



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



Processo nº 0405.01/2017  
Concorrência nº 0405.01/2017  
Assunto: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL  
Impugnante: B & Q ENERGIA LTDA

"A qualificação técnica é um conjunto de requisitos profissionais que o licitante deverá reunir para a concretização plena do objeto da licitação [...] (TCU - Tribunal de Conta da União, por meio da Decisão nº 682/96)

#### *Resposta ao Recurso*

A Comissão Permanente de Licitação do Município de Acaraú vem responder ao pedido de impugnação do Edital nº 0405.01/2017, impetrado pela empresa B & Q ENERGIA LTDA, com base no Art. 41, parágrafo 2º e 3º, da Lei 8.666/93 e suas posteriores alterações.

#### **DAS RESPOSTAS**

Preliminarmente há que se esclarecer que a referida impugnação não tem efeito de recurso, portanto não há que se falar em efeito suspensivo, tampouco sua remessa a autoridade superior, tem a Presidente nesta fase processual, todos os poderes para averiguação de quaisquer contestações que se façam ao texto editalício, decidindo sobre cada caso, conforme a legislação pertinente.

*Albuquerque*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



Podemos concluir desta forma pelas recomendações do art. 41, parágrafo segundo, também citado pela impugnante, senão vejamos:

**§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94) (grifamos)

O Art. 41, parágrafo segundo alhures é taxativo, a comunicação de impugnação do edital não terá efeito de recurso, portanto não terá efeito suspensivo.

Quanto à exigência do item editalício que trata da qualificação técnica profissional, aduzimos que está embasada na norma do Art. 30, inciso II, parágrafo primeiro, inciso I, que transcrevemos:

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

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



MUNICÍPIO  
VERDE

público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Isto posto, resta comprovada a legalidade das exigências contestadas de maneira que não se pode interpretar o edital de forma diversa ao sentido das normas nele contido e na legislação de regência.

O TCU - Tribunal de Contas da União, em sua publicação Licitações e Contratos, Orientações e Jurisprudência, na pág. 407, tratando de atestados de capacidade técnica é enfático.

#### "Atestados de capacidade técnica

Atestados de capacidade técnica são documentos fornecidos por pessoa jurídica, de direito público ou privado, para quem as atividades foram desempenhadas com pontualidade e qualidade. E nesse documento que o contratante deve certificar detalhadamente que o contratado forneceu determinado bem, executou determinada obra ou prestou determinado serviço satisfatoriamente." (grifamos).

*Colômbio*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



Isto posto, é equivocado falar-se em rigor excessivo quando se trata de uma serviço de grande vulto, mormente tratar de direcionamento os serviços envolvem benefícios população municipal de Acaraú, então nada mais plausível do que exigir que os licitantes e pretensos vencedores do certame atendam as normas de execução dos serviços nos moldes do que preceitua no edital supramencionado.

As exigências dos itens editalícios, a despeito do que cita a impetrante, nada mais visam do que garantir que a empresa vencedora do certame, tenha condições de prestar os serviços a contento, de modo a não se contratar empresa que não tenha estrutura e desse modo comprometa-se as atividades de interesse público.

Questiona a impetrante ainda que não seria possível exigir comprovação de capacidade técnica profissional de engenheiro civil e segurança do trabalho, que discordamos, por ser condição aprovada doutrinária e jurisprudencialmente como comprovaremos.

Notemos que o objeto envolve a execução de vários serviços técnicos e complexos ao mesmo tempo, sendo imperiosa a contratação de empresa que disponha comprovadamente de equipe técnica para atendimento as necessidades de interesse público de forma satisfatória e conforme o edital regedor do certame.

Quanto à exigência de profissional de nível superior (Graduação / Especialização / Pós-Graduação) - ENGENHEIRO DE SEGURANÇA DO TRABALHO - reconhecido pelo CREA, referendamos que a exigência é cabível e legal em vistas a complexidade do objeto da licitação, que na execução admite riscos que serão minimizados com a interveniência de profissional com essa expertise.

A Resolução nº 325, de 27 de novembro de 1987, do CONFEA - CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA, que dispõe sobre o exercício profissional, o registro e as atividades do Engenheiro de

*Alf*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



Segurança do Trabalho, e dá outras providências. No Art. 4º dispõe sobre as atividades dos referidos profissionais.

*Art. 4º - As atividades dos Engenheiros e Arquitetos na especialidade de Engenharia de Segurança do Trabalho são as seguintes:*

*1- Supervisionar, coordenar e orientar tecnicamente os serviços de Engenharia de Segurança Trabalho;*

*2- Estudar as condições de segurança dos locais de trabalho e das instalações e equipamentos, com vistas especialmente aos problemas de controle de risco, controle de poluição, higiene do trabalho, ergonomia, proteção contra incêndio e saneamento;*

*3- Planejar e desenvolver a implantação de técnicas relativas a gerenciamento e controle de riscos;*

*4- Vistoriar, avaliar, realizar perícias, arbitrar, emitir parecer, laudos técnicos e indicar medidas de controle sobre grau de exposição e agentes agressivos de riscos físicos, químicos e biológicos, tais como: poluentes atmosféricos, ruídos, calor radiação em geral e pressões anormais, caracterizando as atividades, operações e locais insalubres e perigosos;*

*5- Analisar riscos, acidentes e falhas, investigando causas, propondo medidas preventivas e corretivas e orientando trabalhos estatísticos, inclusive com respeito a custos;*

*6- Propor políticas, programas, normas e regulamentos de Segurança do Trabalho, zelando pela sua observância;*

*7- Elaborar projetos de sistemas de segurança e assessorar a*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



*elaboração de projetos de obras, instalações e equipamentos, opinando do ponto de vista da Engenharia de Segurança;*

*8- Estudar instalações, máquinas e equipamentos, identificando seus pontos de risco e projetando dispositivos de Segurança;*

*9- Projetar sistemas de proteção contra incêndio, coordenar atividades de combate a incêndio e de salvamento e elaborar planos para emergência e catástrofes;*

*10- Inspeccionar locais de trabalho no que se relaciona com a Segurança do Trabalho, delimitando áreas de periculosidade;*

*11- Especificar, controlar e fiscalizar sistemas de proteção coletiva e equipamentos de segurança, inclusive os de proteção individual e os de proteção contra incêndio, assegurando-se de sua qualidade e eficiência;*

*12- Opinar e participar da especificação para aquisição de substâncias e equipamentos cuja manipulação, armazenamento, transporte ou funcionamento possam apresentar riscos, acompanhando o controle do recebimento e da expedição;*

*13- Elaborar planos destinados a criar e desenvolver a prevenção de acidentes, promovendo a instalação de comissões e assessorando-lhes o funcionamento;*

*14- Orientar o treinamento específico de segurança do trabalho e assessorar a elaboração de programas de treinamento geral, no que diz respeito à Segurança do Trabalho;*

*15- Acompanhar a execução de obras e serviços decorrentes da adoção de medidas de segurança, quando a complexidade dos trabalhos a executar assim o exigir;*

*Alfons*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



*16- Colaborar na fixação de requisitos de aptidão para o exercício de funções, apontando os riscos decorrentes desses exercícios;*

*17- Propor medidas preventivas no campo de Segurança do Trabalho, em face do conhecimento da natureza e gravidade das lesões provenientes do Acidente de Trabalho, incluídas as doenças do trabalho;*

*18- Informar aos trabalhadores e à comunidade, diretamente ou por meio de seus representantes, as condições que possam trazer danos à sua integridade e as medidas que eliminam ou atenuam estes riscos e que deverão ser tomadas.*

O TCU - Tribunal de Contas da união em caso semelhante e sobre a exigência de Profissional de Segurança do Trabalho, se manifestou, no Processo: TC-033.772/2011-8, ACÓRDÃO Nº 3274/2011 - TCU - Plenário, julgando processo do Supremo Tribunal Federal.

Na ocasião motivou o STF:

c) exigência contida no item 3.1.4, "d", uma vez que o Engenheiro de Segurança do Trabalho não costuma ser responsável técnico em obras e serviços de engenharia.

Motivação apresentada pela Seção de Engenharia do STF:

"Trata-se da exigência de apresentação de Certidão de Acervo Técnico, registrado no CREA, para o Engenheiro de Segurança do Trabalho, referente a impermeabilização de lajes de cobertura. Tal exigência centra-se no fato de o próprio objeto - contratação de empresa de engenharia para prestação de serviços de impermeabilização das lajes de cobertura do Edifício Anexo II (Blocos A e B) - demandar experiência desse profissional no que se refere ao acompanhamento dos trabalhadores envolvidos em

*Alfaro*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



serviços de impermeabilização. As condições específicas envolvidas - exposição à altura (7 pavimentos, incluindo o térreo, no caso do Bloco A), aos gases provenientes de produtos químicos utilizados durante os serviços, aos ruídos excessivos, o transporte vertical por meio de elevadores de obra, dentre outras condições encontradas em obras de impermeabilização de lajes de cobertura, demandam o acompanhamento de profissional legalmente habilitado na área de segurança do trabalho. Ainda, é permitida, segundo o Edital, a elaboração de Contrato de Trabalho para atender à exigência.

Observe-se que as próprias condições de realização dos serviços na área de impermeabilização exigem que a empresa efetivamente atuante na área possua vínculo, ao menos temporário, com profissional engenheiro de segurança do trabalho, não sendo esse um fator restritivo à concorrência e isonomia entre licitantes. Pretende-se aqui esclarecer que a própria natureza do objeto é fator preponderante para o favorecimento, no mercado, da existência de profissionais detentores de CAT referentes ao seu trabalho em obras e serviços de impermeabilização, pois atuaria de forma culposa qualquer empresa que negligenciasse a presença de tal profissional em seu canteiro."

Assim manifestou-se o Ministro Valmir Campelo, Relator:

41. Para justificar o acolhimento da motivação vista anteriormente, acrescento alguns comentários que julgo necessários, com os quais acredito contribuir para a correta compreensão dessa matéria reconhecidamente complexa.

42. Como é sabido, ao exigir que a necessidade de comprovação de experiência anterior recaia apenas sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, a lei remeteu para o instrumento convocatório a definição correspondente (§ 2º

*Assis*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



MUNICÍPIO  
VERDE

do art. 30 da Lei nº 8.666/1993), o que inviabiliza ou dificulta uma delimitação precisa em torno do assunto, especialmente no tocante ao aspecto da relevância técnica.

43. E não há como ser diferente disso, pois cada obra ou serviço possui suas peculiaridades, devendo ser vista isoladamente, em cada caso concreto, não se podendo estabelecer parâmetros rígidos, aplicáveis a todas as licitações indistintamente, especialmente no tocante a tais aspectos, sob pena de comprometimento dos objetivos que justificam o processo licitatório.

44. Portanto, foi sábio o legislador ao deixar a cargo do gestor a definição, no edital, do melhor caminho técnico a seguir, com vistas ao pleno atendimento do interesse da Administração, naquilo que diz respeito ao discutido ponto.

45. É que, inegavelmente, temos aí o envolvimento de condições específicas, e não gerais, sendo válidas as exigências dessa ordem desde que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar.

46. A propósito, é de Marçal Justen Filho a seguinte lição a respeito da diferença entre condições gerais e condições específicas (in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". São Paulo: Dialética, 2001. p. 181):

"São gerais aquelas exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta. Inexiste liberdade para a Administração Pública determinar a extensão e o conteúdo dessas exigências, em cada caso concreto.

São específicas aquelas fixadas pelo ato convocatório, em função das características da contratação colimada em uma licitação específica.

*Colômbio*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



MUNICÍPIO  
VERDE

Cabe à Administração Pública, na fase interna da licitação, deliberar acerca da extensão e do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendam formular propostas.

**A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado." (o destaque é nosso).**

47. Vistos os textos legais aplicáveis na espécie, é forçoso reconhecer que o conteúdo e a extensão da qualificação técnica não constituem algo absoluto, pois dependem diretamente do objeto da licitação.

48. Nesse contexto, não há como negar que a Administração, atentando especialmente para o interesse público, tem o dever de verificar em suas contratações os requisitos considerados indispensáveis à boa e regular execução das obras ou serviços que constituirão encargo da futura contratada.

Tendo em vista o exposto, acordaram os Ministros do Tribunal de Contas da União:

"ACÓRDÃO Nº 3274/2011 - TCU - Plenário

9. Acórdão:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, e com fundamento no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, e no art. 1º, inciso XXVI, c/c o art. 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente;

9.2. determinar o arquivamento dos autos;

*Assinatura*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



9.3. dar ciência deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, ao órgão representado (Supremo Tribunal Federal) e à Ouvidoria do TCU."

A exemplo da exigência de exigência de Profissional de Segurança do Trabalho, a exigência de profissional de nível superior - ENGENHEIRO CIVIL - reconhecido pelo CREA, é na mesma tônica, os serviços guardam complexidades diversas, exigindo-se equipe técnica para execução dos serviços a contento.

Marçal Justen Filho (2010, p. 436) alerta:

"O desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis. Utiliza-se a expressão "capacitação técnica operacional" para indicar essa modalidade de experiência, relacionada com a ideia de empresa. Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação pessoal de um único sujeito. Indica-se a execução de um objeto que pressupõe a conjugação de diferentes fatores econômicos e uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo, jurídicas). O objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da atuação de um sujeito isolado. Portanto, não se tratou de experiência pessoal, individual, profissional. Exigiu-se do sujeito a habilidade de agrupar pessoas, bens e recursos, imprimindo a esse conjunto a organização necessária ao desempenho satisfatório. Assim, a experiência seria das pessoas físicas - mas não dessas pessoas individualmente. Esse conjunto de pessoas físicas enfrentou desafios e problemas e os resolveu através da conjugação de seus esforços comuns. Cada uma das pessoas físicas, isoladamente, contribuiu com uma parcela para o êxito conjunto. Portanto, a

*Handwritten signature*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



perspectiva de enfrentar problemas no futuro e continuar a superá-los pressupõe a manutenção dessa organização”.

Jessé Torres Pereira Júnior em sua obra *COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*, editora renovar, 5ª edição, pág. 358, assevera:

*“O atestado de capacitação técnico-profissional cingir-se-á a certificar que o habilitante possui, em seu quadro permanente de pessoal (logo, descabe contratação em caráter eventual ou temporário), na data da licitação, que é da entrega dos envelopes pelos licitantes (não valerá contratação posterior), 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 não se estenderá a todos os pormenores da obra ou do serviço, mas, tão só, às parcelas significativas para o objeto da licitação.”*

Pode-se conceituar qualificação técnica como *“a comprovação documental da idoneidade técnica para execução do objeto do contrato licitado, mediante a demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar e da disponibilidade do pessoal e dos equipamentos indispensáveis”* (MARÇAL JUSTEN FILHO, Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Dialética, 2009, p. 399). Trata-se de requisito de habilitação na licitação.

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

*“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*

*Coloque*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



*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".*

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

***"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 8.66/93. 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.***

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

A mais que em matéria de qualificação técnica cabe a jurisprudência do Tribunal de Conta da União, por meio da Decisão nº 682/96, que diz:

***"A qualificação técnica é um conjunto de requisitos profissionais que o licitante deverá reunir para a concretização plena do objeto da licitação [...]"***

E ainda dispõe o Egrégio Pretório de Contas Federal:

*Handwritten signature*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



*"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).*

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.*

*1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei. 666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se a comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores 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).*

*Adilson*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



É legítima e cabível a postura da administração que, em razão do grau de complexidade da licitação, delibera no sentido de não admitir a participação de todos quantos assim queiram, mas apenas daqueles que preencham requisitos compatibilizados ao objeto do certame. O direito de participar de uma licitação, pois, não constitui uma garantia absoluta e inquestionável de qualquer pessoa ou empresa. Apenas os que atendam às exigências feitas justificadamente pela administração, podem invocar o seu direito subjetivo de ingressarem no certame e formularem as suas propostas.

Nesse sentido, aliás, é a orientação que se colhe pacífica na jurisprudência e em orientações doutrinárias abalizadas, dentre as quais se incluem os ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO que, tecendo comentários acerca do direito de participar da licitação como direito abstrato, assevera que "Todos os brasileiros se encontram, em tese, em igualdade de condições perante a Administração Pública, para fins de contratação. Isso não impede a imposição de condições discriminatórias, destinadas a assegurar que a Administração Pública selecione um contratante idôneo, titular da proposta mais vantajosa."

Vale ressaltar que a análise a ser efetuada na fase de julgamento da habilitação, especialmente quanto à qualificação técnica, observará os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, do julgamento objetivo, da imparcialidade, da legalidade, da competitividade, da proposta mais vantajosa para a Administração, em compasso com o entendimento jurisprudencial pátrio.

A propósito, oportuna a transcrição da ementa de julgamento em Recurso Especial nº 172.232/SP), nos seguintes termos: Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. 2. "O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em 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



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe (Adilson Dallari)."

*O ingresso em um certame licitatório, pois, não constitui garantia absoluta de qualquer pessoa, mas acha-se vinculado e diretamente subordinado ao atendimento de determinados requisitos que em lei se acham previstos e que, em cada caso, devem ser objeto de avaliação pela administração, a quem incumbe determinar o que se compatibiliza ou não com o contrato a ser futuramente executado.*

O direito de licitar, reafirma o autor citado, ainda que abstrato não é absoluto, admitindo, portanto, restrições.

Partindo desse prisma à de se concluir que as exigências de comprovação de qualificação técnica operacional e dos serviços de maior relevância, a bem da supremacia do interesse público, dada sua indispensabilidade as características do certame, que diga-se, envolve características técnicas peculiares e o dispêndio de vultuosas quantias financeiras, é cabível, principalmente a luz do referido Art. 37, Inciso XXI da Carta Magna Nacional, já muito referido.

A mais que não é novidade alguma que a administração pública se depara com frequência com aventureiros que acabam ganhando licitações vultuosas e não honram os compromissos, expondo a Administração a frustrações por contratar com empresas incapazes de tocar o contrato, quando não se detecta isso na fase de licitação ainda, constatando-se pura má fé de licitantes descompromissados com a legislação vigente.

Notadamente que a lei de licitações "não proíbe o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica, mas, sim, 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 da legislação vigente.



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



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 8.66/93. É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente persecução 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.*

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

Desta forma, concluímos que as exigências retromencionadas, encontram-se dentro do exigido pela lei, não havendo que se questionar, dada sua razoabilidade.

Antonio Carlos Cintra do Amaral, em artigo publicado no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br), Comentário nº 133 - 01.05.2006, pontua:

*"A partir da análise do texto legal, da noção de sistema e da identificação da finalidade da norma, integrante do sistema ou subsistema, o agente administrativo identifica as soluções possíveis de aplicação, isto é, as soluções razoáveis. Cabe-lhe, ao produzir*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



atos administrativos, entre os quais os licitatórios, escolher dentre elas a que lhe pareça ser a **mais razoável.**"

Prossegue o ilustre jurista:

"O agente administrativo tem a liberdade de escolher a solução que lhe pareça ser a mais adequada, ou seja, a **mais razoável**"

A lei de licitações deverá ser aplicada em sua amplitude, principalmente com as demais normas vigentes e originárias, as constitucionais, portanto, em relação à legitimidade das referidas exigências e, a respeito da sua legalidade, analisemos a luz da indispensabilidade contida no Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

**Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:**

(...)

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

Este é o comando legal, esta é a interpretação da melhor doutrina administrativista pátria acima arrolada, este é o entendimento da jurisprudência, inclusive administrativa, caso do Tribunal de Contas da União, como se apontou, que deve ser observada por imperativos indeclináveis para o administrador público e que



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



são, exatamente, seu dever de preservar o interesse público e, isto, porque, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

*"À Administração não convém atirar-se em negócios aleatórios. Não pode envolver-se em riscos que tragam incertezas quanto ao efetivo cumprimento dos encargos que poderão incidir sobre a parte vencedora. O interesse público, a continuidade do serviço, não se compadecem com álea que deriva de avença travada com que pudesse comprometer, por insuficiência econômica ou técnica, a satisfação dos superiores interesses curados pelo Poder Público."*

A administração no zelo pela coisa pública e em prol do interesse público deverá sempre que a licitação ensejar o dispêndio de vultuosas quantias, exigir e certificar-se que o futuro contratado possui condições de tocar o pretense contrato.

A nosso ver, poderia até ser considerada desídia dessa Administração deixar de exigir tais condições das empresas licitantes, 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.

Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que as exigências editalícias seriam restritivas 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***



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



*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 *legais, pertinentes e relevantes* ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a *ratio legis*.

O renomado Marçal Justen Filho, 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"*

Ademais, as exigências ora contestadas, nada mais objetivam, que o zelo desta Administração é contratar somente com fornecedores que tenham

*Alfius*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



condição *técnica* e *econômico-financeira*, comprovadas ainda na licitação, de atenderem na íntegra a contratação que derivará de tal procedimento.

Tais objetivos, aliás, estão muito bem delineados por Verri Jr., Luiz Tavolaro e Teresa Arruda Alvim Wambier, quando afirmam:

*"(...) o processo licitatório deve servir para verificação das 'qualificações técnica e econômica' (dentre outras) "do licitante. Não é difícil entender o porquê dessa previsão. Basta lembrar que os contratos administrativos envolvem o dispêndio de recursos públicos e destinam-se a obter prestações de interesse público - recursos e interesses estes que não podem ser colocados em risco. Logo, ao escolher seu parceiro contratual, a quem vai entregar dinheiro público e confiar a persecução do bem público, o Poder Público pode - e deve - formular exigências destinadas a obter excelente garantia de que o contratado está apto, tanto técnica como economicamente, a cumprir o avençado. Deixar de fazê-lo seria violar a Constituição, colocando em risco valores por ela especialmente protegidos. Assim, no contrato administrativo justifica-se uma cautela redobrada, um rigor especial, na escolha do contratado. Não é possível celebrar contrato com pessoa incapaz de oferecer, já durante a licitação, garantias de que terá capacidade econômica de tocar o empreendimento, bem como capacidade técnica para fazê-lo com competência. A formulação, nos editais de licitação, de exigência a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional;...trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o interesse privado (a saber: o de obter o máximo possível de negócios)." (grifou-se) In Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo : RT, 1999, p. 100.*



Governo Municipal de  
**Acaraú**

Secretaria de Administração e Finanças  
Setor de Licitação e Contratos Públicos



## DA DECISÃO

Diante do exposto esta Comissão Permanente de Licitação nega o pedido da empresa B & Q ENERGIA LTDA, de impugnação ao Edital nº 0405.01/2017, tendo em vista justificadas à margem dos enunciados acima, as alegativas da mesma para os casos em comento.

Acaraú/CE, 05 de junho de 2017

  
Ana Flávia Teixeira

Presidente da Comissão Permanente de Licitação

*Handwritten initials*

**GRUPO II – CLASSE VII – Plenário.****TC-033.772/2011-8.****Natureza:** Representação.**Órgão:** Supremo Tribunal Federal - STF.**Interessadas:** 3ª Secretaria de Controle Externo (3ª Secex) e Ouvidoria do TCU.**Advogado constituído nos autos:** não há.

**Sumário:** REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM PROCESSO LICITATÓRIO. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO. ANÁLISE DOS QUESTIONAMENTOS SUSCITADOS. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

**RELATÓRIO**

Adoto como parte integrante do relatório a instrução que constitui a peça nº 4 dos autos, elaborada no âmbito da 3ª Secretaria de Controle Externo (3ª Secex):

“Cuidam os autos de Representação atuada nesta Secretaria, em decorrência da de denúncia recebida pela Ouvidoria do TCU, Manifestação 2061, de 20/10/2011, alegando as seguintes irregularidades em licitação no Supremo Tribunal Federal:

- I. modalidade de licitação concorrência, em detrimento do pregão, contrariando acórdão do TCU;
- II. exigências para qualificação técnica com especificidades arbitrárias – item 3.1.4 do Edital, subitens a, b, c e d:
  - a) detalhamento no atestado de capacidade técnica de itens inerentes ao serviço solicitado. No atestado deve constar expressamente a descrição de serviços de impermeabilização, de aplicação de camada termoisolante, e de recuperação estrutural em laje com argamassa polimétrica estrutural;
  - b) indicação na certidão do CREA de objeto social compatível com a licitação e registro de responsáveis técnicos à época do edital.
  - c) obrigatoriedade de a empresa possuir em seu quadro técnico engenheiro de segurança do trabalho;
  - d) obrigatoriedade da certidão de acervo técnico, para os dois profissionais, referir-se à impermeabilização de lajes de cobertura;
- III. planilha orçamentária semelhante ao atestado técnico de licitante;
- IV. empresa executora do projeto básico participando da licitação.

2. A licitação que o denunciante se refere é a Concorrência 3/2011 – STF, para contratação de empresa de engenharia para prestação de serviços de impermeabilização das lajes de cobertura do Edifício Anexo II (Blocos A e B) do Supremo Tribunal Federal, com abertura prevista para o dia 27/10/2011, às 10:00 hs.

3. Com relação à primeira irregularidade apontada, conforme Acórdão 2147/2009 – TCU - Plenário, que analisou licitação para contratação de serviços de impermeabilização com manta butílica, também pretendida na modalidade concorrência, concluiu a unidade técnica que a opção pela concorrência colide com farta jurisprudência do TCU no sentido de que qualquer aquisição de serviços, inclusive de engenharia, que possam ser definidos como comuns, devem ser realizados por meio do

pregão. Nesse sentido, determinou o Tribunal que sempre que o objeto da licitação seja constituído por bens e serviços comuns, promova o certame por meio do pregão eletrônico, em obediência ao art. 1º da Lei 10.520/2002 c/c art. 1º do Decreto 5.450/2005.

4. Destacamos que naquele acórdão analisou-se a opção pela realização dos serviços de impermeabilização com manta butílica, em vez de manta asfáltica, sendo juntado aos autos parecer da Secob/TCU que demonstrava que a substituição do sistema de impermeabilização em manta poliisobutileno-isopreno, que ao menos à época seria somente prestado por uma única empresa habilitada e, conseqüentemente, vencedora do certame, pelo de dupla manta asfáltica é considerado 'adequado do ponto de vista de desempenho' e que, 'embora a solução original tenha, em tese, uma durabilidade maior, a solução adotada apresenta um menor custo potencial de manutenção [...] portanto, teoricamente, o sistema de impermeabilização utilizado pode atingir uma vida útil tão longa quanto o sistema previsto, com custos de manutenção semelhantes'. Também foi juntado parecer do CREA com essas mesmas conclusões.

5. Naquela oportunidade, após manifestação do órgão licitante, a unidade técnica se manifestou nos seguintes termos, no que se refere à opção pela manta butílica:

5.3. Em relação à qualidade da manta butílica, em detrimento da manta asfáltica, para que no edital se optasse pela primeira, as argumentações do Responsável não desconstituem o teor dos pareceres da Secob (cópia às fls. 84/99) e do CREA (fls. 100/103), os quais demonstram claramente que, embora o primeiro modelo tenha maior durabilidade, o segundo apresenta menor custo potencial de manutenção, podendo atingir uma vida útil tão longa quanto àquele.

5.4. Ademais, o Parecer da Secob de fls. 84/99, indica que a manta de butil e a asfáltica apresentam absorção máxima de água de 0,15% (quinze centésimos por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, e alongamento à tração na ruptura mínimo de 300% (trezentos por cento) e 30% (trinta por cento), respectivamente (fls. 86/87-item 12).

5.5. Todavia, ainda segundo a Secob, embora as características da manta de butil sejam superiores às da manta asfáltica, os índices desta outra atendem plenamente à necessidade de impermeabilização de uma superfície, além de que as estruturas de concreto, mesmo sujeitas a grandes amplitudes térmicas, como é o caso de Brasília, jamais apresentarão um alongamento da ordem de 30% (trinta por cento). Numa variação de 30°C, a deformação máxima seria de 0,3% (três décimos por cento). E a utilização de uma dupla camada asfáltica proporciona um desempenho ainda mais satisfatório.

5.6. Ressalte-se que foi justamente esse critério que desqualificou quatro das cinco empresas que acudiram ao certame.

5.7. No tocante à alegação de que um dos motivos da escolha da manta butílica seria a utilização de materiais mais nobres (fl. 128), o fato demonstra claramente que o intento não é buscar a solução mais adequada, sob a ótica do custo/benefício, mas afastar concorrentes de modo a privilegiar uma única empresa.

5.8. Até mesmo a argumentação acerca do preço desses dois tipos de impermeabilização, que segundo o defendente haveria uma diferença de preço de apenas R\$ 0,38 (trinta e oito centavos) por metro quadrado, conforme publicação da Revista Guia da Construção 95 (cópia às fls. 131/132) não pode prosperar.

5.9. Segundo a matéria publicada o preço do metro quadrado da impermeabilização é de R\$ 104,50 (cento e quatro reais e cinquenta centavos), no caso da manta asfáltica do tipo 3-dupla, contra R\$ 116,48 (cento e dezesseis reais e quarenta e oito centavos) da manta de butil, o que resulta numa diferença de R\$ 11,98 (onze reais e noventa e oito centavos). Isso se considerarmos válidas as cópias da publicação juntadas pelo defendente, considerando ainda o fato de que a revista foi publicada no mês de junho 2009, portanto posterior à deflagração do certame, que ocorreu em 14/5/2009, conforme se verifica da cópia do edital de fls. 8/28.

6. Por meio do Acórdão 2147/2009 – TCU - Plenário, concluiu este Tribunal que sempre que houver necessidade de licitar produto específico, indispensável para atender determinada solução

tecnológica, como no caso de impermeabilização por manta poli-isobutileno-isopropreno, deve ser juntado ao processo pareceres da área de engenharia que justifiquem a opção.

7. Com relação às exigências de qualificação técnica, essas devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais, sem impor restrições desnecessárias que venham a comprometer o caráter competitivo do certame.

8. Para comprovação de capacidade técnica-operacional, o edital deve se limitar estritamente às parcelas do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo. A exigência contida no item 3.1.4, 'a2' do edital (peça 3, p. 5), embora conste como sendo referente a parcela de maior relevância e valor significativo do objeto, não se justifica diante do valor total estimado de R\$ 3.144,83 para o serviço de restauração da laje com argamassa polimérica estrutural no Anexo B do Projeto Básico – planilha orçamentária, item 4.1.1.8 (peça 3, p. 48). Além de não apresentar valor significativo, ainda que considerado o valor total de todo o item 4.1.1, o serviço não nos parece ser relativo a parcela de maior relevância técnica, requisito também essencial para justificar a exigência de qualificação técnica no edital. Exigir comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

9. Os subitens 'b' e 'c' do item 3.1.4 dizem respeito à qualificação técnico-profissional. Não há justificativas para se exigir, cumulativamente com o previsto no item 'c', que a licitante possua certidão de registro no CREA em que conste o registro de responsáveis técnicos nas áreas de engenharia civil e Segurança do Trabalho. Com base no que está previsto no edital, não basta para cumprimento da qualificação técnico-profissional a apresentação de contrato de prestação de serviços com os profissionais indicados no item 'c', por exemplo. A empresa terá, também, que juntar certidão demonstrando que os mencionados profissionais são registrados junto ao CREA, ou 'visada' pelo CREA, como seu responsável técnico.

10. O que poderia ter sido exigido no edital seria a comprovação da capacidade técnico-profissional por meio de contrato social, se sócio, da carteira de trabalho ou contrato de trabalho, da certidão de registro da licitante no CREA, se nela constar o nome do profissional indicado, ou mediante contrato de prestação de serviço regido pela legislação civil comum.

11. Exigir separadamente que a licitante possua certidão de registro expedida ou visada pelo CREA, com indicação de objeto social compatível com a licitação, contendo obrigatoriamente o registro de responsáveis técnicos nas áreas de engenharia civil e segurança do trabalho, nos parece indicar para direcionamento da licitação para possível licitante que detém documento nos exatos termos exigidos no item 'b' do edital, ou, no mínimo, impõe restrição à competitividade, uma vez que uma empresa que não possua certidão de registro no CREA com a indicação dos dois profissionais exigidos, poderia comprovar a capacidade técnico-profissional por meio de contrato de prestação de serviço regido pela legislação civil comum, entre outras formas.

12. Destacamos o seguinte questionamento feito pela empresa IJ Engenharia e Construções Ltda.: *'é necessário apresentar Atestado de Capacidade Técnica do Engenheiro de Segurança e do Engenheiro Civil, que atenda as parcelas de maior relevância citadas no item 3.1.4 letra 'a' e 'b', ou apenas de um dos RT's'*. Respondeu a CPL do STF nos seguintes termos:

(...)

3. Informamos que o Atestado a que se refere a letra 'a' do item 3.1.4 do Edital refere-se a comprovação da capacidade técnico operacional da empresa, ou seja, necessariamente devem comprovar serviços executados pela empresa licitante, independente do RT.

4. A letra 'b' do item 3.1.4 diz respeito à Certidão de Registro da pessoa jurídica, do qual devem constar obrigatoriamente o registro de RTs nas áreas de Engenharia Civil e Segurança do Trabalho.

5. A comprovação relativas a Certidão de Acervo dos profissionais consta da letra 'd' do item 3.1.4.

'd) Certidão(ões) de Acervo Técnico, registrada pelo CREA, referente(s) à execução de obra de impermeabilização de lajes de cobertura por parte de cada um dos profissionais elencados na alínea anterior;'

13. Entendemos, também, uma vez que o Engenheiro de Segurança do Trabalho não costuma ser responsável técnico pela execução de obras e serviços de engenharia, que merece esclarecimentos a exigência contida no item subitem 'd' do item 3.1.4, também relativo à capacidade técnico-profissional, em que se exige certidão de acervo técnico, registrada no CREA, referente à execução de obra de impermeabilização de lajes de cobertura para o Engenheiro de Segurança do Trabalho.

14. Tendo em vista a previsão contida no art. 276, **caput**, do RITCU, entendo que tal medida deva ser adotada, *inaudita altera pars*, por estar presente nos autos o requisito do *fumus boni iuris*, conforme demonstrado na presente instrução, Quanto ao *periculum in mora*, embora a abertura do certame esteja prevista para o dia 27/10/2011, às 10: 00 h, entendo pertinente, neste momento, realizar a oitiva prévia do presidente da CPL, para que se manifeste sobre as supostas irregularidades destacadas nesta instrução.

### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

15. Ante o exposto, submeto os autos à consideração superior, propondo:

I. Conhecer da representação, com fulcro no art. 237, VI, do Regimento Interno;

II. Determinar a realização de oitiva prévia, com fundamento no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, do presidente da Comissão Permanente de Licitação do STF, para que se manifeste a respeito das supostas irregularidades tratadas na presente representação, relativas à Concorrência 3/2011 – STF, mais especificamente a respeito dos seguintes pontos:

a. exigência contida no item 3.1.4, 'a2', do edital, tendo em vista não se tratar de parcela do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo;

b. exigência contida no item 3.1.4, 'b', cumulativamente com a contida no subitem 'c', uma vez que ambas se referem a meios de se comprovar a capacidade técnico-profissional dos profissionais indicados pela empresa licitante;

c. exigência contida no item 3.1.4, 'd', uma vez que o Engenheiro de Segurança do Trabalho não costuma ser responsável técnico em obras e serviços de engenharia;

d. justifique a escolha pela manta butílica para *impermeabilização das lajes de cobertura do Edifício Anexo II (Blocos A e B) do Supremo Tribunal Federal, em vez de manta asfáltica, considerando o Acórdão 2147/2009 – TCU – Plenário e o impacto no preço da contratação.*

III. Encaminhar cópia da presente instrução ao presidente da CPL do STF."

2. O Secretário em substituição da unidade técnica manifesta-se de acordo com a proposta de encaminhamento oferecida pela instrução (peça nº 5).

É o relatório.

### VOTO

Preliminarmente, penso que o Tribunal deve conhecer desta representação, porquanto satisfeitos os pressupostos de admissibilidade aplicáveis à espécie (art. 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno).

2. A exposição constante dos autos é originária da 3ª Secex, em face de denúncia recebida pela Ouvidoria do Tribunal, registrada como manifestação nº 2.061, de 20/10/2011, dando conta de possíveis irregularidades verificadas na Concorrência nº 3/2011, lançada pelo STF, cujo edital constitui a peça nº 3 deste processo.

Muc

3. Como se sabe, o tratamento dado aqui às informações recebidas pela Ouvidoria do TCU seguem rito previsto em normas específicas (art. 132, inciso VI, da Resolução-TCU nº 191/2006 e Portaria-TCU nº 121/2005), tendo sua validade reconhecida pela jurisprudência predominante não só da Corte de Contas (Acórdãos nºs 3/2007-Plenário, 47/2004-Plenário, 910/2004-Plenário, 53/1999-Plenário, 96/2005-Plenário, 218/2007-2ª Câmara, 437/2006-Plenário, 487/2006-Plenário, 601/2004-Plenário, 818/2006-2ª Câmara, entre outros), como também do Supremo Tribunal Federal (MS 24.369/DF).
4. A licitação denunciada tem por objeto “a contratação de empresa de engenharia para prestação de serviços de impermeabilização das lajes de cobertura do Edifício Anexo II (Blocos A e B) do Supremo Tribunal Federal”, ao custo estimado de aproximadamente R\$ 1.700.000,00, encontrando-se atualmente na fase de análise de recursos, após a Comissão Permanente de Licitação ter decidido pela habilitação de três empresas licitantes.
5. À vista do encaminhamento aqui aprovado em caso semelhante, por meio do Acórdão nº 2.147/2009-TCU-Plenário, a unidade técnica, após o exame por ela empreendido (peça nº 4 dos autos), em pareceres uniformes, formula proposta no sentido de que se conheça da presente representação e se determine a realização de oitiva prévia do responsável, nos termos do art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU.
6. Isso, para que ele se manifeste a respeito das supostas irregularidades apontadas, mais especificamente sobre as exigências contidas no ato convocatório, consideradas restritivas ao caráter competitivo do certame (item 3.1.4, alíneas “a2”, “b” e “d”), bem assim para que justifique a opção pela manta butílica (manta poli-isobutileno-isopreno) para a impermeabilização objeto do aludido processo licitatório, em vez de manta asfáltica, ante o que restou decidido naquela deliberação paradigma (Acórdão nº 2.147/2009 – TCU – Plenário).
7. Pedindo vênias por dissentir da unidade técnica, entendo que a peça em análise não oferece oportunidade para a oitiva prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, que é providência preparatória para a adoção de medida cautelar.
8. É que, ante a falta de lastro probatório mínimo para caracterizar as supostas irregularidades levantadas pela instrução, não se tem atendido o pressuposto básico de aplicação do citado instrumento, que o “fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito”.
9. Com efeito, estou propondo que se considere improcedente a sobredita representação, pelas razões que passo a expor, reunindo na sequência os elementos de convicção que tenho como suficientes para tal desfecho, robustecidos por informações complementares obtidas no próprio processo licitatório do qual se trata, via e-mail institucional do STF, dada a urgência requerida na deliberação do TCU (peças nºs 6 a 11).
10. Iniciando a análise da proposta oferecida pela 3ª Secex, vejo que, não obstante ter a instrução suscitado em sua parte inicial questionamento no tocante à escolha da modalidade concorrência, e não do pregão, deixou de inserir tal ponto entre os aspectos sobre os quais deveria o responsável se pronunciar.
11. De qualquer forma, penso não ser o caso de ser suprida nesta ocasião a possível lacuna ou o eventual equívoco nas conclusões da unidade técnica, dado que prevalece no Tribunal o entendimento de que não há como impor a modalidade pregão aos órgãos do Poder Judiciário, pelas razões expendidas no parecer do Senhor Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Doutor Lucas Rocha Furtado, ao oficiar nos autos do TC-008.994/2009-6 (Acórdão nº 591/2010 - TCU – Plenário). Transcrevo:

“No despacho de fl. 17, Vossa Excelência solicita o pronunciamento deste Órgão Ministerial, ressaltando as *questões jurídicas relacionadas à subsunção dos órgãos do Poder Judiciário ao Decreto*

n. 5.450/2005 e a possível antinomia parcial entre as disposições do Decreto n. 5.555/2000 e a Lei n. 10.520/2002'.

Quanto à subsunção dos órgãos do Poder Judiciário ao Decreto n. 5.450/2005, com as devidas vênias, não compartilho do entendimento da unidade técnica. O caráter obrigatório para utilização do pregão, constante no art. 4º daquele normativo, não vincula o Poder Judiciário.

A esse respeito, esclareço que (Texto extraído da nossa obra 'Curso de Direito Administrativo', Belo Horizonte, Fórum, 2007, pág. 514):

'(...) pela redação da legislação pertinente, para contratação de bens e serviços comuns, a adoção do pregão é discricionária: se o administrador desejar, pode utilizar o pregão; se preferir, pode utilizar a Lei n.º 8.666/93, adotando a concorrência, a tomada de preços ou o convite em função do valor a ser contratado. No caso do pregão, não há limite de valor para sua utilização. No plano federal, especificamente no âmbito do Poder Executivo, a discricionariedade na ação do pregão deixa de existir. O Decreto n. 5.450, de 2005, que trata do pregão eletrônico, em seu art. 4º, **caput** e § 1º, dispõe nos termos seguintes:

'Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.'

Em razão do que dispõe o acima transcrito dispositivo, a primeira pergunta a ser feita é a de saber se poderia o decreto impor a adoção do pregão para situações em que, nos termos da lei, a sua adoção é apenas uma faculdade. Em outras palavras: poderia norma infralegal restringir a discricionariedade conferida ao administrador pela legislação? A resposta parece-nos ser afirmativa. O Presidente da República dispõe não apenas do poder regulamentar (CF, art. 84, IV). Quando o chefe do Executivo se vale deste poder, todos os administradores somente podem aplicar a lei por meio e nos termos de sua regulamentação. Isto vale, por exemplo, para os Poderes Judiciário e Legislativo. No caso, todavia, ao impor, por meio de decreto, a adoção do pregão 'sendo preferencial a adoção da sua forma eletrônica', o chefe do Executivo vale-se do poder hierárquico que lhe é inerente, e não do poder regulamentar. O âmbito da aplicação de um e de outro dispositivo é distinto. Ao se valer do poder hierárquico para impor o pregão, esta ordem somente é aplicável àqueles administradores que estejam inseridos no âmbito do Poder Executivo federal. Encontrando-se esses administradores subordinados hierarquicamente ao chefe do Executivo, têm o dever de cumprir as ordens que lhes são dadas pelo seu chefe maior. Assim, não obstante a ementa do mencionado Decreto n.º 5.450/05 fale em poder regulamentar e faça referência ao art. 84, IV, do texto constitucional, o âmbito de alcance do dispositivo mencionado (art. 4º) está restrito àqueles que se subordinam ao Presidente da República. A administração do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, que não se subordina ao Executivo, não está vinculada à adoção do pregão.'

Assim sendo, no caso concreto, com as mais respeitadas vênias às posições discordantes, não vislumbro como determinar à entidade jurisdicionada, órgão do Poder Judiciário, que utilize obrigatoriamente a modalidade pregão seja na forma presencial seja na forma eletrônica. O art. 4º do Decreto n. 5.450/2005 vincula apenas o Poder Executivo federal. Não há amparo legal para se realizar tal mandamento.

Nada obstante, isso não impede que se exija do gestor a motivação consubstanciada da escolha de outra modalidade de licitação, nos casos em que poderia ter utilizado pregão, ou a motivação para a escolha da modalidade presencial em situações em que poderia ter utilizado a eletrônica. Ao abrir mão de procedimentos que, pelo menos em tese, poderiam levar a administração a menores dispêndios, o administrador público tem a obrigação de motivar essa escolha.

Nas palavras de Jessé Torres Pereira Júnior, 'o pregão corresponde a opção 'prioritária', o que não exclui a discricionariedade do gestor para preferir outra modalidade, se assim for justificável em face do interesse público, a ser objetivamente demonstrado nos autos do processo pertinente. A escolha de outra modalidade, preterindo-se o pregão cabível sem fundadas razões, poderá configurar ato de gestão antieconômica, dado que se presume constituir pregão procedimento mais rápido e de menor custo.' (in 'Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública', Renovar, 7ª ed., p. 1.072).

Portanto, a meu ver, a medida indicada ao caso concreto é a realização de recomendação ao TRF/5ª para que utilize o pregão na forma eletrônica, ressaltando que a opção pelo pregão na forma presencial deve ser devidamente motivada, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico.”

12. Por aí se vê que não pode o Tribunal, antes de avaliar a correspondente motivação, questionar a utilização da modalidade concorrência pelo STF na contratação em tela.
13. Aliás, nas vezes em que o tema foi aqui enfrentado, por constatação da espécie em outros órgãos do Judiciário, nossas deliberações se limitaram a expedir **recomendação** para o uso do pregão, lembrando que, ao contrário das determinações, as recomendações daqui emanadas não possuem carga mandamental (v. Acórdãos nºs 591/2010 - Plenário, 2.245/2010-Plenário, 164/2011-Plenário e 1.515/2011-Plenário).
14. E não fosse por isso, haveria ainda outra ponderação a fazer em torno da escolha promovida pelo STF. Reporto-me ao fato de que, não obstante o edital mencionar na sua parte inicial que o objeto da licitação é a prestação de **serviços de impermeabilização**, outros dispositivos da mesma convocação conduzem à compreensão de que, na verdade, se trata de **obras de impermeabilização**, senão vejamos:

#### ITENS DO EDITAL

“3.1.4 Quanto à Qualificação Técnica:

(...)

d) Certidão(ões) de Acervo Técnico, registrada pelo CREA, referente(s) à execução de **obra de impermeabilização** de lajes de cobertura por parte de cada um dos profissionais elencados na alínea anterior;”

#### “SEÇÃO XIV - DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

A despesa decorrente desta licitação correrá à conta de recursos consignados ao STF no Orçamento Geral da União de 2011, Programa de Trabalho 02.122.0565.11CD.0101 – Recuperação e Modernização das Instalações do Supremo Tribunal Federal, **Natureza da Despesa: 44.90.51 – Obras e Instalações.**”

#### “ANEXO I DO EDITAL – PROJETO BÁSICO

##### 1. OBJETO

Contratação de empresa de engenharia para execução de **obra de impermeabilização** das lajes de cobertura do Edifício Anexo II (Blocos A e B) do Supremo Tribunal Federal.”

#### “ANEXO A DO PROJETO BÁSICO - PROJETO EXECUTIVO

##### A. INTRODUÇÃO

##### OBJETO

Execução da **obra de impermeabilização** da laje de cobertura do Edifício Anexo II (Blocos “A” e “B”) do Supremo Tribunal Federal.

##### CARACTERÍSTICAS DA **OBRA**

- Demolições e remoções;
- Tratamento e revestimentos;
- Impermeabilização das lajes de coberturas.”

15. Portanto, fundamental para a análise da discutida escolha é mesmo a respectiva motivação, que, para merecer o acolhimento do Tribunal, deve ser capaz de justificar o uso da modalidade concorrência, porquanto, pelo menos em tese, a utilização do pregão abriria a possibilidade de a



Administração conseguir menores custos, especialmente em razão da maior competitividade proporcionada por esta outra prática.

16. A explicação para que o controle recaia sobre esse ponto específico reside no fato de que a nenhum ato administrativo, aí incluído o ato discricionário, é permitido que apresente defeito em algum dos elementos constitutivos de sua anatomia ou estrutura - agente, objeto, forma, **motivo** e fim -, que possa resultar em prejuízo a seus destinatários.

17. Pois bem, a respeito desse requisito essencial - a motivação -, é de ver que, quando o Controle Interno do Supremo fez idêntico questionamento - opção pela concorrência, e não pelo pregão -, incluindo ponderações alusivas a outro contrato firmado pela Excelsa Corte (nº 50/2008), de objeto semelhante ao que consta da concorrência em causa (nº 3/2011), mas que foi precedido de pregão eletrônico (nº 79/2008), e não de concorrência, obteve as seguintes justificativas da Chefe da Seção de Engenharia do STF (fls. 208/210 do processo licitatório):

“Em atenção à Informação nº 313/2011, da Secretaria de Controle Interno do Supremo Tribunal Federal, que questionou a utilização da modalidade concorrência em detrimento do Pregão Eletrônico para contratação do objeto do Edital em análise, cumpre-nos primeiramente esclarecer o que se segue:

1. A substituição da impermeabilização da laje de cobertura do Edifício Sede tratou-se realmente de um serviço comum, conforme exaustivamente explanado no Processo 332.129. À época, a utilização do Pregão Eletrônico foi questionada inclusive pela via judicial.

Na realidade, os serviços objeto do Contrato nº 50/2008 (Processo 332.129) resumiram-se à retirada da impermeabilização existente, tratamento de trincas, fissuras e junta de dilatação, adequação dos pontos de captação de águas pluviais e aplicação de nova camada de impermeabilização, mantendo-se as mesmas características da proteção inicial. As especificações para a execução dos serviços estavam claramente definidas no Edital, e qualquer boa empresa do ramo teria condições de executar o serviço, devido à sua natureza de serviço comum. Também a arquitetura da edificação favorecia a clareza das especificações. O projeto básico foi elaborado à época pela equipe técnica do STF, sem necessidade de contratação de profissional especializado no ramo.

2. O objeto do presente processo, além de contemplar a substituição da impermeabilização da laje de cobertura (manta butílica), prevê ainda a mudança na forma de tratar termicamente a laje. Atualmente, o isolamento térmico se deve à presença do plaqueado apoiado sobre pilaretes, que cobrem boa parte das lajes de cobertura dos Blocos A e B do Edifício Anexo II. Após a execução da obra, o isolamento térmico será feito por meio de poliestireno expandido, inserida na camada de impermeabilização.

A retirada do plaqueado constitui-se numa etapa à parte da obra que se pretende executar. Primeiramente, não há registros de como é feita a ligação entre os pilaretes de sustentação do plaqueado e a laje de cobertura. Este detalhe só será conhecido em detalhes após a retirada da camada de impermeabilização. Também a descida desse material retirado merecerá atenção especial por parte da Contratada, devido ao seu peso expressivo, e à impossibilidade de se instalar caçambas coletoras no térreo da edificação.

Concomitantemente à retirada das placas, o serviço de impermeabilização deve ser rapidamente realizado, pois os ambientes de trabalho localizados no último andar da edificação sofrerão os efeitos da insolação, devido à retirada da camada de proteção térmica (esse problema não ocorreu no Ed. Sede, devido à presença de duas lajes na cobertura do prédio, uma delas funcionando como isolante térmico).

Ainda durante a execução dos serviços, estará sendo realizada no mesmo local a instalação dos ganchos de ancoragem, objeto do Processo 345.566. Considerando que a contratação ainda está em andamento, não há como saber detalhes exatos de como serão os ganchos, e as possíveis interferências entre os dois serviços.

A arquitetura curva dos blocos A e B do Edifício Anexo II também dificultará a instalação das mantas de impermeabilização e a correta sobreposição das extremidades. A perda de material, devido ao formado curvo, será muito maior do que numa arquitetura convencional, de projeção retangular, onde a sobreposição nas extremidades é facilmente mensurável. Esta era a situação do Edifício Sede, onde a sobreposição pôde ser facilmente visualizada e conferida.

3. A Lei 8.666/93 traz as seguintes definições:

- **Obra:** toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;
- **Serviço:** toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Já a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui o pregão eletrônico para aquisição de bens e serviços comuns, traz a seguinte definição:

*" Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado "*.

Após análise das definições acima, entendemos que o serviço objeto do **Contrato 50/2008** - Impermeabilização da laje de cobertura do Ed. Sede - encaixa-se na definição de "serviço" constante na Lei 8.666/93 (atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração - no caso, a manutenção do sistema de impermeabilização), e também na definição de "serviço comum" da Lei 10.520, pois foi facilmente especificado no Edital.

Já o objeto do presente processo encaixa-se na definição de "obra" da Lei 8.666 - no caso, uma "reforma", pois altera as características iniciais da construção e agrupa vários serviços que, executadas de forma organizada e planejada, alteram a configuração inicial do ambiente. Para a correta elaboração do Projeto Básico, foi necessária a contratação de empresa especializada no ramo, para auxiliar a Seção de Engenharia na definição de soluções, especificar e quantificar os serviços a serem realizados, orçar e elaborar cronograma físico-financeiro que permita a perfeita execução da reforma pretendida.

Assim, a justificativa anexada à fl. 124 foi baseada nas constatações descritas acima e nas definições constantes na legislação vigente. [às fls. 779 do processo licitatório, consta ainda a seguinte conclusão da Chefe da Seção de Engenharia: 'Além de todos os aspectos já discutidos, reforço as razões pela qual a Seção de Engenharia entendeu que o objeto da Concorrência 03/2011 não pode ser considerado um serviço de Engenharia comum: a arquitetura curva do prédio e a substituição do isolamento termo-acústico tornam a obra peculiar. No entanto, o fator determinante é a retirada do plaqueado, e principalmente dos pilaretes (em número superior a 6.000 unidades), bem como a incerteza das características da ligação pilarete/laje de cobertura do prédio. Neste caso, é impossível prever com certeza como é feita a ligação - o que caracteriza o objeto como obra e não como serviço comum.']"

18. Na sequência, sobreveio o parecer final da Secretaria de Controle Interno do órgão, com a seguinte conclusão:

"10. Assim, em reverência ao entendimento da Seção de Engenharia, esta, de fato, sob o encargo de posicionar-se à frente dos trabalhos e, em última instância, a responsável pelo sucesso da obra, conduzindo-a e acompanhando-a em todas as suas etapas, é que se deve levar o procedimento a feito sob a modalidade concorrência, muito embora a opinião desta Secretaria, como arguido no § 4º, seja dissidente."

19. Creio que o amplo e convincente arrazoado antes reproduzido não deixa dúvida quanto ao acerto da Administração ao optar pela modalidade concorrência para a contratação em tela, uma vez demonstrado tratar-se realmente de obra.

20. De fato, temos aí a característica básica geralmente aceita pela doutrina e jurisprudência para o caso de reforma, que é a execução de melhoramentos na construção ou edificação, mediante a conjugação de material e trabalho, com predominância do custo do primeiro (R\$ 765 mil) em relação ao custo do segundo (R\$ 634 mil), visando à colocação de seu objeto em condições normais de utilização ou funcionamento.

21. No tocante à opção pela manta butílica, em vez de manta asfáltica, observo que o questionamento levantado pela unidade técnica decorre da determinação contida no item 9.4.2 do

sobredito Acórdão nº 2.147/2009 – TCU – Plenário, dirigida à Coordenação-Geral de Recursos Logísticos do Ministério da Fazenda – COGRL/MF, nos seguintes termos:

- “9.4.2. sempre que houver necessidade de licitar produto específico, indispensável para atender determinada solução tecnológica, como no caso de impermeabilização por manta poli-isobutileno-isopreno, junte ao processo os pareceres da área de engenharia que justifiquem a opção;”
22. Mais uma vez, penso que o parâmetro acima adotado não fornece substrato bastante para que se possa contestar **a priori** a opção do Supremo pelo produto antes mencionado (manta butílica), aplicando-se aqui também a ressalva reportada nos itens 15 e 16 anteriores, relativamente à necessidade de se avaliar a **motivação** do ato do qual se trata.
23. Observe-se que a determinação que orientou a unidade instrutiva (item 9.4.2 transcrito) foi de fato formulada para o Ministério da Fazenda, mas num cenário bem particular, onde vários indicativos de direcionamento levaram o Tribunal a colocar em dúvida a lisura da licitação então apreciada.
24. Ademais, exigiu-se naquele caso apenas a justificativa da opção por parte da área técnica do MF, sinalizando que o Tribunal estava reclamando mesmo ali era da ausência da indispensável **motivação** para a escolha promovida por aquela Pasta.
25. Desse modo, antes de questionar tal preferência por parte do Supremo (manta butílica, em vez de manta asfáltica), impõe-se conhecer em detalhes as justificativas técnicas que constam do processo licitatório, as quais certamente induziram a Administração a proceder assim.
26. Então, vejamos os argumentos apresentados a respeito pela Seção de Engenharia do STF:

“Quanto à opção da área técnica pela utilização de manta butílica, não obstante o custo por metro quadrado deste material ser maior do que o referente à manta asfáltica, trata-se aqui de material (manta butílica) de fabricação corrente no mercado, cujo custo se encontra relacionado inclusive nas Tabelas da Caixa Econômica Federal/SINAPI. O aspecto de economicidade questionado implica num efeito propagável a praticamente todos os insumos encontrados numa repartição pública, haja vista que sempre existirá um material de custo mais baixo quando comparado a outro, cumpridor de mesma função (exemplo: padrões de divisórias, armários, sistemas elétricos, de ar condicionado ou de automação, padrões de mobiliário). Ainda, em que pese a nobre consideração sobre o aspecto custo/benefício, a manta butílica atende perfeitamente quanto ao aspecto de desempenho exigido em obras ou serviços de impermeabilização.

De qualquer forma, há algumas características técnicas da manta butílica que superam a qualidade da manta asfáltica, quais sejam: são mais resistentes aos raios ultravioletas, ao ozônio e à degradação por calor, proporcionando conseqüentemente uma maior durabilidade à impermeabilização; mesmo quando submetidas a baixas temperaturas, continuam com alta flexibilidade; podem alongar-se em mais de 400%, o que lhes confere alto poder de absorção de movimentação da estrutura impermeabilizada. O fator mais marcante, no entanto, é a simplicidade da aplicação, totalmente a frio, sem perigo de fogo, ao inverso do sistema asfáltico, onde há a necessidade de utilização de uma fonte de calor (maçarico ou equivalente), fonte constante de perigo de acidentes, além de gerarem danos a conduites plásticos ou tubulações de PVC, comumente encontrados em lajes. Ademais, o sistema de impermeabilização adotado foi utilizado em outras edificações do STF, mais especificamente no Edifício Sede, com a aplicação de 3500 m<sup>2</sup> de manta butílica. A execução desse sistema de impermeabilização não gerou nenhum tipo transtorno que inviabilizasse sua especificação em novas licitações.

Ressalta-se que todos os custos de insumos especificados no Projeto Básico encontram-se justificados em planilhas próprias, com vistas a afastar exatamente a propensão ao superfaturamento. Não houve, em nenhuma fase do Processo, intenção quanto ao direcionamento para execução por parte de qualquer empresa participante da licitação, visto os produtos e serviços especificados estarem disponíveis no mercado e existirem várias empresas capazes de atender ao objeto.”



27. À luz das ponderações acima, não vislumbro a possibilidade de prosperar o questionamento suscitado pela instrução, até porque não compete à Corte de Contas impor ao gestor a escolha por determinada solução tecnológica.
28. Não é demais lembrar a inconveniência que pode representar a ação do Controle Externo quando pretende dirigir, sem uma demarcação razoável, os passos dos jurisdicionados em matérias que admitem o exercício do seu poder discricionário.
29. Refiro-me sobretudo às diretrizes daqui emanadas que eventualmente possam assumir o indesejável caráter de co-gestão, índole que se revela quase sempre nos casos em que as orientações são direcionadas a rejeitar liminarmente posturas administrativas decorrentes da liberdade que a lei faculta ao Administrador para escolher o modo de realizar o interesse público.
30. Tenho para mim que esse tipo de intervenção, que, à primeira vista, pode até parecer um indicativo de eficiência e efetividade do controle, não é bom nem para o fiscal nem para o fiscalizado.
31. É desaconselhável para o fiscal porque, quando isso acontece, ele assume uma responsabilidade que não deve ter, ao dividir com o agente público a função de gestor, de executor, de ordenador de despesas, de prestador de contas etc.
32. É fácil perceber que a inconveniência se acentua quando a intervenção fiscalizadora envolve ato de caráter essencialmente técnico e devidamente justificado, máxime quando presentes soluções variadas e igualmente válidas para o alcance do objetivo pretendido pela Administração.
33. Por certo, esse tipo de participação retira ou enfraquece a força e a independência indispensáveis ao desempenho do papel institucional do Tribunal, com a dimensão que lhe é própria quanto à natureza externa, e que não dispensa o apoio fundamental da outra vertente fiscalizatória - o Controle Interno -, este naturalmente mais afeito ao acompanhamento cotidiano, e que complementa o grande sistema de controle das contas públicas.
34. Por sua vez, tal espécie de interferência também não é recomendável sob a ótica do fiscalizado, posto que, nessa hipótese, ele tende a se sentir desobrigado quanto aos compromissos que lhe impõe o exercício da função pública.
35. É que, a contragosto, em razão do tolhimento de suas competências regulamentares na prática de atos não vinculados, o Administrador se vê obrigado a cumprir ordens do órgão de controle, muitas vezes sem o necessário convencimento, o que lhe pode transmitir a falsa presunção de descomprometimento com os resultados das providências porventura determinadas.
36. Em tal situação, é comum que o gestor deixe de atentar para o fato de que a titularidade do seu ofício é que define suas responsabilidades legais, podendo ser cobrado a qualquer momento pelo eventual insucesso da gerência pela qual responde em todos os aspectos.
37. Assim, imagino que a melhor forma de exercer a nossa competência em assuntos desse naipe é aproximar o máximo possível a fiscalização ao resultado da ação discricionária, de maneira a possibilitar que o ato levado a efeito sob esse manto especial, e que se revele depois prejudicial ao interesse coletivo, possa ser abortado a tempo em seus efeitos materiais.
38. Por último, sobre as exigências tidas por excessivas no edital, noto que elas dizem respeito aos seguintes aspectos, nas palavras da unidade técnica:
- “a) exigência contida no item 3.1.4, ‘a2’, do edital, tendo em vista não se tratar de parcela do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo;
- b) exigência contida no item 3.1.4, ‘b’, cumulativamente com a contida no subitem ‘c’, uma vez que ambas se referem a meios de se comprovar a capacidade técnico-profissional dos profissionais indicados pela empresa licitante;

c) exigência contida no item 3.1.4, 'd', uma vez que o Engenheiro de Segurança do Trabalho não costuma ser responsável técnico em obras e serviços de engenharia;"

39. No caso, os dispositivos editalícios a que se refere a instrução são os que se seguem:

**"3.1.4 Quanto à Qualificação Técnica:**

a) Atestado(s) de Capacidade Técnica fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA, comprovando que a licitante executou, a contento, serviço compatível com o objeto desta licitação, no qual conste, no mínimo, as seguintes parcelas de maior relevância e valor significativo, conforme segue:

(...)

a.2) 160 m<sup>2</sup> (cento e sessenta metros quadrados) de recuperação estrutural em laje com argamassa polimérica estrutural;

b) Certidão de Registro expedida ou visada pelo Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, com indicação do objeto social compatível com a presente licitação, contendo obrigatoriamente o registro de Responsáveis Técnicos nas áreas de Engenharia Civil e Segurança do Trabalho;

c) comprovação de que possui em seu quadro de pessoal, Responsáveis Técnicos (que deverão assumir pessoal e diretamente a execução dos serviços contratados, compondo a respectiva equipe técnica) sendo pelo menos 1 (um) Engenheiro Civil e 1(um) Engenheiro de Segurança do Trabalho;

c.1) a comprovação de possuir o profissional no quadro far-se-á mediante a apresentação da cópia autenticada do contrato social da empresa, ou da CTPS, ou do Livro de Registro de Empregado, ou de contrato de prestação de serviços;

d) Certidão(ões) de Acervo Técnico, registrada pelo CREA, referente(s) à execução de obra de impermeabilização de lajes de cobertura por parte de cada um dos profissionais elencados na alínea anterior;"

40. Também quanto ao tópico acima, penso não ser possível afirmar ter havido aí exigências em excesso, parecendo-me razoável a motivação encontrada no processo de convocação para cada item de qualificação técnica, conforme se demonstra nos próximos parágrafos deste voto.

**a) exigência contida no item 3.1.4, "a2", do edital, tendo em vista não se tratar de parcela do objeto licitado de maior relevância técnica e de valor mais significativo.**

Motivação apresentada pela Seção de Engenharia do STF:

"Trata-se da exigência de apresentação de Atestado de Capacidade Técnica comprovando que a licitante executou, a contento, 160 m<sup>2</sup> de recuperação estrutural em laje com argamassa polimérica estrutural. A recuperação estrutural de lajes é comum quando se deseja substituir a impermeabilização existente. Após a retirada da impermeabilização antiga, as trincas e fissuras das lajes ficam visíveis, e necessitam de tratamento especial.

No caso específico da obra em estudo, além da recuperação usual, haverá um processo de recuperação mais específica, decorrente da demolição dos pilaretes. A cobertura do Ed. Anexo II atualmente é formada por um plaqueado (placas de concreto armado) com função termoisolante, apoiado em pilaretes de concreto armado. Estes deverão ser demolidos durante a obra, mas não se conhece exatamente como é feita a ligação entre o pilarete e a laje de cobertura (não há projeto de detalhamento). É provável que a armação dos pilaretes esteja amarrada à armação da laje - ou pelo menos deve estar ligada à laje de cobertura. Após a retirada dos pilaretes, a laje poderá apresentar armaduras expostas, concreto desagregado, trincas e/ou fissuras superficiais, sendo necessário o tratamento da armadura e a recomposição do recobrimento da ferragem, mediante o emprego de inibidor de corrosão e argamassa polimérica, respectivamente. Há mais de 6.000 pilaretes nesta situação, e em cada ponto de demolição dos pilaretes deverá ser feita uma análise detalhada e, se for o caso, a devida recuperação estrutural, antes da aplicação da nova impermeabilização. Apesar do valor referente à recuperação estrutural não ser tão significativo em relação ao valor total da obra, sua relevância técnica é indiscutível, pois a

impermeabilização deverá ser executada sobre um substrato íntegro, livre de patologias, de forma a não sofrer interferências que comprometam seu desempenho.”

**b) exigência contida no item 3.1.4, “b”, cumulativamente com a contida no subitem “c”, uma vez que ambas se referem a meios de se comprovar a capacidade técnico-profissional dos profissionais indicados pela empresa licitante.**

Motivação apresentada pela Seção de Engenharia do STF:

“Trata-se da exigência de apresentação de Certidão de Registro e Quitação expedida ou visada pelo CREA, contendo o registro de Responsáveis Técnicos nas áreas de Engenharia Civil e Segurança no Trabalho (subitem ‘b’) e da exigência de possuir o profissional em seu quadro de pessoal os Responsáveis Técnicos (subitem ‘c’). A exigência da Certidão de Registro e Quitação, contendo os nomes dos Responsáveis Técnicos é exigência legal, e visa a evitar o exercício ilegal de atividades inerentes aos profissionais de Engenharia. Ocorre que o prazo do CREA para a apreciação da solicitação de inclusão de novos Responsáveis Técnicos (RTs) é de até 120 (cento e vinte) dias, conforme publicado na página oficial do CREA/DF. Muitas vezes, ocorre da empresa licitante contratar o profissional, e ele ainda não constar na Certidão de Registro e Quitação como responsável técnico da empresa. Ou ainda, pode ocorrer do profissional já ter se desligado da empresa, mas seu nome constar na Certidão. Por isso, o Edital exige a comprovação do vínculo profissional.”

**c) exigência contida no item 3.1.4, “d”, uma vez que o Engenheiro de Segurança do Trabalho não costuma ser responsável técnico em obras e serviços de engenharia.**

Motivação apresentada pela Seção de Engenharia do STF:

“Trata-se da exigência de apresentação de Certidão de Acervo Técnico, registrado no CREA, para o Engenheiro de Segurança do Trabalho, referente a impermeabilização de lajes de cobertura. Tal exigência centra-se no fato de o próprio objeto - contratação de empresa de engenharia para prestação de serviços de impermeabilização das lajes de cobertura do Edifício Anexo II (Blocos A e B) - demandar experiência desse profissional no que se refere ao acompanhamento dos trabalhadores envolvidos em serviços de impermeabilização. As condições específicas envolvidas - exposição à altura (7 pavimentos, incluindo o térreo, no caso do Bloco A), aos gases provenientes de produtos químicos utilizados durante os serviços, aos ruídos excessivos, o transporte vertical por meio de elevadores de obra, dentre outras condições encontradas em obras de impermeabilização de lajes de cobertura, demandam o acompanhamento de profissional legalmente habilitado na área de segurança do trabalho. Ainda, é permitida, segundo o Edital, a elaboração de Contrato de Trabalho para atender à exigência.

Observe-se que as próprias condições de realização dos serviços na área de impermeabilização exigem que a empresa efetivamente atuante na área possua vínculo, ao menos temporário, com profissional engenheiro de segurança do trabalho, não sendo esse um fator restritivo à concorrência e isonomia entre licitantes. Pretende-se aqui esclarecer que a própria natureza do objeto é fator preponderante para o favorecimento, no mercado, da existência de profissionais detentores de CAT referentes ao seu trabalho em obras e serviços de impermeabilização, pois atuaria de forma culposa qualquer empresa que negligenciasse a presença de tal profissional em seu canteiro.”

41. Para justificar o acolhimento da motivação vista anteriormente, acrescento alguns comentários que julgo necessários, com os quais acredito contribuir para a correta compreensão dessa matéria reconhecidamente complexa.
42. Como é sabido, ao exigir que a necessidade de comprovação de experiência anterior recaia apenas sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, a lei remeteu para o instrumento convocatório a definição correspondente (§ 2º do art. 30 da Lei nº 8.666/1993), o que inviabiliza ou dificulta uma delimitação precisa em torno do assunto, especialmente no tocante ao aspecto da relevância técnica.
43. E não há como ser diferente disso, pois cada obra ou serviço possui suas peculiaridades, devendo ser vista isoladamente, em cada caso concreto, não se podendo estabelecer parâmetros rígidos, aplicáveis a todas as licitações indistintamente, especialmente no tocante a tais aspectos, sob pena de comprometimento dos objetivos que justificam o processo licitatório.

44. Portanto, foi sábio o legislador ao deixar a cargo do gestor a definição, no edital, do melhor caminho técnico a seguir, com vistas ao pleno atendimento do interesse da Administração, naquilo que diz respeito ao discutido ponto.
45. É que, inegavelmente, temos aí o envolvimento de condições específicas, e não gerais, sendo válidas as exigências dessa ordem desde que se revelem necessárias e adequadas a comprovar a existência do direito de licitar.
46. A propósito, é de Marçal Justen Filho a seguinte lição a respeito da diferença entre condições gerais e condições específicas (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”. São Paulo: Dialética, 2001. p. 181):
- “São gerais aquelas exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta. Inexiste liberdade para a Administração Pública determinar a extensão e o conteúdo dessas exigências, em cada caso concreto.
- São específicas aquelas fixadas pelo ato convocatório, em função das características da contratação colimada em uma licitação específica.**
- Cabe à Administração Pública, na fase interna da licitação, deliberar acerca da extensão e do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendam formular propostas.
- A discricionariedade na fixação das condições específicas está delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado.”** (o destaque é nosso).

contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública” (op. cit., p. 333).

54. Vista, desse modo, em termos legais, doutrinários e de jurisprudência, a conceituação que melhor se ajusta ao sentido geral da necessidade de confirmação de experiência anterior, cabe abordar agora se os dois tipos de capacitação podem ou não envolver quantitativos e em que proporção. Mesmo porque, embora não constitua objeto de questionamento nestes autos, é de ver que o sobredito edital estipula quantidades mínimas para a avaliação da capacitação técnico-operacional (item 3.1.4, alíneas “a.1” e “a.2”), ensejando a apreciação também quanto a isso nesta oportunidade, dada a correlação entre os temas.

55. Para tanto, recorro mais uma vez ao magistério do Professor Marçal Justen Filho, quando pontifica (op. cit., p. 338):

“Uma interpretação que se afigura excessiva é aquela de que a capacitação técnico-operacional não pode envolver quantitativos, locais ou prazos máximos. Ou seja, admite-se a exigência de comprovação de experiência anterior, mas se proíbe que o edital condicione a experiência anterior relativamente a dados quantitativos, geográficos ou de natureza similar.

Esse entendimento deriva da aplicação da parte final do inciso I do § 1º [do art. 30 da Lei nº 8.666/93], que explicitamente estabelece tal vedação. Ocorre que esse dispositivo disciplina específica e exclusivamente a capacitação técnico-profissional. Ou seja, proíbe que a experiência anterior exigida dos profissionais seja restringida através de quantitativos, prazos e assim por diante. O inciso I do § 1º não se refere nem atinge a disciplina da qualificação técnico-operacional. Logo, dele apenas se podem extrair regras acerca da qualificação técnico-profissional.

Nem seria o caso de se aplicar o § 5º, que proíbe exigências não autorizadas por lei. Interpretado o dispositivo de modo literal, ter-se-ia de convir com a ilegalidade da exigência de capacitação técnico-operacional - tese, aliás, à qual o autor se filiou no passado. Admitindo-se, porém, que a lei admite exigências de capacitação técnico-operacional, ter-se-á de convir que tal se dá através da previsão direta do próprio inciso II do art. 30. Ora, esse dispositivo explicitamente autoriza exigência de experiência anterior ‘compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação’. Ou seja, o mesmo dispositivo que dá supedâneo à exigência de qualificação técnico-operacional se refere a que deverá ela ser compatível em termos de quantidades, prazos e outras características essenciais ao objeto licitado.

Logo, se o objeto for uma ponte com quinhentos metros de extensão, não é possível que a Administração se satisfaça com a comprovação de que o sujeito já construiu uma ponte - eventualmente com cinco metros de extensão. Sempre que a dimensão quantitativa, o local, o prazo ou qualquer outro dado for essencial à satisfação do interesse público ou retratar algum tipo de dificuldade peculiar, a Administração estará no dever de impor requisito de qualificação técnico-operacional fundado nesses dados.”

56. Portanto, parece não haver dúvida de que é possível o estabelecimento de quantitativos mínimos para se aferir a capacitação técnico-operacional do licitante, sendo determinante na definição da grandeza adequada o atendimento do interesse público, o que, conforme já dito, pressupõe avaliação que não possui garantia de objetividade plena, como sói acontecer com os atos exercidos com algum grau de discricionariedade.

57. O certo é que o princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum.

58. A propósito, ao interpretar a norma que veda a imposição de restrições ao caráter competitivo nos atos de convocação (art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93), Marçal Justen Filho sustenta que “o dispositivo não significa vedação a cláusulas restritivas da participação”, ponderando que ele “não impede a previsão de exigências rigorosas, nem impossibilita exigências que apenas

possam ser cumpridas por específicas pessoas” (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 3ª ed. Aide Editora, 1994, p. 36).

59. Ainda de acordo com o renomado administrativista, a lei veda, na verdade, é “cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares”. Segundo o autor, “se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão” (obra citada, p. 36).

60. É dizer, a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Assim, o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração, ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível.

61. Em síntese, entendo não caber o prosseguimento deste feito, tendo-se por improcedente a representação ora apreciada, porquanto as questões nela suscitadas estão fundamentadas em argumentos que não se sustentam juridicamente.

Ante todo o exposto, renovando escusas por dissentir da unidade técnica, voto por que o Tribunal de Contas da União adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de dezembro de 2011.

VALMIR CAMPELO  
Ministro-Relator

ACÓRDÃO Nº 3274/2011 – TCU – Plenário

1. Processo: TC-033.772/2011-8.
2. Grupo II - Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessadas: 3ª Secretaria de Controle Externo (3ª Secex) e Ouvidoria do TCU.
4. Órgão: Supremo Tribunal Federal - STF.
5. Relator: Ministro Valmir Campelo.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: 3ª Secretaria de Controle Externo (3ª Secex).
8. Advogado(s) constituído(s) nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada pela 3ª Secex, em face de denúncia recebida pela Ouvidoria do Tribunal, registrada como manifestação nº 2.061, de 20/10/2011, dando conta de possíveis irregularidades verificadas na Concorrência nº 3/2011, lançada pelo STF, tendo por objeto “a contratação de empresa de engenharia para prestação de serviços de impermeabilização das lajes de cobertura do Edifício Anexo II (Blocos A e B) do Supremo Tribunal Federal”, ao custo estimado de aproximadamente R\$ 1.700.000,00.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo relator, e com fundamento no art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.443/1992, e no art. 1º, inciso XXVI, c/c o art. 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, em:





- 9.1. conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la improcedente;
- 9.2. determinar o arquivamento dos autos;
- 9.3. dar ciência deste acórdão, bem como do relatório e voto que o fundamentam, ao órgão representado (Supremo Tribunal Federal ) e à Ouvidoria do TCU.

10. Ata nº 54/2011 – Plenário.

11. Data da Sessão: 7/12/2011 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3274-54/11-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (Presidente), Valmir Campelo (Relator), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Jorge e José Múcio Monteiro.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)  
BENJAMIN ZYMLER  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)  
VALMIR CAMPELO  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)  
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA  
Procuradora-Geral, em exercício

*Handwritten signature*