



Ao Presidente da Comissão de Licitação da
Prefeitura Municipal de TIANGUÁ-Ce
Assunto: Recurso Administrativo
Ref.: TOMADA DE PREÇO N° 03 /2020- SESA

A Empresa VIRGILIO & JACIRA CONSTRUÇÕES LTDA ME, representada por seu Sócio, VIRGILIO RODRIGUES XIMENES NETO..., brasileiro, casado,, Engenheiro Civil, carteira do CREA.. 13239D., CPF 003798737-29..., RG 96031039825 ... SSP-CE, participante da TOMADA DE PREÇO N° 03/2020 -SESA , vem, com base no art. 109, inciso I, letra a, interpor recurso contra O EDITAL DA TOMADA DE PREÇO N° 03 /2020 - SESA.

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

Vejamos o que diz o art. 3º, § 1, inciso I da Lei 8.666/93:

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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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;

Dos fatos:

Segundo O EDITAL TOMADA DE PREÇO N° 03/2020 - SESA

4.1. INCISO III, ALINEA "B" E 4.1 INCISO III, ALINEA "C" - COMPROVAÇÃO DO PROPONENTE POSSUIR COMO RESPONSÁVEL TÉCNICO OU EM SEU QUADRO PERMANENTE , NA DATA PREVISTA PARA ENTREGA DOS DOCUMENTOS ,PROFISSIONAL (IS) DE NIVEL SUPERIOR , RECONHECIDO (S) PELO CREA ,DETENTOR (ES) DE CERTDÃO DE ACERVO TÉCNICO QUE COMPROVE A EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE CARACTERISTICAS TÉCNICAS SIMILARES OU SUPERIORES 'AS DO OBJETO DA PRESENTE LICITAÇÃO CUJA (S) DE MAIOR RELEVÂNNCIA TÉCNICA E VALOR SIGNIFICATIVO TENHA (M) SIDO:

- 1- TELHA CERÂMICA
- 2- PISO CERÂMICA

Recebido
21/08.

URXW

A Lei 8.666/93 em seu art. 30 diz o seguinte:

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; (grifo nosso).

§ 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

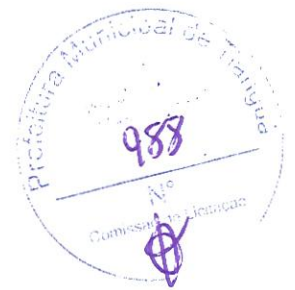
Como vemos, a lei 8.666/93 limita a exigência apenas à comprovação da capacitação técnico-profissional; não sendo exigida a capacitação técnico-operacional da empresa.

A entidade profissional competente neste caso é o CREA-CE, subordinada ao CONFEA, CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA ARQUITETURA E AGRONOMIA, que em sua resolução de nº. 1023 que em seu artigo 61, diz que é vedada a emissão de Atestado Técnico em nome de pessoa jurídica, como veremos a seguir:

RESOLUÇÃO Nº 1.023, DE 30 DE MAIO DE 2008.

Dispõe sobre a Anotação de Responsabilidade Técnica e o Acervo Técnico Profissional e dá outras providências.

O CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA – Confea, no uso das atribuições que lhe confere a alínea "f" do art. 27 da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e



JNKN



Considerando que o parágrafo único do art. 8º da Lei nº 5.194, de 1966, dispõe que as atividades das profissões inseridas no Sistema Confea/Crea somente podem ser exercidas por pessoa jurídica com a participação efetiva e autoria declarada de profissional legalmente habilitado e registrado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Crea;

Considerando que o art. 12 da Lei nº 5.194, de 1966, dispõe que nos órgãos da administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios os cargos e as funções que exijam conhecimentos técnicos das profissões inseridas no Sistema Confea/Crea somente podem ser exercidos por profissionais legalmente habilitados e registrados no Crea;

Considerando o Capítulo II do Título I da Lei nº 5.194, de 1966, que dispõe sobre a responsabilidade técnica e o direito de autoria dos profissionais das áreas abrangidas pelo Sistema Confea/Crea;

Considerando que o art. 59, § 2º, da Lei nº 5.194, de 1966, estabelece que as entidades estatais, paraestatais, autárquicas e de economia mista que desenvolvam atividade de Engenharia, Arquitetura ou Agronomia, ou se utilizem dos trabalhos de profissionais dessas categorias, são obrigadas, sem qualquer ônus, a fornecer aos Creas todos os elementos necessários à verificação e à fiscalização do exercício profissional;

Considerando que o art. 67 da Lei nº 5.194, de 1966, dispõe que, embora legalmente registrado, só será considerado no legítimo exercício da profissão e atividades o profissional ou pessoa jurídica que esteja em dia com o pagamento da respectiva anuidade;

Considerando que o art. 1º da Lei nº 6.496, de 7 de dezembro de 1977, estabelece que todo contrato escrito ou verbal para execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes às áreas abrangidas pelo Sistema Confea/Crea fica sujeito à Anotação de Responsabilidade Técnica – ART;

Considerando que o art. 2º da Lei nº 6.496, de 1977, dispõe que a Anotação de Responsabilidade Técnica define, para todos os efeitos legais, os responsáveis técnicos pelos empreendimentos das áreas abrangidas pelo Sistema Confea/Crea;

Considerando que o art. 30 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece que o atestado emitido por pessoa jurídica para prova de aptidão em processo licitatório da Administração Pública para a execução de obras ou prestação de serviços de características semelhantes deve ser registrado na entidade profissional competente;

Considerando o art. 72 da Lei nº 8.666, de 1993, que dispõe sobre a subcontratação de partes da obra, serviço ou fornecimento;

Considerando que o art. 11, § 1º, do Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, estabelece que o Crea exigirá que o profissional, ao anotar a responsabilidade técnica de projetos, declare o atendimento às regras de acessibilidade previstas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT e na legislação específica; e

Considerando a necessidade de uniformizar os instrumentos e os procedimentos para a anotação de responsabilidade técnica e o registro nos Creas do acervo técnico profissional e do atestado emitido por pessoa jurídica contratante,

WDXW



RESOLVE:

Art. 1º Fixar os procedimentos necessários a registro, retificação, baixa, cancelamento e anulação da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, ao registro do Atestado emitido por pessoa física e jurídica contratante e à emissão da Certidão de Acervo Técnico – CAT.

(...)

CAPÍTULO II DO ACERVO TÉCNICO PROFISSIONAL

Art. 51. O acervo técnico é o conjunto das atividades desenvolvidas ao longo da vida do profissional compatíveis com suas atribuições e registradas no Crea por meio de anotações de responsabilidade técnica.

Parágrafo único. Constituirão o acervo técnico do profissional as atividades finalizadas cujas ARTs correspondentes atendam às seguintes condições:

I – tenham sido baixadas; ou

II – não tenham sido baixadas, mas tenha sido apresentada documentação hábil que comprove a execução de parte das atividades nela consignadas.

Art. 52. A capacitação técnico-profissional de uma pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

Parágrafo único. A capacitação técnico-profissional de uma pessoa jurídica varia em função da alteração dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

(...)

Art. 61. É vedada a emissão de CAT em nome da pessoa jurídica contratada.

(...)

Art. 90. Revogam-se as disposições em contrário das Resoluções nos 430, de 13 de agosto de 1999, e 444, de 14 de abril de 2000, e na íntegra as Resoluções nos 317, de 31 de outubro de 1986, 394, de 17 de março de 1995, e 425, de 18 de dezembro de 1998, as Decisões Normativas nos 15, de 2 de janeiro de 1985, 58, de 6 de outubro de 1995, e 64, de 30 de abril de 1999, e demais disposições em contrário.

Brasília, 30 de maio de 2008.

Eng. Agr. Ricardo Antonio de Arruda Veiga
Presidente em exercício

Publicada no D.O.U. de 9 de junho de 2008 – Seção 1, pág. 85 a 88.

URXW



Recentemente, provocado pelo CREA-RS, o pleno do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul afastou entendimento que parecia consolidado a respeito da exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional para habilitação em licitação para obras e serviços de engenharia.

Reputou ilegal essa exigência, argumentando que consistiria em indevida restrição da participação do certame. Buscou, para tanto, subsídio nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e concluiu que o exame da capacidade técnico-operacional seria devido tão-somente para fins de análise da proposta técnica do licitante. Ressalvou a relevância da aferição da efetiva capacidade do licitante para o cumprimento do futuro contrato, mas destacou que essa capacidade deveria ser aferida por outros meios, não através de atestados relativos a serviços anteriores.(grifo nosso).

TRANSCREVEMOS A SEGUIR A ÍNTEGRA DA DECISÃO:

Tipo Processo REPRESENTAÇÃO DO MPC
 Número 007949-02.00/08-1
 Anexos 000000-00.00/00-0
 Data 13/05/2009
 Publicação 29/05/2009 Boletim 464/2009
 Órgão Julg. TRIBUNAL PLENO
 Relator CONS. CEZAR MIOLA
 Gabinete CEZAR MIOLA
 Origem TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RS

EMENTA
 REPRESENTAÇÃO MPC Nº 0044/2008. LICITAÇÕES. EDITAIS. EXIGÊNCIAS DOCUMENTAIS. HABILITAÇÃO DE EMPRESAS. PROCEDÊNCIA.
 A exigência de atestados ou certidões que comprovem a realização anterior de obras e serviços de engenharia com características e porte similares ao pretendido, como requisito para a habilitação em certames licitatórios, constitui excessiva restrição ao competitivo, em afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

TIPO DE DECISÃO OUTROS.

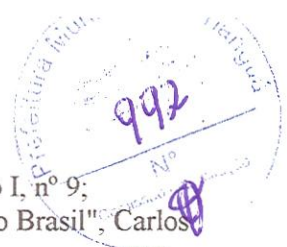
REFLEG

CF/88, art. 1º, IV art. 37, "caput", e inc. XXI, e art. 170, IV;
 LF 8666/93, art. 3º, art. 30, inc. I, § 1º, inc. II, e art. 33, inc. III;
 LF 8883/94;
 Res-RITCE 544/00, art. 49.

NOVAREF

Inf. CT/TCE 06/09;
 "Licitações e Contratos Administrativos: Temas atuais e controvertidos", Carlos Ari Sundfeld, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 105;
 "Razoabilidade e Moralidade: Princípios Concretizadores do Perfil Constitucional do Estado

UR&W



Social e Democrático de Direito", Weida Zancaner, Revista Diálogo Jurídico, ano I, nº 9;

"O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil", Carlos Roberto de Siqueira Castro, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989, p. 157;

"Direito Constitucional Administrativo", Alexandre de Moraes, São Paulo: Ed. Atlas, 2002, pp. 114-115;

"Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad", Willis Santiago Guerra Filho, Revista Galega de Administración Pública, nº 16, p. 244;

"O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais", Juarez Freitas, São Paulo: Ed. Malheiros, 1999, p. 57;

"Curso de Direito Administrativo", Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, p. 81;

"Hermenêutica e Aplicação do Direito", Carlos Maximiliano, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 165.

RELATÓRIO

Analisa-se, nos presentes autos, os termos da Representação MPC nº 0044/2008 (fls. 03 a 09), exarada pelo Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, Doutor Geraldo Costa da Camino, autuada por determinação da Presidência da Corte (fl. 02).

Em suma, o Parquet Especializado acolhe, em suas conclusões, postura defendida pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Rio Grande do Sul – CREA/RS, o qual, através do Ofício nº 242/2008 (referido na peça ministerial), argúi a ilegalidade de determinada exigência, prevista em editais licitatórios veiculados por órgãos públicos, de modo geral, quanto à necessidade de que as empresas participantes comprovem a sua capacidade técnico-operacional pertinente e compatível em características, volume e prazo ao objeto alvitrado, mediante a obtenção, em nome da pessoa jurídica, de atestado ou certidão devidamente chancelados pelo CREA, acerca de realizações anteriores do mesmo porte.

Sustenta-se que, a par de não existir, no âmbito do Sistema CONFEA/CREA, registros de atestados de capacitação emitidos em nome de pessoas jurídicas, a manutenção dessa exigência induziria à criação indevida de reserva de mercado e de estagnação societária na área de engenharia, em prejuízo, principalmente, do interesse público, na medida em que restringiria, na prática, o número de habilitados a participar de procedimentos concorrenciais nessa seara.

A mim distribuído o feito (fl. 32), e em função da complexidade do tema, inicialmente determinei o encaminhamento dos autos à Consultoria Técnica, para a coleta de subsídios, com remessa posterior à douta Auditoria desta Casa, visando à emissão de parecer.

Nesses termos, a matéria foi objeto de detido exame pela Consultoria Técnica, através da alentada Informação nº 006/2009 (fls. 34 a 60), no bojo da qual, com suporte em respeitável doutrina e citações jurisprudenciais, concluiu pela licitude da exigência, assim como postada nos editais, seja sob o ponto de vista da legalidade estrita (fazendo exegese calcada na interpretação de diversos dispositivos da Lei Federal nº 8.666/1993), seja sob o viés da razoabilidade da iniciativa, que, na ótica do Órgão Consultivo, contribuiria para assegurar uma maior probabilidade de adequado cumprimento das obrigações contratuais respectivas, visando à perfeita consecução do objeto eventualmente pretendido pela Administração.

Em seqüência, como já referido, o processo foi remetido à douta Auditoria, a qual, através de manifestação firmada pelo Auditor Substituto de Conselheiro Alexandre Mariotti, conclui no mesmo sentido do mencionado informe técnico (fls. 62 e 63).

URXW

Em face da relevância da matéria, forte no artigo 49 do Regimento Interno, determinei o encaminhamento dos autos, em rodízio, aos eminentes Conselheiros que compõem este Plenário, para que tomassem ciência do seu conteúdo (fl. 64). Cópias do presente voto também foram previamente disponibilizadas aos membros deste Colegiado e ao Procurador-Geral do Ministério Público junto à Corte.

É o relatório.

VOTO

I – Cumpre-me observar, inicialmente, que o debate instalado em torno do tema é nacional, acirrado e, acima de tudo, permeado por grandes interesses setoriais, sobretudo o público, com o que se está a justificar, desse modo, e só por estas razões, a dificuldade no trato da matéria, não só derivada, portanto, da inexistência de preceitos legais que a tornem livre de qualquer dúvida de interpretação.

Dizendo-se isto, pode-se afirmar que muito bem se houve a Consultoria Técnica quando, na elaboração de sua peça informativa, centrou a sua abordagem não somente na exegese das diversas disposições do Estatuto das Licitações que gravitam em torno da documentação a ser apresentada pelos licitantes, mas, por igual, na aferição da razoabilidade desse tipo de exigência.

A respeito da inteligência do estatuído na Lei Federal nº 8.666/1993 acerca da comprovação documental da qualificação técnica empresarial ou – na acepção mais utilizada – da “capacitação técnico-operacional”, distinguem-se duas vertentes absolutamente distintas de entendimento.

A primeira – de certa forma traduzida nos termos da correspondência do CREA/RS que sustenta a representação ministerial ora sob o crivo desta Corte –, defende que a qualificação “técnico-operacional” das empresas se afere justamente pelo somatório das capacitações dos profissionais que as integram, e reforça esse posicionamento referindo o veto presidencial apostado ao inciso II do § 1º do artigo 30 da citada Lei nº 8.666 (com a redação dada pela Lei Federal nº 8.883/1994), texto que expressamente aludia à capacitação técnico-operacional dos licitantes dessas áreas e à forma como se a comprovaria.

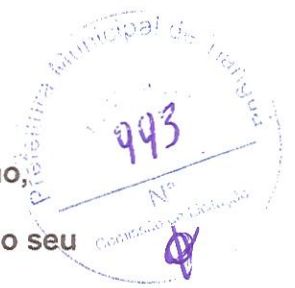
A segunda corrente de opinião, perfilhada pela Consultoria Técnica e apoiada pela manifestação do Auditor Substituto de Conselheiro Alexandre Mariotti – conforme já sinalado anteriormente –, ao citar outros dispositivos da mesma Lei de Licitações (art. 30, inc. II, e, de modo combinado, art. 30, § 1º, inc. I, e art. 33, inc. III), encontra nesses comandos os vestígios da previsão de avaliação da capacidade técnico-operacional das empresas interessadas em contratar com o Poder Público. Assim, advogando por interpretação sistemática do diploma em comento, esposam a tese da sustentabilidade das exigências impostas a esses licitantes, sem embargo do que pretenderam as razões do referido veto.

Trava-se, assim, como se vê, duro embate entre plausíveis teses jurídicas, confortadas por sólidas argumentações.

II – Diante desse quadro de indefinições e, conseqüentemente, de dificuldades técnicas para os operadores do direito que lidam com o tema, avulta-se a importância de promover o confronto desses posicionamentos com os ditames da razoabilidade e da proporcionalidade, princípios contemplados em diversos tópicos da nossa Constituição, ou mesmo de aplicação decorrente, ou imbricada, se assim preferirmos, àqueles explicitamente mencionados no caput do artigo 37 da mesma Carta.

Como já ressaltado no relatório deste voto, a mesma preocupação conduziu a Consultoria Técnica da Casa a elaborar seu estudo, com vistas a verificar se as exigências de comprovação da capacidade técnico operacional de eventuais licitantes – do modo como plasmado nos exemplares de editais trazidos à colação pelo MPC – compatibilizam-se com os postulados constitucionais já mencionados.

Desse estudo e, especialmente, do arcabouço doutrinário ali colacionado, extraio algumas conclusões em parte dissonantes daquelas a que chegou o



ORXW



Órgão Técnico.

III – Com efeito, em judicioso estudo que denominou “A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnica” (in Licitações e Contratos Administrativos: Temas atuais e controvertidos. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 105), o Professor Carlos Ari Sundfeld, merecidamente festejado pela CT, sustentou, com proficiência, que, para a Administração, em caso de contratação de obras e serviços na área de engenharia, importa verificar se os eventuais licitantes dispõem não só de técnicos com qualificação suficiente (o que se tem denominado “capacidade técnico-profissional”), mas, por igual, se operam, como empresa, com correção, em respeito aos ajustes, e de modo eficaz (aqui, convencionalmente, denominando-se “capacidade técnico-operacional”). Quanto ao preenchimento dessa última condição, para comprová-la impor se-ia examinar o passado, o legado operacional da empreiteira. Daí a exigência do atestado ou certidão de execução, com sucesso, de trabalhos anteriores, de mesmo porte e expressão.

São elucidativos, a respeito, os excertos que seguem, extraídos do excelente artigo firmado pelo citado administrativista (fls. 49 e 50):

“Mas a simples reunião caótica de profissionais, mesmo altamente especializados, não oferece garantia de que a empresa seja capaz de operar eficientemente, pois nada diz quanto a sua estrutura administrativa, seus métodos organizacionais, seus processos internos de controle de qualidade, o entrosamento da equipe etc. Daí a necessidade de saber se a licitante, além de contar com engenheiros individualmente habilitados, dispõe de um conjunto de qualidades fazendo com que opere de modo eficaz: trata-se, aqui, da dita ‘capacidade técnico-operacional (ou operativa)’, verificável pelos desempenhos anteriores da empresa.

“ ...

“O método, por excelência, para verificar se dada empreiteira é ou não capaz de operar eficientemente (isto é, se tem ou não ‘capacidade técnico-operacional’) é a análise de seu desempenho anterior. A razão é simples: essa capacidade envolve um somatório imenso de fatores, basicamente imateriais (organização, sistemas gerenciais, técnicas de controle etc.), que não podem ser medidos por ensaios ou vistorias. Só se pode afirmar com segurança a capacidade de uma empresa operar eficientemente se ela assim já tiver operado; se ela nunca operou, pode-se por certo antever sua eficiência, mas não pode haver garantias a respeito.”

Contudo, com a devida vênia do entendimento do destacado articulista, entendo que, em se tratando de obter melhores garantias de persecução do interesse público nessa órbita – a da execução de obras e serviços na área de engenharia – não se pode e não se deve superestimar o valor de certidões ou atestados de realizações anteriores de determinada empresa, a ponto de torná-los requisito essencial à sua habilitação nos procedimentos licitatórios. Ponderar o seu valor na etapa subsequente – o da qualificação técnica –, parece-me mais razoável e proporcional.

Ainda que os referidos documentos consubstanciassem, de modo indireto, como refere o publicista, aprovação à forma de estruturação administrativa da empresa, bem como às condições de infra-estrutura material, métodos organizacionais e gerenciais e ao seu grau de coesão interna – afirmação que não deixa de revelar certo exagero ante a objetividade do que usualmente contêm certidões ou atestados da espécie –, não haveria como afirmá-los para o presente e, muito menos, para o futuro.

Ademais, como é cediço, à míngua de qualquer regulação específica – e nisso não há dissenso –, longe estão, os procedimentos de certificação atualmente utilizados, de possibilitar seja avalizada a atuação de qualquer empresa, seja no passado ou mesmo no presente.

Por outro lado, a mídia tem noticiado a ocorrência de casos de inidoneidade material e formal de documentos destinados a atestar pressupostos

6/2/20

demandados por órgãos públicos para a contratação de serviços gerais, como recentemente veiculado acerca da denominada “Operação Freio de Ouro”, conduzida pela laboriosa Superintendência da Polícia Federal do Rio Grande do Sul. Tais ocorrências, embora constituam evidente deturpação e, a priori, não tenham a força de afetar a presunção de legitimidade e de boa-fé de documentos com esse jaez, acabam por ressaltar outro viés a merecer a devida ponderação e controle no trato da matéria.

Cabe aduzir, ainda, que, se tais certificações se prestassem, como sustentado, a avalizar positivamente o arcabouço administrativo, a infra estrutura material, os métodos de gestão e a concatenação dos diversos setores de uma determinada empresa, tais condições não se haveriam de reproduzir, automaticamente, no caso de formação de consórcios, pois, nessa hipótese, somente por dedução ou “ficção” se poderia chegar à conclusão de que este “acervo técnico-operacional” será materializado quando da conjunção de demais empreendedoras.

Por outro lado, se há espaço para vivificar, por ficção, dedução ou convenção legal, a “capacitação técnico operacional” de um consórcio mediante o “somatório” da qualificação das empresas individuais que o compõem, penso que não se deva erigir tal indicativo à condição sine qua non à habilitação de licitantes.

IV – Inclinado, portanto, a conceber as certificações de comprovação de capacidade técnico-operacional apenas como elemento a ponderar na avaliação técnica das propostas – sem, portanto, o caráter inibitório à habilitação nos certames dessa seara –, convenci-me da ilegalidade de sua exigência, para esse último efeito, a partir de outra consideração aposta no mesmo artigo de Carlos Ari Sundfeld, aqui expressamente reproduzido, enfocando as dificuldades impostas a novas empresas (fl. 51):

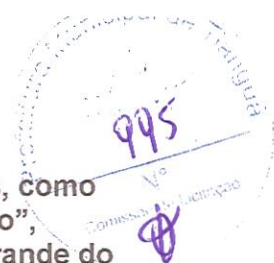
“Mas esse mecanismo tem seus críticos, que nele vêem o inconveniente de criar dificuldades à entrada, no mercado de obras públicas, das empresas novas. De fato, para poder atender às exigências de comprovação de desempenho anterior, a empresa deve inicialmente atuar no mercado de obras privadas, onde será posta à prova; logrando sucesso em suas obras, a partir de então disporá de atestados, que demonstrarão ao Poder Público sua ‘capacidade técnico-operacional’.”

A respeito dessa necessária transição – admitida pelo ilustre Professor Sundfeld –, de a empresa inicialmente executar obras privadas para só então lograr habilitar-se a obras públicas, fiz-me uma indagação: como comprovar a anterior realização, para a iniciativa privada, no porte requerido, de obras de infraestrutura sanitária (emissários cloacais, estações de tratamento de esgotos, etc.), de construção de rodovias, pontes e túneis, ou de pavimentação asfáltica? Decididamente, não vejo como se possa fazê-lo, em face da natureza desses serviços, os quais, de uma maneira geral, são preponderantemente demandados pelo próprio Poder Público.

Efetivamente, in casu, com tal exigência, institui-se a reserva de mercado em favor dos pioneiros detentores de certificações de realização de obras públicas, transformando esses documentos em verdadeiros ativos patrimoniais, alçados a essa condição em detrimento do interesse da coletividade, frustrado pela não-consecução da saudável e proveitosa concorrência nesse importante ramo de atividade.

Além disso, como efeito deletério desse estado de coisas, e uma vez que empresas que não detêm a requerida certificação não ainda de buscar o seu espaço de mercado, não raras vezes serão essas as subcontratadas dessas obras públicas. Nesse caso, não demanda qualquer esforço de imaginação avistar as conseqüências econômico-financeiras para o Estado e, via reflexa, para o cidadão, com a inerente elevação dos dispêndios pelo Erário.

V – Fruto do até aqui exposto, tenho que, identificados a importância apenas relativa das certificações de capacitação técnico operacional e o grau de



ORXW



restritividade competitiva resultante dessa exigência, torna-se inevitável concluir que a mesma, quando utilizada como requisito para habilitação, culmina por violar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, com isso, os demais postulados aplicáveis às ações da Administração Pública, elencados no caput do artigo 37 da Lei Fundamental, e, em especial, o contido no inciso XI desse mesmo dispositivo, verbis:

“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.” (Grifei.)

A propósito, merece destaque o disposto no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993, que bem sintetiza o escopo dos procedimentos concorrenciais:

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

Weida Zancaner (in Razoabilidade e Moralidade: Princípios Concretizadores do Perfil Constitucional do Estado Social e Democrático de Direito, Revista Diálogo Jurídico, ano I, nº 9), citando Carlos Roberto de Siqueira Castro (in O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil, Forense, 1989, p. 157), reproduz:

“A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim – ‘means-end relationship’, segundo a nomenclatura norte-americana – da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de ‘razoabilidade’ e de ‘racionalidade’, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política.”

Repiso que a exigência dessas certificações, do modo como usualmente se produzem e são formalmente requeridas, efetivamente afronta o princípio da proporcionalidade. E isso porque, no louvável intuito de obter melhores garantias de atingimento dos objetivos colimados pela Administração quando da execução de obras e serviços na área de engenharia, exige-se uma certificação não necessariamente eficaz – e, como antes se mencionou, nem sempre segura –, o que, reconhecidamente, acaba por restringir a competição, quando medidas outras de preservação do interesse público específico poderiam ser implementadas, com melhores resultados práticos, em benefício da sociedade.

Entre essas cautelas em prol do Erário, podem ser relacionadas uma correta análise da higidez financeira das empresas licitantes; a exigência de demonstração cabal da capacidade de mobilização em favor do empreendimento (recursos humanos, maquinário, infra-estrutura de apoio, instalações, etc.); a elaboração de termos contratuais com disposições claras, definição pormenorizada de direitos e obrigações recíprocos e previsão de efetiva imposição de penalidades por inadimplemento; e fiscalização atuante, com

VRXN