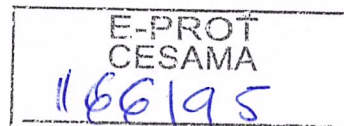




POLITEC ENGENHARIA LTDA.  
ADMINISTRAÇÃO - PROJETO - CONSTRUÇÃO



28/9/17

**ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICIPAL - CESAMA**

**TOMADA DE PREÇO Nº 05/2017**

**TIPO DE LICITAÇÃO: MAIOR PERCENTUAL DE DESCONTO**

**OBJETO:** Contratação de empresa especializada para construção do sistema de abastecimento de água do Distrito de Penido em Juiz de Fora.

**POLITEC ENGENHARIA LTDA.**, estabelecida nesta cidade à Rua Dr. João Pinheiro, 416, Bairro Jardim Glória, Juiz de Fora/MG – CEP 36.015-040, inscrita no CNPJ sob o nº 23.294.309/0001-37, neste ato representado por seu sócio **WALMORE MOREIRA DA SILVA LIMA FILHO**, brasileiro, casado, engenheiro civil, CPF 062.486.186-00, vem, tempestivamente, com o imprescindível respeito, à presença de Vossa S<sup>a</sup>, e com fulcro no disposto no art. 41, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, oferecer a presente **IMPUGNAÇÃO** aos termos do edital normativo da supracitada licitação, em razão das falhas e irregularidades que oviciaram, o que efetivamente faz por meio dos fundamentos a seguir expendidos:

A presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório as exigências que extrapolam ao disposto no estatuto que disciplina as licitações no âmbito da Administração Pública (Lei n.º 8.666/93, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores).

*Ab initio*, lembremos que o entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que o edital, no procedimento licitatório, constitui Lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação,



*"ao descumprir normas editalícias a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia", bem como os contidos no Art. 3º, da Lei de Licitações, in verbis:*

*"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 PROBIIDADE ADMINISTRATIVA, DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DOS QUE LHE SÃO CORREL ATOS" (grifo nosso).*

*Data maxima vênia, as exigências editalícias além de não estarem claras na interpretação do Edital, ainda extrapolam a Lei das Licitações.*

Para o saudoso HELY LOPES MEIRELLES, "o princípio da legalidade é o princípio basilar de toda Administração Pública. Significa que toda atividade administrativa está sujeita aos mandamentos da lei e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de invalidade".

No mesmo sentido afirma o ilustre MARÇAL

JUSTEN FILHO:

"No procedimento licitatório, desenvolve-se atividade vinculada. Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa. A lei define as condições de atuação estabelecendo a ordenação (seqüência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas".





Tendo matriz constitucional o *princípio da legalidade* (art. 37, *caput*), estabeleceu a vinculação ao princípio da legalidade também nas contratações públicas, determinando observância à lei de regência, que é a de n.º 8.666/93.

Não é sem razão que o aludido diploma legal, logo em seu art. 3º, estabelece como princípio fundamental também das licitações públicas, o da legalidade. Assim, nada pode fazer o Administrador Público, em tema de contratações, que contrarie a Lei n.º 8.666/93 e, em última instância, a Constituição Federal.

Também não foi por outro motivo que, já no preâmbulo do referido Edital de Licitação está estampada a regência legal – além do disposto na Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, no Decreto 3.555, de 08 de agosto de 2000, consta também as disposições da Lei 8.666/93 na Lei 8.666/93 – em relação a qual, deverá o edital sofrer alterações de modo, ao mencionado dispositivo legal, se adequar, com ele se suprir, mas nunca de forma a restringir ou limitar as suas prescrições.

Assim, as cláusulas do ato convocatório devem ser interpretadas sempre em conjunto com a lei de regência, suporte da conduta do Administrador Público, nos termos da Constituição Federal.

A presente licitação tem com objeto a **Contratação de empresa especializada para construção do sistema de abastecimento de água do Distrito de Penido em Juiz de Fora.**

O processo licitatório está subordinado a princípios jurídicos rígidos, como o da isonomia, da executoriedade das leis sem discricionariedade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da publicidade.

O que não pode coexistir numa licitação pública são exigências descabidas, ilegais e absurdas, em tudo incompatíveis com o objeto da licitação e isso, à toda evidência, é o caso dos autos.

A licitação, como se sabe, consiste num instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na escolha dos contratantes e a isonomia entre eles, a priori, significa tratamento igual para situações iguais e, por isso, as exigências constantes do edital são endereçadas a todos, indistintamente, que se disponham



a concorrer ao objeto licitado. Sob tal prisma, pode-se concluir que essa ou aquela exigência, quando legal, não cria desigualdade alguma entre os interessados, mas apenas decorre do poder da Administração Pública escolher e contratar o licitante que melhor atenda aos seus interesses, no entanto, as exigências contidas no subitem 6.1.7 do edital extrapola a lei específica e infringe princípios constitucionais e, em assim sendo, não pode ser considerada válida.

Assim dispõe o dispositivo editalício em comento:

**6.1.7. Comprovação de aptidão para desempenho da EMPRESA, feita através de atestado(s) de execução de serviços compatíveis com o objeto da licitação e especificação, fornecido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia). **O(s) atestado(s) deverá(ão) comprovar a execução de no mínimo 1 (um) sistema de tratamento de água tipo filtro lento ou superior equivalente com capacidade mínima de 0,6l/s.****

É de notar a natureza estritamente exaustiva dos artigos 30 e 31 da Lei nº 8.666/93, ou seja, a Administração somente poderá exigir os documentos expressamente ali elencados; nenhum a mais. Além disso, talvez já prevendo a tendência de sempre aumentar o número de exigências, até mesmo na Constituição de 1988 o constituinte fez constar dispositivo expresso sobre o assunto, pois nos termos do inciso XXI do art. 37, exigências relativas à qualificação técnica e econômica não podem extrapolar aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Exigências excessivas servem tão-somente para comprometer a garantia constitucional de igualdade de condições a todos os concorrentes. A verificação da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira, conforme consta dos arts. 30 e 31 da Lei nº 8.666/93 tem por objetivo unicamente assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que podem mais se prestar para comprometer a observância do princípio constitucional da isonomia, resvalando seus efeitos sempre na direção de um possível negócio menos vantajoso para a Administração Pública, considerando ser a causa principal da diminuição do número de concorrentes, além da possibilidade de





esconder um eventual viés de direcionamento. Por tudo isso, devem ser evitadas exigências excessivas.

Portanto, a regra é exigir tão-somente aquilo que consta no artigo 30 da Lei nº 8.666/93 para a qualificação técnica e aquilo que consta no artigo 31 para a qualificação econômica-financeira.

Desta, forma, pela simples constatação direta da inexistência dessa exigência na à LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002, art. 11, VII, do DECRETO Nº 5.450, DE 31 DE MAIO DE 2005 **sendo, portanto, descabida a exigência contida no item supramencionado uma vez que se observa ser item irrelevante perante ao valor total da obra, ou seja, menos do que 5% do valor total da obra.**

A interpretação exarada no artigo 30, inciso II, da Lei de Licitações, revela, indisfarçadamente a conclusão de que a habilitação técnica, compreende não só a empresa, mas também seus dirigentes e prepostos, tanto que o parágrafo 1º, do mesmo artigo refere-se à comprovação de ambas as capacidades, cuidando no seu inciso I de explicitar o modo de comprovação da capacitação técnica. De sorte que não se está por limitar ao sistema de verificação específica, tanto que o parágrafo 3º, do mesmo artigo estabelece que 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.

Isso porque, como bem enfatizou o saudoso Hely Lopes Meirelles, a capacidade técnica é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. Pode ser genérica, específica e operativa, comprova-se a capacidade técnica genérica pelo registro profissional e a específica por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequado à execução do objeto da licitação (Direito Administrativo - 18ª edição - página 271).

Em matéria de licitação, não há como ignorar que o legislador constituinte impôs restrições à própria elaboração legislativa, tornando constitucional a disciplina sobre a matéria, vem daí o inciso XXI do artigo 37 da CF, no sentido de estabelecer ressalvas ao disciplinamento legislativo ordinário, estabelecendo limites às exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, tanto da entidade pública como dos concorrentes. Tal direcionamento, no aspecto da comprovação da habilitação técnica, não teve a intenção de restringir o universo dos participantes, mas sim assegurar um mínimo de garantia, no que diz respei-



to ao adimplemento dos contratos.

Por isso, não tem sentido, data vênua, quebrar o princípio da isonomia entre os concorrentes, por questão de um serviço de tão baixa representatividade no montante total de serviços a serem executados, quando a própria lei (artigo 30, parágrafo 3º) permite a comprovação da capacitação através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente.

Para arrematar, vem ao caso um precedente jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sedede Mandado de Segurança, relatado pelo eminente Ministro José Delgado, no sentido de que o ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal (MS 5779/DF).

Importante repisar que a exigência de atestados de capacidade técnica está prevista no art. 30 da Lei n.º 8.666/93:

'Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limita-se a:

(...)

§ 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 de licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para a 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 (grifei), do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 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.'

A exigência de atestados de capacidade técnica da forma pretendida no edital em comento, não atende ao descrito no art.





30 da Lei n.º 8.666/93, acima reproduzido pois exige um atestado técnico de um serviço cuja a parcela em relação ao montante a ser executado é insignificante.

Isso significa afirmar que detalhes, verdadeiramente sem importância para a aferição da qualificação técnica, devem ser marginalizados.

O limite da exigência de atestados de capacidade técnica é a necessidade de proteger a Administração dos seus prestadores de serviços. Por isto a Constituição Federal assim colocou:

'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.'

Mas essa exigência não deve ser excessiva a ponto de impedir a competitividade do certame, pela requisição de atestados de capacidade que englobem itens de menor importância mas que serão atendidos por poucos ou apenas um licitante. Isto é colocado pela Lei n.º 8.666/93:

'Art. 3º (...)

§ 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 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;'

Marçal Justen Filho confirma este nosso entendimento:

'A Lei n.º 8.666/93 disciplinou de modo minucioso a matéria da qualificação técnica. Um dos caracteres mais marcantes da Lei n.º 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumentos de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. O objetivo é eliminar distorções ocorridas no sistema anterior, em que os requisitos de qualificação técnica acabavam por inviabilizar o acesso de muitas empresas à licitação. Isso não significa substituir uma distorção por outra. A legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas



reprime exigências desnecessárias ou meramente formais.

A Administração não tem liberdade para impor exigências quando a atividade a ser executada não apresentar complexidade nem envolver grau mais elevados de aperfeiçoamento. Especialmente em virtude da regra constitucional (art. 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.<sup>1</sup>

E esse é também o ponto de vista do TCU. Por exemplo, no Acórdão n.º 2088, Ata 49/2004 - Plenário, na licitação do contorno ferroviário de Jaraguá do Sul/SC, realizada por meio de convênio com o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, o Tribunal determinou à Prefeitura de Jaraguá do Sul que em futuras licitações realizadas com recursos federais **não inclua item sem relevância ou SEM VALOR SIGNIFICATIVO entre aqueles que serão utilizados para a comprovação de execução anterior de quantitativos mínimos**, de acordo com o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/93 e com analogia ao § 1º, inciso I, do art. 30 da referida lei, salvo se essa comprovação indispensável, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, devendo estar tecnicamente justificativa sua inclusão no processo administrativo anterior ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos.

Pelo que se vê, embora louvável, o zelo da administração não parece haver formulado solução adequada ao indesejável fim de impedir que o ato convocatório contenha cláusulas discriminatórias, que direcionem a fase de habilitação preliminar rumo ao favorecimento de determinado licitante. Isso porque formula exigência de modo a proceder à exclusão anti-isonômica de interessado ao certame. Resultado antagônico à finalidade da Licitação.

As exigências de qualificação técnica e econômico-financeira, di-lo o artigo 37, XXI, da Constituição da República, devem ser apenas aquelas indispensáveis a assegurar o cumprimento do contrato, posto que qualquer outra reduz o teor de competitividade do certame, como no caso em tela.

É certo que a Administração dispõe de discricionariedade como instrumento de satisfação adequada a um certo interesse, todavia de utilizá-la dentro de certos parâmetros, fora dos quais se transformarão em ilegalidade.

A imprecisão das regras do edital, supramencionadas, não tem como prevalecer, pois no edital deve conter não só elementos formais que o identifiquem mas complementarmente, um conteúdo informativo mínimo, definido e determinado em lei. Daí dizer HELY LOPES





MEIRELLES que "é nulo o edital genérico, impreciso ou omissivo em pontos essenciais ou que faça exigências excessivas ou impertinentes ao objeto da licitação". Chama-se a atenção, por isso, que o edital convocatório deve obedecer a vários requisitos formais e a um conteúdo informativo determinado e específico.

A preocupação pela validade formal e substancial do ato convocatório é constante, porque qualquer vício, que se afigure como grave, leva à nulidade da licitação, desde seu início. Por isso, a Lei de Licitações, no parágrafo único do artigo 38, dispõe que "as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração". A regra contém acentuada utilidade, porque se busca, com o assessoramento técnico-jurídico, evitar equívocos ou erros no edital, que possam levar a futuras nulidades.

A necessária vinculação do procedimento licitatório ao instrumento convocatório, como efeito jurídico do edital publicado, além de ser conclusão nascida dos próprios fundamentos da licitação, é afirmada pelo direito positivo brasileiro: "Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada" (art. 41 da Lei). Entenda-se: os termos do edital não são irrevogáveis, presente algum vício. O que se impõe é, face à publicidade dada pelo edital, a vinculação administrativa. Todavia, havendo motivo justificável, como no caso em tela, nada impede a elaboração de outro edital, com as corrigendas e nova publicação e, obviamente, reabertura de novos prazos.

Por fim, como se sabe, a necessidade de comprovação de qualidade técnica através de atestados, na fase de habilitação, visa demonstrar, tão somente, a aptidão do interessado para o desempenho de atividades compatíveis com as especificadas no edital, isto é, trata-se de providências preliminares cujo fim é aferir se o licitante, consagrando-se vencedor, disporá de pessoal para executar satisfatoriamente as prestações devidas, o que não significa que tais recursos humanos já devam estar disponibilizados.

O artigo 30, incisos e parágrafos assim preconiza, *verbis*

"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 técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação



da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II caput, 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, limitadas às 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 às exclusivamente às parcelas de maior relevância e v alors significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

(...)

§ 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."(grifei)

Inspira a vedação, o dever público de impedir que do ato convocatório conste exigência que traduza tratamento diferenciado, de modo a afastar competidores liminarmente, com base em discriminação que frustre, restrinja ou comprometa a igualdade da disputa.

O § 3º franqueia ao habilitante oferecer certidões ou atestados de obras ou serviços cuja complexidade tecnológica e operacional seja equivalente ou superior à integralidade do objeto da licitação, desde que similar.

Pertinência e compatibilidade serão, para efeito de comprovação de aptidão, sempre categorias próprias e inconfundíveis que o objeto licitado apresenta.

É pacífica a jurisprudência neste sentido:

"LICITAÇÃO - Habilitação - Qualificação técnica - **Exigência de atestados** numerus clausus comprovando a empresa já haver realizado obras ou serviços de complexidade e técnica ou idêntica ao objeto licitado - Medida em desacordo com o inciso I, do § 1º, do artigo

30, da lei n. 8.666/93 - Comprometimento do certame pela redução do universo dos licitantes - Recurso não provido. O sistema licitatório brasileiro, calcado na Lei n. 8.666/93, não





exige, ao contrário, veda, que se comprove a qualificação técnica, com **apresentação cumulativa de atestados** da empresa proponente e dos seus responsáveis técnicos". (g.n.)

**"LICITAÇÃO - A exigência de atestado de capacitação técnica deve limitar-se aos profissionais de nível superior ou equivalente - A comprovação de atestados referentes à execução de obras ou serviços similares no passado é inválida, frente à nova sistemática imposta pela Lei n. 8.666/93 e Lei n. 8.883/94 - A exigência de atestados não pode conter numeros clausus, sob pena de reduzir o universo dos proponentes, comprometendo, com isso, o caráter competitivo do certame - A utilização do numeros clausus para o atestado se constituiu ainda em medida discriminatória, destinada a afastar interessados do certame, além de ser violadora do artigo 30, II e § 3º do Estatuto da Licitação - O edital de licitação deverá estabelecer, para apuração da capacidade dos proponentes, critérios objetivos, pois a matéria dispensa apreciações dependentes de subjetivismo, afrontando o princípio da isonomia e do julgamento objetivo - O critério para o julgamento baseado em fatores discriminatórios, vagos, imprecisos ou desarrazoados para um dos proponentes e razoáveis para outros, conduzem à invalidade do certame por patente desvio de poder".** <sup>5</sup> (g.n.)

"O TCU condenou edital que impedira o somatório de atestados de capacitação técnico-operacional e denunciou esse impedimento como de caráter restritivo."<sup>6</sup>

**"(...) b) adote providências no sentido de excluir das Notas de Esclarecimentos das licitações (...) as condições que impedem o somatório de atestados de capacitação técnico-operacional, restritivas ao caráter competitivo do certame licitatório, nos termos do art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93."** <sup>7</sup> (g.n.)

**"Como nem sempre é essencial que operação com tal dimensão tenha sido realizada em um único contrato, o edital poderá admitir que o licitante some vários contratos de obras ou serviços diferentes.**  
(...)

**Prazos. (...) Por razões lógicas, não é importante que o interessado tenha executado em um só contrato obras ou serviços com a dimensão e prazo indicados no edital. Destarte, para atender à exigência, é possível somar vários contratos, com a condição de se referirem a um mesmo período. (...)"**<sup>8</sup>

**"(...) 'como 'prática abusiva' o fato de muitos editais de licitação - principalmente os divulgados pelas estatais - exigirem que a empresa, para participar de licitação, tenha executado obra similar nos últimos anos, 'geralmente prazos curtos entre três a cinco anos' (...)**

**O acervo técnico de uma empresa - que, na realidade, é o somatório dos conhecimentos de seu quadro profissional**



- não pode ser medido em curtos espaços de tempo. (...) não se justificando, de forma alguma, desclassificar alguém ou uma organização com base no fator tempo."

Tais orientações têm amparo no inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei n. 8.666/93, que veda a interpretação limitativa, e a inclusão nos editais de cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação, como de resto já determinou o Superior Tribunal de Justiça:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL.

1. As regras do edital de licitação de devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrarem entre as propostas a mais vantajosa (...).

4. Segurança concedida."

"A busca da melhor proposta recomenda a **admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houverem, maior será a chance de um bom negócio.** Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negações, para abater concorrentes"<sup>11</sup>.

A relevância da questão da qualificação técnica prende-se essencialmente às oportunidades de participação nas licitações públicas, aos eventuais riscos de discriminação e constrição do universo de licitantes, e suas consequências para a saúde econômica e o desenvolvimento da comunidade produtiva.

Assim como determinado pelo artigo 30 da Lei de Licitações, **a comprovação da capacitação técnica far-se-á mediante a apresentação de atestados, dos quais se constate a execução de serviço com características e quantidades semelhantes as parcelas de maior relevância do serviço** do objeto licitado.

Dessa forma, qualquer exigência capaz de limitar o universo de competidores e desnecessária ao regular cumprimento do objeto licitado, como é aquela ora questionada, será ilegal, conforme veementemente combatem doutrina e jurisprudência. O caráter competitivo constitui um princípio essencial de toda licitação; não haverá licitação se, por qualquer razão, faltar a essa a competição, ficando a seleção da proposta mais vantajosa seriamente comprometida.

Dessa forma, as exigências dos itens atacados violam o art. 30, § 1º, I e §§ 3º. e 5º. da Lei 8.666/93, pois extrapolam o limite legalmente aceitável e autorizado no que tange à comprovação da capacitação técnico-operacional.





Nesse sentido, vide os ensinamentos do Professor Marçal JUSTEN FILHO:

"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 n. 8.666/93 como aquelas não expressamente por ela permitidas. (...)

**Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. (...) É impossível deixar de remeter à avaliação da Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes."** (g.n.).

O objetivo do legislador ordinário foi, justamente, impedir que a fixação de requisitos mínimos de capacitação técnica venham a obstar a participação de um número maior de licitantes, detentores de **atestados** compatíveis com o objeto licitado.

Assim, e considerando-se que a Constituição Federal, bem como a Lei n. 8.666/93, autorizam apenas as exigências mínimas necessárias à satisfatória execução do objeto licitado, as exigências do item atacados são **manifestamente ilegais** e comprometem o caráter competitivo do presente certame ao limitar ilegalmente a comprovação de qualificação técnica **EM SERVIÇOS DE POUCA RELEVANCIA**.

Por todo o exposto, verifica-se que as exigências ora atacadas, reduzem a competitividade do torneio, sem qualquer proveito para a administração, o que vulnera os princípios inscritos no art. 37, XXI, *in fine*, da Constituição da República e no art. 3º, §1º e §5º, da Lei n.º 8.666/93.

Acerca do tema, José dos Santos Carvalho Filho, um dos mais respeitados doutrinadores da atualidade, assim leciona, *in verbis*:

"O princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados que se encontrem na mesma situação jurídica.

[...]

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem a que nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.

[...]

Corolário do princípio da igualdade é a vedação de se estabelecerem diferenças em razão da naturalidade, da sede



ou domicílio dos licitantes, ou a proibição diversa de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 3º, §1º, I e II, do Estatuto). [...]

O art. 3º do Estatuto, depois de mencionar os princípios básicos, referiu-se aos princípios correlatos. São, assim, correlatos aqueles princípios que derivam dos princípios básicos e que com estes têm correlação em virtude da matéria de que tratam. [...]

O primeiro deles é o princípio da competitividade, correlato ao princípio da igualdade. Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiaram à custa do prejuízo de outros. Encontramos o princípio no art. 3º, §1º, I, do Estatuto.

Outro princípio correlato é o da indistinação, também conexo ao princípio da igualdade, segundo o qual é vedado criar preferências ou distinções relativas à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes (art. 3º, §1º, II, Estatuto). [...]" (págs. 231 e 233/234)

E acrescenta, com propriedade, o respeitado doutrinador:

"[...] Algumas tentativas foram feitas para proteger licitantes de um ou outro lugar da federação, mas os Tribunais as rejeitaram incisivamente. E bem o fizeram, porquanto a base última da indistinação está em sede constitucional, como se observa no art. 19, III, da Lei Maior. [...]" (pág. 234)

Destarte, não há como negar que as cláusulas editalícias atacadas extrapolam os limites da razoabilidade, lesam princípios legais e constitucionais, além de atentarem contra o interesse público, razão pela qual deve ser reconhecida a nulidade das referidas disposições.

No tocante à matéria em baila, tem decidido a Corte Superior de Justiça:

"Em sistema licitatório adotado pela administração pública há de se compreender o certame como possibilitando o maior número possível de concorrentes, para que a escolha final recaia sempre na proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Não merece, em consequência, apoio o atuar administrativo que afasta concorrente por insignificantes detalhes formais e que não representam, de modo substancial, violação a qualquer regra do edital.





"Administrativo. Licitação. [...]

1. Cláusulas editalícias com dicção condicional favorecem interpretação amoldada a sua finalidade lógica, devendo ser afastada exigência obstativa à consecução do fim primordial de licitação aberta para ampla concorrência. A interpretação soldada ao rigor técnico, deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena da configuração de revolta contra a razão do certame licitatório. 2. Segurança concedida."

O objeto licitado apresenta-se como referencial para o exame da pertinência e compatibilidade.

A solução para o que se pode, o que deve e o que não deve ser exigido no edital do certame deve ser buscada com base no próprio texto da Constituição Federal, cujo art. 37, XXI, determina que "somente serão permitidas exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". A Constituição não fixa requisitos ou critérios a serem obrigatoriamente consignados no edital; ela apenas indica que não pode haver requisitos que não sejam pertinentes, necessários e indispensáveis à garantia do cumprimento do futuro contrato.

O princípio da isonomia quanto aos licitantes é reflexo do princípio republicano, de que todos são iguais perante a lei. De modo específico, para a licitação, está indicado no art. 37, XXI, da CF. Por isso, vedam-se cláusulas ou condições que importem em distinções ou preferências por motivo da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou que signifiquem tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 3º, §1º, I e II, da Lei). A CF inclusive, limita as exigências à "qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (art. 37, XXI).

Na Lei de Licitações, o licitante deve apresentar, previamente, prova de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal (arts. 27 a 31). Esta fase prévia de habilitação, porém, não pode significar dificuldades abusivas porque, então, estará comprometida a universalidade do certame concorrencial. O próprio texto constitucional faz a limitação, somente permitindo "as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (art. 37, XXI, in fine, da CF). Exigências inúteis, ou desnecessárias, não são admitidas.

Cumprir trazer a abalizada lição dos Profs. Marçal JUSTEN FILHO e Hely Lopes Meirelles:

"Através do § 1º, a Lei expressamente reprovava alguns defeitos usuais nas práticas administrativas. Em vez de apenas



declarar a invalidade de determinada espécie de cláusulas, a Lei emite proibição dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório. É uma tentativa de evitar a concretização do vício [...]

**A regra se aplica à elaboração dos atos de convocação de licitação. O dispositivo utiliza diversos verbos (admitir, prever, incluir, tolerar) que abrangem toda esfera de atribuições relativas à formalização do ato convocatório. Seus destinatários são os titulares da atribuição de elaborar, aprovar, ratificar ou homologar os atos convocatórios... Qualquer agente, com autoridade**

para apreciar tal ato ou, mesmo, a própria licitação, se sujeita ao disposto no tópico.

**A alusão a 'cláusulas ou condições' compreende qualquer espécie de exigência constante do ato convocatório". (g.n.)<sup>15</sup>**

"A igualdade entre os licitantes é o princípio primordial da licitação... pois não pode haver procedimento seletivo com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento (art. 3º, § 1º). [...]"

O que o princípio da igualdade entre os licitantes veda é a cláusula discriminatória ou o julgamento faccioso... com exigências inúteis para o serviço público, mas com destino certo a determinados candidatos... razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo... por critérios subjetivos de predileção ou repúdio pessoal do administrador, mas sem nenhum motivo de interesse público e sem qualquer vantagem técnica ou econômica". (g.n.)<sup>16</sup>

Conteúdos editalícios em linha semelhante são **reiteradamente condenados** por decisões jurisprudenciais. Denuncia-se a inobservância da isonomia, com a redação capciosa de itens editalícios, repudiando-se energeticamente as chamadas "negaças para abater concorrentes". .. Basta citar, a exemplo:

"Administrativo. Licitação. Edital. Cláusulas restritivas. Não podem prevalecer as cláusulas contidas em edital de processo licitatório que visem a limitar o número de concorrentes, **por força de exigências não autorizadas no ordenamento e específico, cuja inspiração é a de permitir ampla oportunidade a todos que estejam capacitados à execução do trabalho.** Sentença confirmada". (g.n.)

"Não se compadece com o **princípio de igualdade entre os licitantes** a exigência, em edital de processo licitatório, que vise a restringir o número de concorrentes". (g.n.)

**"A restrição ao caráter competitivo do certame foi expressamente vedada pela Lei 8.666/93, em seu art. 3º, § 1º, inciso I...**





[...] Como ensina Marçal Justen Filho... a titularidade e a eficácia do direito de licitar não podem ser frustradas através da fixação de condições excessivas ou abusivas. As condições do direito de licitar estão delimitadas legalmente. **A imposição de exigências e a definição das condições do direito de licitar nunca poderão ultrapassar o limite da necessidade. Qualquer exigência desproporcional ao conteúdo da contratação caracterizará ... indevida restrição ao direito de licitar.** (g.n.)

Registre-se que, tanto no art. 30 como no art. 31, é **reiterada a advertência de que a documentação exigida "limitar-se-á" às condições apontadas.**

A seu turno, Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR afirma que na legislação anterior, listavam-se os documentos exemplificativamente; e, na redação atual, só os documentos relativos à habilitação jurídica e à regularidade fiscal mantêm esse critério. **Quanto à qualificação técnica e econômico-financeira, as relações são de "numerus clausus", vedando que a Administração demande a apresentação de qualquer prova diversa daquelas inscritas no texto da lei".** (g.n.)<sup>21</sup>

A exigência de habilitação poderia servir ao mau administrador para, indiretamente, alijar certos licitantes e, de forma reflexa, beneficiar outros, com ofensa aos princípios da isonomia e da competitividade. Bastaria impor exigências que não satisfizessem o interesse público e com intenção de prejudicar ou beneficiar licitantes. Por isso, a CF de 1988 normatizou a limitação, dizendo no inciso XXI do artigo 37 que a licitação "somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". A lei ordinária operacionalizou a limitação, qualificando a habilitação em quádrupla: jurídica, técnica, econômico-financeira e por regularidade fiscal.

O artigo 30, I e II, da Lei de Licitações refere-se a estas qualificações.

XXI - ressalvados os casos específicos 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."



Ocorre, porém, que, em certos certames licitatórios eivados de vícios e arquitetados em dirigismos, transformam-se as categorias de pertinência e compatibilidade em figuras disformes, justamente para dificultar o concurso de outros concorrentes.

Faz-se necessário redobrar os cuidados nesse tipo de teratológica prática, porque o preciosismo naufraga na tentativa de burlar o espírito da lei.

É sabido que toda ação tendente a realizar fins públicos desenvolve-se segundo parâmetros legais. O melhor, consoante ensina Celso Bandeira de Mello:

"A atividade administrativa deve não apenas ser exercida em contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação"

22

A circunscrição legal a qual se acha presa a Administração Pública tem relação direta com a natureza dos interesses por ela geridos. (É o que se extrai da lição de Ruy Cirne Lima): *Administração... é a atividade do que não é proprietário* Aliás, a interpretação literal da expressão "interesse público" é dever as reveladora, pois quer significar: interesse do povo. Ora, o Estado é uma realidade construída sob esta perspectiva, qual seja, a de satisfazer interesses públicos, pois tudo que ao Estado pertence, ao povo pertence.

Conseqüentemente, o vínculo formado entre o Estado e o setor privado não é fruto da vontade do agente público; antes, decorre de uma sucessão de atos que serão informados pela imperatividade da Lei.

A Constituição Federal (art. 37, caput) a própria Lei Federal n.º 8.666/93, a doutrina, as palestras, os cursos, etc. apregoam aos quatros ventos a moralidade administrativa, atributo este de turbulenta definição, conforme o caso, mas que deve, ainda que com esforço máximo, ser incutido na postura assumida por todos aqueles que se dispõem a participar da gestão de interesses públicos.

No Direito Administrativo, dado que ao Administrador só é permitido agir com respaldo na lei, o princípio da moralidade administrativa se deve entender a adequação ao interesse público dos atos praticados de acordo com a lei, desde que desprovidos de impulsos subjetivos condicionadores de preferências individuais, ainda que veladamente, como no caso em tela.





Ao criar desnecessários embaraços aos pretensos licitantes, exigindo-lhes além do que a lei permite, a Administração agride aquele princípio basilar, eis que a finalidade das exigências legais é tão somente ter, a Administração, dados objetivos de aferição das condições de cumprimento do contrato, nunca aproveitar-se de permissivos legais para afastar possíveis licitantes.

Sobre o tema, sempre é oportuno resgatar o ensinamento de *Celso Antônio Bandeira de Mello* (in *Elementos de Direito Administrativo*) que resume com clareza:

"Para obedecer à lei, para atendê-la, não basta reverenciar-lhe a forma, não basta homenagear-lhe a aparência, é de mister atender sua finalidade. Norma jurídica alguma, relação jurídica alguma se entende, a não ser a partir de sua finalidade, tal como sucede com todos os produtos da cultura humana.

Em vista das considerações ora aduzidas, resta demonstrado, na esteira de fartas doutrina e jurisprudência de nossos Tribunais, que o Edital impugnado tem sua legalidade profundamente comprometida, em vista das exigências editalícias apontadas, que **não se coadunam com os princípios norteadores da licitação** consignados no artigo 3º da Lei 8.666/93, em especial os princípios da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa.

Vide sobre o tema os comentários do Professor Toshio MUKAI:

"Cabe ali um dos princípios fundamentais da licitação, que é o da oposição ou da competitividade, tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltam a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo."

Na mesma linha se posiciona o Prof. Marçal JUSTEN FILHO, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª edição, Ed. Dialética, onde destaca o princípio da competitividade ou oposição, indicando a necessidade de serem as cláusulas editalícias singelas e compatíveis com o objeto da licitação, com fins a se proporcionar a disputa entre interessados, visando o atendimento da finalidade primordial de todo procedimento licitatório, que é a obtenção da proposta mais vantajosa.

Ainda o Professor Toshio MUKAI leciona, citando o Professor Hely LOPES MEIRELLES, que:

"O inciso I do par. 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93 veda expressamente a existência de qualquer cláusula ou condição que comprometa o caráter competitivo do procedimento licitatório."



rio (...). A existência de tais exigências contraria o princípio da igualdade a que o procedimento licitatório encontra-se vinculado. Nesse sentido é remansosa e pacífica a jurisprudência do STF.

Hely Lopes Meirelles diz que 'é nulo o edital omissivo ou errôneo em pontos essenciais, ou que contenha condições discriminatórias ou preferenciais, que afastem determinados interesses e favoreçam outros'. (...)"

De fato, o certame destina-se a fazer com que o maior número de interessados se habilitem, com o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de serviços, a preços mais convenientes ao seu interesse. Para que este princípio seja atendido a Administração Pública deverá ampliar a disputa, **afastando, por conseguinte, qualquer cláusula editalícia ou medida em sentido contrário.**

No entanto, como visto, a realidade do Edital impugnado é sem dúvida alguma incompatível com o real sentido da própria Lei 8.666/93, bem como com a finalidade intrínseca ao certame, qual seja, a obtenção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Referido texto foi expedido ao arrepio da Lei, dos princípios norteadores da licitação, o que, por si só, é suficiente para justificar sua imperiosa alteração ou, sendo o caso, sua anulação, conforme amplamente demonstrado.

### **3. CONCLUSÃO**

Caso não seja alterado o edital impugnado, haverá a imperiosa recorrência ao Tribunal de Contas do Estado, mediante formalização de Representação. Ademais, é imperioso ressaltar que a manutenção do instrumento convocatório impugnado viola os princípios basilares de todo certame, e cuja importância foi ressaltada no artigo 3º da Lei de Licitações.

Por todo o exposto, requer a Impugnante sejam acolhidas as razões da presente impugnação, para que, em vista das ilegalidades apontadas, esta douta autoridade proceda à retificação da cláusula editalícia indicada **(6.1.7)**, ou, sendo o caso, a anulação da **TOMADA DE PREÇO Nº 5/2017**, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93.

Diante do exposto, é necessário que se proceda as devidas correções do edital, suprimindo as irregularidades mencionadas na presente impugnação devolvendo-se via de consequência, o prazo para apresentação das propostas, nos exatos termos da lei. Caso não seja acatado o pedido ora formulado, requer seja o mesmo





recebido em caráter de IMPUGNAÇÃO, nos termos do artigo 41, da Lei 8666/93 para que proceda novo certame licitatório para a contratação dos serviços objeto do edital, obedecendo aos seguintes ditames da Lei nº 8.666/93:

1. quando das especificações em relação à qualificação técnica das empresas licitantes, limite-as tão somente às elencadas no art. 30 da Lei nº 8.666/93, haja vista seu caráter exaustivo, bem como cumpra o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e justifique adequadamente o ato, em obediência ao princípio da motivação na Administração Pública, quando houver necessidade de exigências advindas de leis especiais, previstas no art. 30, inciso IV, da Lei nº 8.666/93;

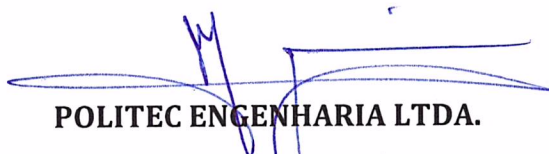
2. quando das especificações em relação à qualificação econômica-financeira das empresas licitantes, limite-as tão somente às elencadas no art. 31 da Lei nº 8.666/93, haja vista seu caráter exaustivo, bem como obedeça ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal;

Finalmente, espera a impugnante que a Administração receba a impugnação do presente edital como uma sincera contribuição para o aprimoramento dos procedimentos administrativos, já que tal mister é obrigação não só dos eventuais ocupantes de cargos e funções públicas como também de todos os administrados.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Juiz de Fora, 28 de março de 2017.

  
**POLITEC ENGENHARIA LTDA.**  
Walmore Moreira S. Lima Filho  
DIRETOR  
CREA-MG 10657/D