pregão Presencial nº 033/2013 contraria as normas instituídas, pois exige que os atestados de capacidade técnica para fins de qualificação técnica sejam apresentados com firma reconhecida, juntamente com cópias dos respectivos contratos e notas fiscais/faturas, **sem nenhum amparo legal**, o que restringe injustificadamente a participação no certame.

Portanto, requer, seja retirada do rol de exigências para a validação dos atestados de capacidade técnica a necessidade de apresentação deste com firma reconhecida, juntamente com cópias dos contratos e notas fiscais/faturas que lhes deram origem, pois tal exigência mostra-se ilegal e incompatível com o ordenamento jurídico conforme demonstrado na fundamentação acima.

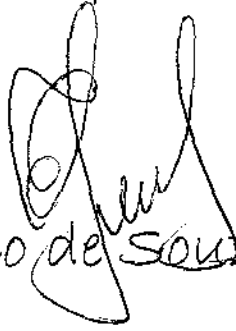
Face as Considerações, pugna pelo Julgamento por item, para que assim, outros fornecedores possam participar, de acordo com o princípio da isonomia e obediência ao caráter competitivo do certame.

Diante dos fatos e fundamentos expostos e com supedâneo na Lei nº 8.666/93 e demais legislações vigentes e na Constituição Federal, a Impugnante requer o acolhimento da presente impugnação com o fito de anular/retirar o **item 12.5.1 ; 12.5.1.1 E 12.5.1.2, do Ato Convocatório**, conforme exposto.

Por fim, em caso de indeferimento ou de ausência de resposta à presente impugnação no prazo previsto no art. 12, § 1º do Decreto 3.555/2000, a Signatária requererá as providências cabíveis ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, conforme lhe autoriza o §1º do art. 113 da Lei nº. 8.666/1993.



Como medida de J U S T I Ç A!
Nestes termos,
Pede e espera deferimento.



Edmar Caetano de Souza

PROCURADOR
S. M. DE ALMEIDA E SILVA & CIA LTDA - ME
CNPJ/MF sob o nº 09.492.967/0001-02

