



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

ATA DE JULGAMENTO DE RECURSO

CONVITE DE PREÇOS Nº 26/2020

PROCESSO Nº 13947/2020

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE ENGENHARIA PARA EXECUÇÃO DE REFORMA DA USF SÃO CARLOS VIII, NO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS.

Aos 12 (doze) dias do mês de fevereiro do ano de 2021, às 11h00min, reuniram-se na Sala de Licitações os membros abaixo relacionados da Comissão Permanente de Licitações para deliberar sobre o RECURSO ADMINISTRATIVO interposto pela empresa **SILVANIR FRANCO VIEIRA – ME (T5 CONSTRUTORA)**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o número 30.632.050/0001-52, com sede à Rua Boa Esperança do Sul, 196 – Jd. Cruzado – Ibaté - SP, contrário à sua inabilitação nesta licitação, protocolado no Departamento de Procedimentos Licitatórios – DPL, no dia 08/02/2021, referente ao Convite de Preços em epígrafe.

Antes de entrarmos no mérito, apreciaremos os requisitos de admissibilidade do referido Recurso Administrativo, ou seja, verificaremos se o mesmo foi interposto dentro do prazo estabelecido no inciso I, alínea a e parágrafo 6º da Lei Federal 8.666/93, que dispõe:

“Capítulo V

DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

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: habilitação ou inabilitação do licitante;

§ 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de "carta convite" os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).”

Tendo sido divulgado o resultado do julgamento da habilitação dos licitantes em 04/02/2021, referido recurso encontra-se apto a ser analisado. O recurso recebido foi levado à ciência dos demais licitantes participantes e respeitados os prazos legais, não foram apresentadas quaisquer contestações à peça recursal.

Em suma, a recorrente alega que os Atestados fornecidos estão em nome de profissional pertencente ao quadro da empresa. Acrescenta parecer do CONFEA relativo a resolução 1.025/2009.

Da análise dos fatos pela Comissão Permanente de Licitações:

O Edital é claro ao exigir:

7.1.16.1. Atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, conforme súmula 24 do TCE-SP para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, que comprove a execução de muro de arrimo, com alvenaria de bloco de concreto estrutural, com área mínima de 21 m², e execução de canaletas de águas pluviais em concreto com extensão mínima de 11,10 m.

7.1.16.2. Atestado(s) fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome de profissional pertencente ao quadro da empresa, conforme súmula 23 do TCE-SP para fins de comprovação de capacidade técnico-profissional, devidamente acervado no conselho competente, comprove a execução de muro de arrimo, com alvenaria de bloco de concreto estrutural e execução de canaletas de águas pluviais em concreto.

7.1.17. A comprovação do vínculo do profissional com a empresa vencedora da licitação poderá se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível ainda a contratação de profissional autônomo que preencha os requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços.

E doutrinas sobre o tema destacam:

Da exigência de atestado de capacitação técnico-operacional nas licitações
Gisele Clozer Pinheiro Garcia, Cláudio Neme

*Em que pesem as divergências que outrora incidiam sobre o tema, o art. 30, da Lei 8.666/93, ao tratar das exigências habilitatórias pertinentes à capacitação técnica dos licitantes, **estabelece a possibilidade de ser comprovada a capacidade técnica-operacional do licitante (pertinente à empresa), bem com a capacidade técnica-profissional (relativa ao profissional integrante dos quadros permanentes da empresa e indicado como responsável técnico pela obra ou serviço).***

Com efeito, determina o Estatuto Federal Licitatório que:

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

I – (...)



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

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”.

Mais adiante, dispõe o texto legal, no §1º do art. 30, que a comprovação de aptidão referida no inc. 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.

Subsiste, ainda, a capacidade **técnico-profissional**, contemplada pelo inc. I do §1º do art. 30, que é a **“comprovação do licitante 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 (...), vedadas as exigências de quantidades mínimas e prazos máximos”**.

Sobressai, portanto, do texto da lei, que pode-se exigir tanto a capacidade técnica-operacional, quanto a capacidade técnico-profissional da licitante.

O cerne da divergência, convém que se esclareça, ocorria em razão do veto presidencial ao art. 30, §1º, II da Lei Federal, que aludia, expressamente, à capacidade técnico-operacional da empresa.

Não obstante, atualmente a doutrina é praticamente unânime ao asseverar que:

“É inegável que à época da elaboração da Lei nº 8.666/93 houve a retirada do tópico em que estava prevista a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional dos candidatos (art. 30, §1º, inc. II), levando a supor que com isso se pretendeu extirpar de todos os certames administrativos dito item qualificativo. Nada mais falso, com a devida vênia daqueles que entendem em sentido contrário.

A realidade é que, apesar da supressão do inciso legal acima epigrafado, vários dispositivos da mesma Lei 8.666/93 continuaram a prever a comprovação, por parte da empresa, de sua capacidade técnico-operacional.

Assim, deparamos com os arts. 30, inc. II, 30, §3º, 30, §6º, 30, §10, e 33, inc. III do diploma legal já referenciado, onde permanecem exigências de demonstração de aptidão da própria empresa concorrente – e não do profissional existente em se quadro funcional-, inclusive mediante a apresentação de atestados, certidões e outros documentos idôneos (Boletim de Licitações e Contratos Administrativos, NDJ, 12/2000, p. 637) (grifo nosso).

Nas lições, sempre atuais, do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, destaca-se que:

“A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto apostado à letra b do §1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitação a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação” (Direito Administrativo, 20ª ed., 1995, p. 270).

Por sua vez, pondera Carlos Pinto Coelho Motta, in Eficácia nas Licitações e Contratos, 1994, p. 149, citando Antônio Carlos Cintra do Amaral:

“1. Para efeito de qualificação técnica de empresas licitantes, a Administração deve, com base na Lei 8.666/93, exigir atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à ‘comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação’ (art. 30,II).

Além da aptidão da empresa, comprovável em função de sua experiência, a Administração deve exigir comprovação da ‘capacitação técnico-profissional’, nos termos do §1º do mesmo art. 30. Essas comprovações podem ser dispensadas no caso de obras licitadas mediante a modalidade ‘Convite’ (§1º do art. 37).

2. A Lei nº 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o inc. II do art. 30, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal”.

O texto extraído do parecer do Procurador Paulo Soares Bugarin, nos autos alusivos à Decisão nº 395/95 também é esclarecedor:

“Assim, não restam dúvidas de que, apesar do veto, a Lei nº 8.666/93 continua permitindo a exigência de ‘comprovação de aptidão para o 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...’ (Boletim de Licitações e Contratos Administrativos, NDJ, 12/2000, p. 631).

Tampouco poderíamos deixar de citar as orientações de Yara Darcy Police Monteiro:

“Questão que foi muito controvertida, todavia já pacificada na doutrina e jurisprudência, é a relativa à comprovação da capacitação técnica da empresa e do profissional responsável nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia. Não mais pairam dúvidas de que, segundo a dicção do art. 30, II, e seu §1º, I, pode o edital exigir a ‘comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação’ da empresa participante, sem prejuízo da comprovação de aptidão dos membros da equipe técnica que se responsabilizarão pelos trabalhos, na forma e com as limitações fixadas no citado §1º e inc. I do mesmo art. 30” (cf. Licitação: Fases e Procedimento, NDJ, 2000, p. 43).

Essa, inclusive, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

“Administrativo. Licitação. Interpretação do art. 30, II e §1º, da Lei 8.666/93.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se a comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadoras de telefonia no Brasil de execução, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe "L" e "C" em período consecutivo de vinte e quatro meses, **no volume mínimo de 60.000 HxH**, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2. **'O exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e sua parte final, referente a 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações', revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe'** (Adilson Dallari).

3. Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus.

4. Recurso especial improvido" (Res. Nº 172.232-SP, rel. Min. José Delgado, DJU de 21.9.98, RSTJ 115/194) (grifamos).

Em abono dessa matiz, também se manifestou o Egrégio Tribunal de Contas da União:

"Habilitação. Qualificação técnica. Capacitação técnico-profissional. Capacitação técnico-operacional. Concorrência. A estabilidade do futuro contrato pode ser garantida com a exigência de atestados de capacitação técnico-profissional aliada ao estabelecimento de requisitos destinados a comprovar a capacitação técnico-operacional nos termos do inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93. (TC-009.987/94-0, publicado no Boletim de Licitações e Contratos, NDJ, 1995, vol. 11, p. 564).

Notadamente na Decisão nº 767/98, a Corte de Contas Federal consignou que a lei de licitações "não proíbe o estabelecimento de requisitos de capacitação técnico-operacional, mas, sim, retira a limitação específica relativa à exigibilidade de atestados destinados a comprová-la, deixando que a decisão quanto a essa questão fique a critério da autoridade licitante, que deve decidir quanto ao que for pertinente, diante de cada caso concreto, nos termos do art. 30, II". Invocando Marçal Justen Filho, conclui o relator que a exigência de capacidade técnica da empresa "é perfeitamente compatível e amparada legalmente".

É oportuno ainda alertar para o fato de que, na prática licitatória, temos conhecimento de casos em que, sendo solicitado, por alguns órgãos públicos, apenas a comprovação de capacitação técnico-profissional da licitante, ocorreram inúmeros prejuízos à conclusão de obras daí decorrentes. Isso se deu porquanto algumas empresas, de má-fé, "compravam" o acervo técnico dos profissionais, contratando-os com data retroativa à da abertura da licitação e, por certo, não lograram êxito em concluir satisfatoriamente a obra, uma vez que não possuíam a qualificação técnica necessária.

É exatamente para salvaguardar o interesse público de ocorrências dessa natureza, que a lei admite que se verifique a qualificação tanto da empresa, quanto de seu responsável técnico, para efeitos habilitatórios.

Negar que a lei admite a exigência de capacitação técnica em relação à empresa, capacitação esta pertinente à características, quantidades e prazos em relação ao objeto licitado, é tornar sem efeito os comandos do inc. II do art. 30, que não foram abarcados pelo veto presidencial e, portanto, continuam em plena vigência.

Vale dizer, o art. 30, II da Lei Federal é expresso ao asseverar a possibilidade de exigir-se a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos e, por certo, na melhor regra de hermenêutica jurídica, a lei não contém palavras inúteis.

Equivale a afirmar que, notadamente quanto a questão dos quantitativos, a lei é clara ao legitimar tal exigência, no tocante à capacitação técnica-operacional da empresa-licitante.

Há casos em que o quantitativo é relevante. Invocando exemplo suscitado pelo aludido professor Marçal Justen Filho, "É inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina"(cf. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., Dialética, p. 311).

Imaginemos, à título exemplificativo, que o objeto da licitação seja a construção de 500 (quinhentas) unidades habitacionais. Neste caso, não é possível deixar de se verificar a capacitação técnico-operacional da empresa.

Aliás, não se pode olvidar que, com a Emenda Constitucional nº 19/98, foi introduzido, com um dos princípios basilares, norteadores da atividade administrativa, o da eficiência.

Destarte, para dar cumprimento à tal preceito, em prol do interesse público, deve a entidade licitante salvaguardar-se de que o futuro contratado detém aptidão suficiente para bem desempenhar o objeto colimado.

Novamente invocando a Corte Superior de Justiça, citamos o seguinte julgado que corrobora o alegado:

"Administrativo. Procedimento Licitatório. Atestado Técnico. Comprovação. Autoria. Empresa. Legalidade.

Quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, §1º, II, caput, da Lei nº 8.666/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade e eficiência, objetivando não só a garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei – mas com dispositivos que busquem resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

Recurso provido (Resp. nº 44.750-SP, rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª T., unânime, DJ de 25.9.00)" (sem grifo no original).

A nosso ver, poderia até ser considerada desídia dessa Administração deixar de exigir a comprovação da capacitação técnica da empresa, face à complexidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descurar.

Assim, não seria exorbitante a exigência de construção anterior de, pelo menos, 100 (cem) casas, ou até mais, conforme o caso, quando, no exemplo susomencionado, o objeto da licitação abranja a construção de 500 (quinhentas) unidades habitacionais.

Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que a exigência editalícia seria restritiva da competição, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93.

Com efeito, proclama o mencionado artigo:

"§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos:

I- admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabelecem 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**" (grifo nosso).

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam pertinentes e relevantes ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a ratio legis.

O que o dispositivo visa coibir é a exigência infundada, dirigida exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, sem qualquer justificativa. No entanto, não fere a competição a exigência de requisitos que, de fato, sejam necessários no caso concreto, face ao objeto a ser contratado.

Logo, a exigência de quantitativo para a comprovação da capacitação técnico-operacional, estando prevista na Lei, ex vi do citado art. 30, inc. II, bem como plenamente justificada face à complexidade do objeto envolvido, não viola a competitividade. Reitere-se, não pode ser tida como excessiva a exigência, quando a complexidade do objeto assim o reclama, face às suas especificidades.

Mais uma vez invocamos a exegese de Marçal Justen Filho, que diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:

"O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF ("... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações")."

Um pouco mais adiante diz:

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir"

E, por fim, conclui:

"A Lei reprime a redução da competitividade do certame derivada de exigências desnecessárias ou abusivas." (cf. obra cit., p. 75/76).

Ademais, no tocante aos termos do art. 30, § 5º da Lei Federal, temos para nós que o que a Lei veda é a exigência de comprovação de aptidão limitada a tempo ou época (que se caracterizaria se a Administração reclamasse, por exemplo, que a obra ou o serviço deveria estar sendo prestado ou ter sido efetivado no máximo até "X" meses da data da abertura do certame), e em locais específicos (aceitando, por exemplo, apenas a apresentação de atestados fornecidos por empresa da região onde se processa a licitação, ou exigindo a realização da obra em determinado Município), ou ainda outras não previstas na Lei, que inibissem a participação no certame.

Logo, no exemplo em referência, a Administração poderia exigir atestados comprobatórios da execução de, no mínimo, 100 casas em conjunto habitacional, desde que não reclamasse que dito conjunto estivesse situado em localidade predeterminada.

O fato de solicitar-se que o licitante tenha executado o serviço em um conjunto habitacional, a nosso sentir, tampouco incidiria na vedação afeta à inviabilidade de se exigir a execução de serviço em determinado local.

A exigência de execução de obra em um conjunto habitacional, subsume-se à previsão legal afeta à compatibilidade da experiência anterior com as características da obra a ser realizada.

Nesse escopo, as obras realizadas em conjuntos habitacionais necessitam, por parte do contratado, de todo um planejamento e metodologia, para que as unidades construídas sejam detentoras de homogeneidade ou padronização dos processos de produção, procurando a redução de patologias que oneram o processo construtivo.

Por certo, o nível organizacional para a produção habitacional em série não pode ser comparada à produção de unidades isoladas, com equipes de trabalho reduzidas, sem que estejam inseridas em um cronograma global. Vale dizer, ainda que a empresa tenha construído, **isoladamente**, 100 (cem) casas, essa experiência não induz à conclusão de que está apta a administrar a construção das mesmas 100 (cem) casas, **de uma só vez**.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

É necessário para a construção das 500 (quinhentas) unidades, verificar se o contratado apresenta organização e mobilidade de pessoas e equipamentos, bem como experiência na administração do canteiro de obras, segundo os termos da NR-18.

Veja ainda que a Constituição do Estado de São Paulo inclui, ex vi de seu art. 111, dentre os princípios norteadores da atividade administrativa, o da razoabilidade, exigindo adequação entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que pretende alcançar e, no presente caso, é absolutamente proporcional, razoável tendo em vista o que se almeja no exemplo em tela (a construção de 500 casas), exigir-se a comprovação de experiência anterior na construção de, pelo menos, 100 unidades habitacionais. Parece-nos, inclusive, a contrário senso, que o que poderia ser tido como não razoável, seria exatamente o ato de abster-se de exigir a experiência anterior da empresa, face à complexidade do objeto envolvido, incidindo, o agente que assim procedesse, em violação ao princípio em tela.

E, mesmo que assim não fosse, por outro lado, a doutrina também se manifesta no sentido de que as restrições do § 5º da Lei de Licitações não se aplicam no que tange à capacidade técnica-operacional da empresa.

Confirma a manifestação de Marçal Justen Filho:

“Enfim, lei proibindo providências necessárias a salvaguardar o interesse público seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnico-operacional são indispensáveis para salvaguardar o interesse público, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com o princípio da supremacia do interesse público.

Diante disso, deve-se adotar para o art. 30, interpretação conforme a Constituição. A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico-operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no §5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências” (obra cit., p. 308/309) (grifamos).

De notar-se, pois, que se encontra amparada pelas orientações de nossos doutrinadores, bem como de balizada jurisprudência, a exigência de capacitação técnico-operacional, para efeitos habilitatórios, quando esta tem por finalidade assegurar o interesse público, do qual a Administração não pode se desviar.

Informações Sobre os Autores

Gisele Clozer Pinheiro Garcia

Advogada militante no campo do Direito Administrativo, tendo iniciado a carreira em renomada empresa de consultoria jurídica nesta área, posteriormente trabalhado em escritório, advogando para empresas participantes de licitações e, atualmente, assessora da diretoria jurídica da Cohab/Campinas.

Cláudio Neme

Advogado chefe do Departamento Jurídico da Cohab/Campinas, atuando na área administrativa, em processos perante o Tribunal de Contas.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4758

Artigos Jurídicos

Capacitação técnico-operacional

Rodolfo Moura, 25 de março de 2012 0

A figura do atestado operacional e profissional vem muito antes da vigência da Lei de Licitações e ainda nos deparamos com muitos questionamentos sobre a licitude da exigibilidade do atestado de **capacitação técnico-operacional** nas licitações públicas devido ao veto presidencial.

Em 1993 o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei nº 1.491-F que redundou na nossa atual Lei de Licitações nº 8666/1993. O artigo 30, § 1º, alínea ‘b’ tinha o seguinte teor:

b) quanto à capacitação técnico-operacional: comprovação do licitante de ter executado, no somatório de até 3 (três) contratos, quantitativos mínimos não superiores a 50% (cinquenta por cento) daqueles previstos na mensuração e exclusivamente nas parcelas de maior relevância técnica ou de valor significativo do objeto da licitação, e a 50% (cinquenta por cento) das relações quantitativas/prazo global destas, admitida a soma de atestados quando referidos a um mesmo período, sem limites de contratos.

Com dito, a alteração surgiu logo após ao veto do Presidente da República limitando apenas a exigência da capacitação técnico-profissional. Com o veto a Lei de Licitação deixou de referir-se tanto da capacitação técnica operacional quanto dos limites dos quantitativos para as licitações pertinentes a obras e serviços.

Há uma corrente que defenda a ilegalidade na exigência do atestado operacional tendo como posicionamento que as licitações de obras e serviços se subordinam ao disciplinado § 1º do artigo 30, ou seja, apenas pode-se exigir capacitação do profissional, não se estendendo ao inciso II que prevê a comprovação experiência anterior.

Entretanto, data máxima vênia, não podemos fazer apenas interpretações literais, vilipendiando a proteção do interesse público envolvido. A ausência de menção expressa no artigo 30 da Lei 8666/93 quanto à capacidade técnico-operacional não significa sua vedação.

Ora, suponha-se uma licitação de grande vulto, entendemos imprudente acreditar que um profissional – solitário – conseguirá executar os trabalhos de forma satisfatória sem que a empresa em que atue tenha uma infraestrutura ou que a mesma seja antiquada.

A própria Constituição Federal (inciso XXI do artigo 37) preconiza a exigência de qualificação técnica necessária para salvaguardar o cumprimento das obrigações, *ipsis 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



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

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.** (Grifo e negrito nosso)

Nesta esteira, invocamos a exegese de jurista Marçal Justen Filho:

Enfim, lei proibindo providências necessárias a salvaguardar o interesse público seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnico-operacional são indispensáveis para salvaguardar o interesse público, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com o princípio da supremacia do interesse público. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 438)

Logo, à frente, deve-se resguardar o interesse público envolvido.

É oportuno sobressair que a Emenda Constitucional nº 19/98 incorporou entre os princípios basilares da atividade administrativa, o da eficiência. Satisfazendo este mandamento cabe o órgão licitante acautelar que o futuro contratado seja apto para cumprir de forma satisfatória o objeto licitado.

Corroborando com este entendimento o Ministro Francisco Falcão pondera:

Quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, §1º, II, caput, da Lei nº 8.666/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio **qualidade e eficiência**, objetivando não só a garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo – a lei – mas com dispositivos que busquem resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa. (Grifei) (Resp. nº 44.750-SP, rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª T., unânime, DJ de 25.9.00)

Destarte, apesar do veto presidencial **concluímos ser lícito exigir dos licitantes a capacitação técnico-operacional**, isto é, a empresa deverá demonstrar através de atestados que possui condições técnicas para executar o objeto a ser contratado.

Tanto a doutrina como a jurisprudência já pacificaram o assunto.

Com sapiência, o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles ensina:

A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível não obstante o veto oposto à letra b do §1º do art. 30. Na verdade, do dispositivo impunha limitações a essa exigência, e sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia das obrigações. (in Licitação e contrato administrativo, 14º ed. 2007, p. 151)

A Corte de Contas do Estado de São Paulo adota o entendimento a favor sobre a exigência da qualificação operacional:

SÚMULA Nº 24 – Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Da mesma forma o Egrégio Tribunal de Contas da União – fundamentada em voto do Ministro Revisor Lincoln Magalhães da Rocha – estabeleceu:

[...] 8.2.1. (que se) solicite, doravante, atestado de capacidade técnica, tanto do profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido por entidade, como das empresas participantes da licitação, com fulcro no inciso I do parágrafo 1º, c/c o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93 e o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, sem contudo, vincular este atestado ou declaração à execução de obra anterior. (TCU, Decisão 767/98, DOU de 20/11/98)

Ao cabo, friso que o atestado em nome da empresa deve ser exigido em licitações de grande vulto e de maior relevância técnica conforme recente orientação do TCU, vejamos:

Licitação de obra pública: 1 – A exigência de comprovação de capacidade técnica-operacional deve se limitar estritamente às parcelas do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo

Em auditoria realizada no Departamento Penitenciário Nacional – (Depen), na Caixa Econômica Federal – (CEF) e no Governo do Estado do Mato Grosso do Sul, com o objetivo de verificar a conformidade da aplicação de recursos federais em obras públicas de reforma e ampliação do estabelecimento penal masculino de Corumbá/MS, o Tribunal detectou diversas irregularidades, dentre elas, a necessidade de comprovação, por parte das licitantes, da capacitação técnico-operacional, mediante apresentação de atestados, para item de pouca relevância técnica. Para a unidade técnica responsável pelo feito, “a exigência de comprovação de capacidade técnica-operacional deve se limitar estritamente às parcelas do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo”. No caso em exame, o edital da concorrência 30/2010-CLO exigira atestado de capacidade técnica relativo ao item ‘cobertura com telha galvanizada trapezoidal’, que não apresentava qualquer relevância ou complexidade técnica com relação ao empreendimento que justificasse a exigência, já que não haveria necessidade de qualquer profissional ou equipamento especial, que não estivesse presente em grande parte das obras de engenharia. Além disso, “empresas construtoras que já executaram coberturas com telhas de fibrocimento, ou ainda com telhas cerâmicas, possuem plena capacidade técnica para construir telhados com telhas galvanizadas, não sendo razoável exigir um tipo de telhamento específico”.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

Destacou a unidade técnica, ainda, que a discricionabilidade dada à Administração para juízo de valor quanto ao que seria relevante, para fins de comprovação de capacidade técnica, não dispensaria razoabilidade na escolha dos itens de referência, pelo que a exigência, na espécie, deveria ser considerada indevida, o que foi acolhido pelo relator, o qual votou por que o Tribunal desse ciência da irregularidade ao Governo do Estado do Mato Grosso do Sul, sem prejuízo de que fosse promovida a audiência do servidor responsável pelo fato, no que contou com a anuência do Plenário.

Acórdão n.º 1898/2011-Plenário, TC-011.782/2011-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.07.2011.

Outrossim, proclamo Sumula do TCU n.º 263: "Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado."

S.M.J. é o parecer.

Por Rodolfo André P. de Moura

Consultor Jurídico da ConLicitação

<https://portal.conlicitacao.com.br/artigos-juridicos/capacitacao-tecnico-operacional/>

**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DOS VALES DO
JEQUITINHONHA E MUCURI
DIVISÃO DE LICITAÇÕES**

BR 367, n.º 5000 Alto da Jacuba

Diamantina - Minas Gerais – 39100-000

(38) 3532 1260

Resposta à impugnação apresentada pela empresa RMX Engenharia e Construções Ltda-EPP Concorrência 010/2011
Objeto: Contratação de empresa especializada para realização de obras de adequações do prédio de sistemas de informação da UFVJM - Campus JK - Diamantina (MG)

A questão que está sendo enfocada gira em torno da licitude da exigência editalícia da comprovação da capacidade técnica específica da empresa, que é feita por meio de atestados de sua experiência anterior, medida pelo histórico de suas atuações em outros contratos, e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação, e da comprovação da capacitação técnico-profissional, que é decorrente de a licitante possuir em seu quadro permanente pessoal 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 à do objeto licitado.

Bom, primeiro temos que considerar que a licitação visa selecionar os mais bem preparados para atenderem as diversas necessidades da sociedade, manifestados pelos diversos órgãos que compõe a estrutura da Administração Pública. Logo, há que existir requisitos mínimos, indispensáveis e razoáveis dos interessados de modo a que não haja, ou pelo menos, que seja minimizado, os riscos de uma má contratação, o que o poderia acarretar em sérios danos às pessoas e ao patrimônio público, conforme o caso.

O art. 30 da Lei 8.666/93, ao elencar as exigências habilitatórias afetas à capacitação técnica dos licitantes, estabelece a possibilidade de ser comprovada a capacidade técnico-operacional do licitante (pertinente à empresa), bem com a capacidade técnico-profissional (relativa ao profissional integrante dos quadros permanentes da empresa e indicado como responsável técnico pela obra ou serviço).

De fato, assim preceitua o Diploma Legal Licitatório:

2º Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I – (...)

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".

O §1º do mesmo artigo dispõe que a comprovação de aptidão referida no inc. 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 no CREA.

Existe, ainda, a **capacidade técnico-profissional, prevista no inc. I do §1º do art. 30, que é a "comprovação do licitante 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 (entendemos quantidades de atestados) e prazos máximos".**



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

Portanto, nos termos da lei, subsiste a viabilidade de se exigir tanto a capacidade técnica-operacional, quanto a capacidade técnico-profissional da licitante.

A doutrina e a jurisprudência são unânimes ao asseverar a possibilidade de exigir-se a capacidade técnico-operacional da empresa. Até porque, não fosse esta a exegese teríamos exigências muito mais severas para as empresas em relação à compra de bens pela Administração Pública, do que aquelas atinentes à licitações para obras e serviços de engenharia, o que seria, ao menos em regra, incoerente.

Esclareceremos de início a questão da capacidade técnica profissional:

Além da aptidão da empresa, comprovável em função de sua experiência, a Administração deve exigir comprovação da "capacitação técnico-profissional" nos termos do § 1º do mesmo art. 30.

Também não é outro o entendimento de JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 1994, p.30, que assim preleciona:

3 "Os parágrafos do art. 30 preocupam-se sobretudo com a prova da qualificação técnica nos casos de obras ou serviços.

O atestado de capacitação técnico-profissional cingir-se-á a certificar que o habilitante possui, em seu quadro permanente de pessoal, na data da licitação, que é a da entrega dos envelopes pelos licitantes, profissional de nível superior em cujo nome haja sido emitido atestado de responsabilidade técnica (necessariamente registrado no órgão de controle do exercício profissional) por execução de obra ou serviço de características semelhantes às do objeto da licitação; a semelhança se estenderá às parcelas significativas para o objeto da licitação.

Inspira a vedação a quantidades mínimas (de atestados) e a prazos máximos, a épocas e locais específicos. Interpretação restritiva superará o aparente excesso da nova lei. O que esta em verdade proscreve é a exigência de experiência anterior em "locais específicos", e, não, a exigência de experiência anterior. Esta parece indispensável a que da licitação resulte como a mais vantajosa proposta formulada por empresa capaz de dar integral cumprimento às obrigações que contratará, como quer a Constituição da República".

Quanto a questão da capacidade técnica operacional:

O saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo, 20ª ed., 1995, p. 270, assim preleciona:

"A comprovação da capacidade técnico-operacional continua sendo exigível, não obstante o veto apostado à letra "b" do § 1º do art. 30. Na verdade, o dispositivo vetado impunha limitação a essa exigência e a sua retirada do texto legal deixou a critério da entidade licitante estabelecer, em cada caso, as exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, exigências, essas, que devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação"

Carlos Pinto Coelho Motta, in Eficácia nas Licitações e Contratos, 1994, p. 149, para reforçar a sua interpretação do art. 30, cita na íntegra as seguintes conclusões do Prof. Antônio Carlos Cintra do Amaral, no seu parecer intitulado "Qualificação Técnica da empresa na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos", separata da Revista Trimestral de Direito Público, nº 5, Malheiros Editores:

"1. Para efeito de qualificação técnica de empresas licitantes, a Administração deve, com base na Lei 8.666/93, exigir Atestados referentes à sua capacitação técnica, com vistas à "comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação" (art. 30, II).

"2. A Lei 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o inciso II do art. 30, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Quanto à "capacitação técnico-profissional", a lei estabelece limites para exigências referentes às características (parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação) e veda exigências referentes a quantidades mínimas (de atestados) ou prazos máximos (§ 1º do art. 30)".

Nesse sentido são as palavras de Marçal Justen Filho, in Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativo, 1994, p. 174, verbis:

"Na linha de proibir cláusulas desarrazoadas, a Lei veda expressamente a exigência de prazo mínimo no exercício de atividades, desempenho de atividades em certos locais, etc (§ 5º). Isso não significa vedar a exigência de experiência anterior na execução de contratos similares."

Impende ressaltar que exercendo o seu mister, o Egrégio Tribunal de Contas da União ao apreciar o Processo nº TC 009.987/94 - 0, referente à Representação apresentada pelo CREA - SP, prolatou a Decisão nº 395/95 - Plenário, publicada no D.O.U. de 28.08.95, abordando o tema de maneira percuciente, e com proficiência firmou entendimento do qual reproduzimos alguns pontos da indigitada Decisão:

"22. ... o que se quer garantir é a segurança jurídica dos contratos firmados pela administração pública, inclusive, para que não haja solução de continuidade na prestação dos serviços públicos.

27. Todavia, é importante considerar certos fatores que integram, de forma absoluta, a finalidade de determinadas licitações e, nesse contexto, estão incluídos os casos em que para a realização de obras ou serviços de grande complexidade não podem ser dispensados o conhecimento técnico especializado nem a comprovação de experiência e capacitação operativa para cumprir o objeto do contrato".

O texto extraído do parecer do Procurador Paulo Soares Bugarin, nos autos alusivos à Decisão nº 395/95 também é esclarecedor:



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

"Assim, não restam dúvidas que, apesar do veto, a Lei nº 8.666/93 continua permitindo a exigência de "comprovação de aptidão para o 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...", conforme inscrito no inc. II do art. 30 da Lei nº 8.666/93".

A execução de obras, trata-se de serviço eminentemente técnico e, como tal, deve exigir a participação de profissionais especializados aliada à capacitação operativa da empresa a ser contratada, principalmente em se tratando de Administração Pública, quando há desdobramento de problemas econômicos e administrativos, ligados ao fluxo de recursos disponíveis ou à liberação de 5 áreas físicas, ou, ainda, a prioridades de atendimento ou a problemas estruturais do órgão ou entidade estatal.

Conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, há permissão, nas licitações públicas, de exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, pois caracterizam - se como instrumentos eficazes de garantia para a boa conservação das obras públicas.

O exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e sua parte final, referente à "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe.

O Egrégio TCU proferiu a Decisão nº 285/2000-TCU-Plenário, referente ao TC-011.037/99-7, DOU Seção de 04.05.2000, págs. 105/107, em que o Relator Min. ADHEMAR PALADINI GHISI, revendo o seu posicionamento, assim se expressou em "A verificação da qualificação técnica, conforme consta do art. 30 da Lei nº 8.666/93, bem como da econômica, tem por objetivo assegurar que o licitante estará apto a dar cumprimento às obrigações assumidas com a Administração, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, não podendo a sua comprovação ser feita mediante a formulação de exigências desarrazoadas, que comprometam a observância do princípio constitucional da isonomia.

6. Com efeito, na linha defendida pela Decisão nº 767/98-TCU-Plenário, há que ser entendido que o inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93 pode ser dividido em duas partes. Uma relativa ao licitante e outra ao pessoal técnico que integra o seu corpo de empregados. A primeira, que cuida da comprovação de aptidão do interessado para o 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 refere-se, pois, no presente caso, à pessoa jurídica. A outra, qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos, dirige-se especificamente aos seus profissionais.

7. Prosseguindo, a limitação contida no § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 aplica-se exclusivamente à comprovação da qualificação técnica dos profissionais que se responsabilizarão pelos trabalhos. Por conseguinte, a comprovação de aptidão do interessado, conforme mencionado no item anterior, há que ser exigida e feita com base em parâmetros distintos, de forma a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas, na forma estabelecida no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

9. Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam pertinentes e relevantes ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a ratio legis.

O que o dispositivo visa coibir é a exigência infundada, dirigida exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, sem qualquer justificativa. No entanto, não fere a competição a exigência de requisitos que, de fato, sejam necessários no caso concreto, face ao objeto a ser contratado"

"Vamos agora nos atentar para o fato acerca das exigências de capacitação técnica das empresas do ramo de engenharia. A dificuldade referida consubstancia-se no fato de que o CREA não registra os atestados em nome da empresa que executou a obra, mas tão somente em nome de seu responsável técnico.

Consultada a legislação do CREA, verifica-se que este assim procede sob o manto de que o acervo técnico não pertence à empresa, mas sim, ao profissional integrante de seus quadros.

Nesse diapasão, é expressa a Resolução 317/86 do Confea, que assim dispõe:

"Art. 1º Considera-se Acervo Técnico do profissional toda a experiência por ele adquirida ao longo de sua vida profissional, compatível com as suas atribuições, desde que anotada a respectiva responsabilidade técnica nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia"

"Art. 4º O Acervo Técnico de uma pessoa jurídica é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais de seu quadro e de seus consultores técnicos devidamente contratados.

Parágrafo único – O acervo técnico de uma pessoa jurídica variará em função do Acervo Técnico do seu quadro de profissionais e consultores"

Acerca do assunto, destacamos a seguinte exegese que elucida a questão: "Quanto a titularidade, porém, há que se verificar, que a legislação autoral e a que regula a profissão dos engenheiros e arquitetos, ambas preveem claramente que autor é pessoa física, e não poderia ser diferente, porquanto pessoa jurídica nada cria, e depende do intelecto humano para tal criação, mesmo que a obra tenha sido criada com o auxílio mecânico ou cibernético. Ou seja, autor é sempre a pessoa física que concebeu o projeto de engenharia ou arquitetura, topografia ou geografia, e não a empresa na qual trabalha o autor ou da qual é proprietário, quer seja engenheiro, arquiteto, geógrafo ou topógrafo, como querem ambas as leis" (cf. Direitos Autorais dos Engenheiros e Arquitetos, in www.jurisdoctor.adv.br)



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

10. Sobre o tema, pondera Carlos Pinto Coelho Motta: "Na verdade, a variação do acervo técnico de uma empresa, a sua modificação em função da rotatividade e capacitação de seu quadro técnico, constituem aspectos pacíficos na lei. Uma organização expressa-se através de seus profissionais".

E assim continua, apontando o texto da resolução do CREA acima mencionada: "O texto da Resolução em tela, colocando em novos termos esse equilíbrio entre as realizações individuais e as empresariais, vem conferir validade jurídica a atestados técnicos com base em realizações "então" sob a responsabilidade de profissionais eventualmente ausentes dos quadros da empresa já que tais realizações integram-se à experiência e tradição adquiridas ao longo do tempo e de certa forma reconhecidas pela letra legal" (Eficácia nas Licitações e Contratos (p. 284).

O procurador jurídico do CREA – 12ª Região, assim se manifestou a respeito: "creditar-se à tradição técnica assim às empresas, como aos seus diretores técnicos e responsáveis técnicos (...) a tradição técnica cabe tanto à empresa quanto aos profissionais intervenientes na execução da obra ou serviço, ou seja, do responsável técnico da empresa ao responsável pela obra e ao engenheiro fiscal" (RDP 41/42, p. 141).

Na verdade, todo o registro dos atestados, quando da realização de uma obra ou serviços, é feito em nome do profissional e não da empresa, tendo em vista a legislação do CREA acima apontada.

Se, a empresa vencedora de uma licitação, na conclusão da obra, solicitar da Administração um atestado demonstrando a execução do objeto contratado, com os respectivos quantitativos, quando for levar o documento ao registro do CREA, o mesmo será emitido em nome do profissional e não da empresa.

É aí, parece-nos que a vedação de se exigir quantitativos dos profissionais não procede.

Ora, a lei só admite exigência de quantitativo em nome da empresa. Por outro lado, o CREA não registra este atestado, com os respectivos quantitativos, em nome da empresa, mas sim do profissional, por entender que o acervo técnico pertence ao último e não à primeira; Logo, o atestado é emitido para a empresa, com o respectivo quantitativo, mas o registro deste documento dá-se em nome do profissional, já que é este quem detém o acervo técnico correlato.

11 Então, vamos ter um acervo técnico-profissional que, na prática, corresponde a um quantitativo específico. Há, então, salvo engano, uma incoerência fática em se vedar a exigência de quantitativo do profissional e se permitir a mesma exigência para a empresa no caso de obras e serviços de engenharia, já que é o acervo do profissional que compõe o da empresa, segundo as normas do próprio CREA. Logo, estar-se-ia, na verdade, permitindo-se e rejeitando-se a mesma coisa, fato para o qual legislador não se atentou.

Por conseguinte, entendemos que o que deveria ser apreciado, nestes casos, não é a questão afeta à exigência de quantitativo em nome da empresa ou do profissional, mas sim a adequação daquilo que foi exigido, com a amplitude do objeto licitado. Ainda convém ponderar que, no que tange aos quantitativos, assim se manifesta a doutrina, ao tratar da capacitação do profissional: "Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, para fins de qualificação técnico-profissional. É inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina. A Lei consagrou preconceito insustentável, pois a boa execução anterior de quantidades mínimas e (ou) com prazos máximos pode ser a única forma de evidenciação da qualificação técnico-profissional. Seria reprovável a exigência anterior com quantidades mínimas ou prazos máximos se isso fosse desnecessário para comprovação da qualificação técnica do sujeito, em função das peculiaridades do objeto licitado".(cf. Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., Dialética, p. 311) (grifamos).

Além disso, entendemos muito mais objetivo o critério afeto à definição de um quantitativo específico (logicamente desde que o mesmo seja proporcional ao objeto licitado), do que a previsão genérica de alguns editais, no sentido de se demonstrar execução de obra ou serviço "pertinente", "compatível" e "semelhante", o que pode levar, não raro, à subjetividade de julgamentos, ao arripio da lei".

Ao final vimos esclarecer:

1. A redação inciso I, § 1º, do art. 30, - "vedadas quantidades mínimas e prazos máximos" - diz respeito única e exclusivamente ao número de atestado que se pode exigir e não a quantitativos.
2. Não foram limitadas as quantidades de atestados técnicos operacionais ou profissionais exigidos. Pode a empresa apresentar um atestado para cada um dos itens exigidos. Neste caso podemos ter a apresentação de um atestado (onde constem todos os itens, respeitados os quantitativos mínimos exigidos para cada um) ou termos a apresentação de vários atestados (cada um constando um item, respeitado o quantitativo mínimo exigido).
3. A exigência da qualificação técnica profissional e operacional não se refere à totalidade dos itens da obra e sim aqueles de maior relevância e valor significativo.
4. Não procede a alegação de que estaríamos exigindo atestado de execução de "obra idêntica em sua totalidade" àquela que visamos realizar, tanto que os quantitativos equivalem apenas aos itens de maior relevância, quer pela sua complexidade, quer pelo valor significativo em relação ao total da obra.
5. As alegações de que "empresa que nunca tenha realizado objeto idêntico ao licitado pode apresentar-se em melhores condições para o desempenho da atividade buscada pelo órgão licitante em decorrência da realização de diversas obras similares" ou "um potencial interessado pode nunca ter realizado objeto idêntico ao da licitação, e apresentar melhores condições para executar o objeto do certame, comprovando sua capacidade técnica através de realização de diversas obras similares" somente vem comprovar o entendimento equivocado do Recorrente de que estamos exigindo comprovação de experiência em obra idêntica a que se pretende contratar. Exigiu-se nesse certame experiência em 04 itens, de um total de 95 itens a contratar. O total de itens cuja experiência se exige equivale a



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

48,70% do valor total da contratação (considerado sem BDI). Dessa forma, não há se questionar a relevância de tais exigências e se confirma que não estamos exigindo experiência em obra idêntica, caso contrário, tal percentual seria de 100%, quer nos quantitativos, quer no número de itens exigidos.

6. Realmente se pode dizer que quem “nunca tenha realizado objeto idêntico ao licitado pode apresentar-se em melhores condições para o desempenho da atividade buscada pelo órgão licitante em decorrência da realização de diversas obras similares”, porém, não se trata de uma afirmação, mas sim de uma incógnita: o verbo “poder” se concretiza afirmativa ou negativamente, e a licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Não há dúvida de que o objetivo da administração é conseguir contratar o melhor e mais capacitado licitante, pelo menor preço, o que não significa dizer que a Administração tenha que aceitar a melhor proposta de qualquer concorrente. Para isso a Lei permite a exigência de atestados de capacidade técnica: para se nivelar os concorrentes de modo que a melhor proposta seja feita por quem efetivamente tenha condições suficientes de garantir qualidade no serviço contratado.

7. Com relação à vedação do somatório de atestados para fins de se conseguir atingir a quantidade mínima de experiência se justifica em função de que aquilo que a Administração objetiva com a exigência de quantitativos mínimos é auferir se a empresa tem experiência em obra de porte e complexidade semelhante a que se pretende executar e, caso se permita o fracionamento dos quantitativos, tal objetivo se esvai e ao final, não se seleciona empresas com a experiência desejada, prejudicando a objetividade de julgamento das propostas.

Após todo o acima exposto, indeferimos a impugnação apresentada mantendo-se inalteradas todas as cláusulas do edital referente à Concorrência 010/2011.

Em: 20/10/2011

Gildásio Antônio Fernandes

Presidente da Comissão de Licitação

Lucas Ethiene da Silva Moreira

Membro

Walmey Leandro Barreto

Membro

GARCIA, Gisele C

lozer Pinheiro, NEME, Cláudio,

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4758 acessado em 20/10/2011

GARCIA, Gisele Clozer Pinheiro. Licitação: vedação de quantitativos quanto à capacidade técnico-profissional da licitante na fase de habilitação. Determinações do CREA em relação ao acervo técnico. Considerações pertinentes. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 967, 24 fev. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7991>. Acesso em: 17 out. 2011. SILVA, Wálteno Marques da; SILVA, Gustavo Henrique Trindade da. TCU unifica entendimento do seu colegiado. sobre a legalidade da exigência editalícia da comprovação da capacitação técnico-operacional e técnico-profissional em licitação. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/430>. Acesso em: 17 out. 2011 http://www.ufvjm.edu.br/licitacoes/home/doc_view/2856.html

O próprio acórdão 2.444/20123 do TCU menciona:

21. Em tese, portanto, existe a possibilidade jurídica da transferência do acervo e da capacidade técnico-operacional. Resta analisar, então, se no caso concreto a transação seria apta para produzir os efeitos desejados, o que será discutido na sequência desta instrução.

Argumentos

22. **O Relator entendeu que não seria possível a transferência da capacidade técnica entre pessoas jurídicas, quando não existe a totalidade na transferência de patrimônio e profissionais. Ou seja, a capacidade técnica operacional não se demonstraria apenas por meio dos responsáveis técnicos que a integram, mas por toda a estrutura administrativa e técnica da empresa. Tal conceito extrapola o entendimento esposado pela doutrina e estabelecido pela própria regulamentação do CONFEA.**

23. ‘Em termos de aptidão técnica, a acepção de ‘conjunto de pessoas’ deve se ater aos responsáveis técnicos, que são aqueles que, de fato, materializam a ação da pessoa jurídica na concepção de soluções técnicas para a execução dos serviços’.

24. ‘É certo que a conciliação dos responsáveis técnicos que participaram dos serviços que correspondem a determinado atestado – ART’s – é que compõem a capacidade técnica operacional da empresa, **juntamente com a robustez patrimonial desta**’.

Análise

25. Diverge-se parcialmente do recorrente quanto a esse ponto.

26. Conforme se mencionou no item 16 retro, existem diversas variáveis que contribuem para que a empresa logre êxito nos empreendimentos em que se engaja (esse êxito é a tradução mais simples de sua capacidade técnico-operacional). Exemplificando, de nada adianta a empresa deter em seus quadros responsáveis técnicos que



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

apresentam excelentes soluções técnicas se os encarregados dos setores de compras e almoxarifado negligenciarem os controles de estoques e possibilitarem a falta de materiais essenciais às obras. Da mesma forma, se os responsáveis pelos setores de recursos humanos não estiverem atentos às necessidades de contratação de operários ou à adoção de políticas satisfatórias de pessoal, poderão ocorrer o esvaziamento dos quadros e a deflagração de greves, todas danosas à conclusão dos empreendimentos. Despiciendo, ainda, é comentar acerca dos responsáveis pelos setores financeiros da empresa, uma vez que deles dependerão os fluxos de recursos necessários ao sucesso da obra.

27. Parece-nos que o recorrente, nesse ponto específico, confundiu o conceito de capacidade técnico-operacional de uma pessoa jurídica com a definição de sua capacidade técnico-profissional, normatizada pelo art. 48 da Resolução-Confea 1025/2009, já transcrito no item 14 desta instrução.

28. De qualquer forma, embora se negue razão ao recorrente a partir dos argumentos utilizados, assinala-se que o raciocínio desenvolvido pelo Relator, de que somente seria possível a transferência da capacidade técnica entre pessoas jurídicas quando existisse a totalidade na transferência de patrimônio e profissionais, também não pode subsistir, uma vez que o próprio Tribunal já reconheceu de sua possibilidade nos casos em que ocorrem cisões, como se extrai da inteligência constante do Acórdão 1108/2003 – Plenário. Perceba-se que em tais situações, sejam as cisões totais ou parciais, tanto as empresas cindendas como as cindidas deixarão de ter a totalidade do patrimônio e pessoal que forneceram o suporte organizacional necessário à obtenção da capacidade técnico-operacional já reconhecida. Ou seja: haverá a transferência da capacidade técnico-operacional sem que tenha ocorrido a transferência integral dos elementos humanos e materiais que suportaram sua obtenção.

Argumentos

29. 'Em âmbito técnico, pois, admitindo-se que é plenamente possível que determinados responsáveis técnicos de uma pessoa jurídica sejam transferidos a outra, juntamente com parcela de patrimônio também de cunho técnico – maquinário, etc. – parece amplamente possível que a capacidade técnica correspondente àqueles profissionais seja também transferida, na proporção do patrimônio técnico transferido e do patrimônio que a pessoa jurídica destinatária já contenha'.

31. Conforme já se assinalou, a capacidade técnico-operacional de uma empresa não pode se limitar à percepção isolada de apenas alguns setores ou responsáveis técnicos.

32. Em regra, portanto, a mera existência de contratos de repasse de acervos técnicos não seria suficiente para transferir, de forma efetiva, a capacidade técnico-operacional entre empresas. Ocorre que o no caso em exame existe a particularidade de que a transferência de acervo ocorreu entre empresas fortemente vinculadas. Note-se que não se tratam apenas de empresas integrantes de um mesmo grupo empresarial, mas de uma empresa holding e sua subsidiária integral. Há que se reconhecer que uma subsidiária integral, apesar de constituir nova pessoa jurídica, atua como uma longa manus da controladora.

Pelo acima colecionado, destacam-se os seguintes pontos:

- 1 – É lícita a exigência de comprovação de entre qualificação técnica operacional e qualificação técnica profissional;
- 2 - É inegável o reconhecimento da distinção entre qualificação técnica operacional e qualificação técnica profissional;
- 3 – Apesar de ainda controverso, o tema da possibilidade de transferência de acervo técnico operacional mediante a transferência de vínculo profissional entre técnico e empresa é defendido, desde que outros requisitos sejam cumpridos, como por exemplo a transferência de ativos;
- 4 – É incontroverso que se trata de empresas distintas e que não há documentação que sustente a situação pleiteada, na forma como apresentada, de acordo com doutrinas e entendimentos existentes;
- 5 – Devem ser considerados os princípios da igualdade, do vínculo ao instrumento convocatório e da busca pela melhor proposta, em ampla concepção, não se invocando a regra de formalismo moderado, inaplicável no caso em tela.

Portanto, com base nos argumentos analisados, a Comissão julga o recurso apresentado pela empresa **SILVANIR FRANCO VIEIRA – ME IMPROCEDENTE**, por todos os fatos e argumentos contidos nas razões de julgamento, acima ventiladas e sugere ao Senhor Prefeito Municipal a ratificação desta decisão

Nada mais havendo a considerar, lavra-se a presente Ata que segue assinada pelos membros da Comissão Permanente de Licitações.

Roberto C. Rossato
Presidente da Comissão Permanente de Licitações



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS

Departamento de Procedimentos Licitatórios

Comissão Permanente de Licitações

São Carlos, Capital da Tecnologia

Daniel Muller de Carvalho
Membro

Hicaro Leandro Alonso
Membro