

PARECER

Processo Licitatório nº 050/2015
Pregão Presencial nº 033/2015
Assunto: Impugnação de Edital

Encaminhado a esta assessoria, o recurso administrativo apresentado em 22 de outubro de 2015, via AR, pela empresa **ATHAYDE & ATHAYDE ADVOGADOS ASSOCIADOS**, sociedade civil, devidamente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Paraná sob o nº 1.293, inscrita no CNPJ nº 05.389.834/0001-54, sendo que a impugnação é tempestiva a luz do edital do Pregão Presencial em epígrafe.

Registre-se, que a mesma foi protocolada sem peças acessórias, principalmente cópia do contrato Social, ou outro documento que identifique se quem está na prática assinando o recurso em nome da empresa está devidamente autorizado a executá-lo.

Das razões do recurso.

Alega a impugnante que o Edital do Pregão Presencial nº 33/2015 estabeleceu exigências que claramente limitam a disputa e prejudicam a concorrência conforme se infere da leitura da descrição dos itens 6.1.5.1, 6.1.5.2 e 6.1.5.4.

Afirma que as exigências não constam do artigo 30, parágrafo 5º da Lei de Licitações e inciso I do parágrafo 1º do mesmo artigo.

Também, que o objeto do presente edital, não se coaduna com as exigências de comprovação de experiência em recuperação judicial de créditos junto a institutos de previdência privada (IPREV).

Este é o relato.

Trata-se de recurso administrativo manejado pela empresa **ATHAYDE & ATHAYDE ADVOGADOS ASSOCIADOS**, pugnano pela alteração do edital do Pregão Presencial 033/2015, Processo Licitatório

050/2015, quanto aos itens 6.1.5.1, 6.1.5.2 e 6.1.5.4, sobre pretexto de limitação a disputa e prejuízo à concorrência.

Frise-se que o setor responsável pelo requerimento de abertura do referido processo licitatório – Pregão Presencial, em discussão, o qual foi o responsável pela definição minuciosa do objeto e a definição dos requisitos técnicos impugnados, foi consultado sobre os questionamentos do impugnante, sendo que após avaliação, confirmou a necessidade dos requisitos técnicos mencionados nos itens 6.1.5.1 e 6.1.5.4, com acatamento em forma de concordância a retirada das exigências do item 6.1.5.2.

Com esta informação firmada pelo setor solicitante da aquisição do serviço, fica sobrestado qualquer manifestação a respeito das alegações de limitação a disputa e prejuízo à concorrência nos demais itens, amenos que tais afirmações não se confirmem no dia definido para a ocorrência do referido Pregão Presencial de forma que nenhuma empresa apresente proposta.

No tocante especificamente a argumentação de que não pode o município de Galvão – SC., no presente processo licitatório fazer exigências não previstas na legislação pertinente, temos a afirmar que assim como previsto no parágrafo segundo do artigo 30 da Lei de Licitações:

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

...
§ 2o As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)” (grifo nosso)

Podemos deduzir que as tarefas previstas no Termo de referência traduzem atos de alta complexidade de modo que as exigências são todas pertinentes.

Caso não fosse necessária experiência anterior, a administração não precisaria contratar e o faria com quadros próprios, o que não é o caso em face de inexperiência da equipe frente à complexa tarefa.

A respeito do assunto, leciona Marçal Justen Filho:

“5.2) A determinação explícita das exigências

Não é suficiente, por outro lado, delimitação implícita dos requisitos técnicos de participação. As exigências quanto à qualificação técnica devem estar previstas de modo expresso. Para tanto, a Administração deverá verificar os

requisitos para desempenho das atividades que constituirão encargo do sujeito contratado. Eventualmente, a execução da prestação pressupõe o domínio de determinado tipo de habilidade ou de certas tecnologias; em outros casos, faz-se necessária a posse de certo maquinário; em outros, é imprescindível a participação de pessoal qualificado. Admite-se comprovação de experiência anterior na execução de prestações semelhantes. O conceito de "qualificação técnica" permite, por isso, ampla definição para o caso concreto." Alude-se, nessa linha, à qualificação técnica real. Significa que a qualificação técnica a ser investigada é não apenas aquela teórica, mas também a efetiva, concreta. E a titularidade de condições práticas e reais de execução do contrato. Em vez de exame apenas teórico do exercício da atividade, as exigências voltam-se para a efetiva capacitação de desempenhar satisfatoriamente o objeto licitado." (Comentários a Lei de Licitações, Marçal Justen Filho, Editora Dialética, 14ª Edição, 2010, página 431)

No que concerne ao requisito de atestado de pelo menos uma cópia de acórdão preferidos pelo Poder Judiciário que tenham obtido decisão favorável do enquadramento do RAT pela atividade preponderante, obtido pelo (s) profissional (is) jurídico (s) e intelectual (is) ligado (s) a licitante, há que se nortear que este qualificativo técnico não fere o princípio da competitividade.

Ao trilhar por este caminho o Pregoeiro obviamente exigiu a experiência anterior, amplamente permitida pela Doutrina e Jurisprudência conforme adiante se demonstra.

O item em análise não fere o princípio da isonomia, tão-menos da competitividade, prestando-se a definir, em termos reais, a qualificação técnica da licitante, estando em perfeita sintonia com o art. 30, inciso II, da Lei n. 8666/93:

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

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico 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".

Em interpretação ao dispositivo em epígrafe, vem a lição do emérito doutrinador Marçal Justen Filho:

"A expressão "qualificação técnica" tem grande amplitude de significado. Em termos sumários, consiste no domínio de conhecimentos e habilidade teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratados. Isso abrange, inclusive, a situação de regularidade em face de organismos encarregados de regular determinada profissão. Na ordenação procedimental tradicional, essa qualificação técnica deverá ser investigada em face anterior ao exame das

propostas e não pode sequer admitir a formulação de propostas por parte de quem não dispuser de condições técnicas de executar a prestação" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 428-429)

Neste sentido, a comprovação da execução de um anterior serviço, que se atesta, in casu, com a presença de um acórdão exarado pelo Poder Judiciário, em nada afeta a competitividade ao certame, pelo contrário, é uma garantia de que o Poder Público contratante não estará pactuando com amadorismo, e sim, com profissionais que dominam o estado da arte a ser contratada.

Sobre a análise da matéria em epígrafe, são memoráveis as lições do saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles:

"Capacidade técnica é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. Pode ser genérica, específica e operativa.

Comprova-se a capacidade técnica genérica pelo registro profissional; a específica, por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação; e a operativa pela demonstração da disponibilidade desses recursos materiais e humanos adequados, necessários à execução.

É lícito à Administração verificar não só a capacidade técnica teórica do licitante como a sua capacidade técnica efetiva de execução, que se convencionou chamar de capacidade operativa real. Grande parte dos insucessos na execução dos contratos administrativos decorre da falta de capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase de habilitação dos proponentes". MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, obra atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Delcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 26ª Edição, São Paulo: Malheiros.p.53)

Nesse sentido, dentro da análise da capacidade técnica pode-se exigir a demonstração de que o licitante já tenha realizado serviços objeto da licitação, é a que se denomina de capacidade técnica real, efetiva, de cunho operativo. Portanto, não há ilegalidade alguma, o que se pretendeu foi cautela.

Sobre a experiência anterior, o renomado mestre ensina:

"A "experiência anterior"

Ademais disso, a aptidão para executar uma certa prestação pode envolver a comprovação de experiência anterior. Pode estabelecer-se que somente serão habilitadas as empresas e(ou) os profissionais que, anteriormente, já tenham

executado objeto semelhante. Esse é o ponto mais delicado da questão da habilitação técnica. Será ele que merecerá maiores atenções nestes Comentários. Os motivos são evidentes. As demais manifestações de qualificação técnica podem ser objetivamente controláveis, envolvendo margem de discricionariedade muito limitada para a Administração. A maquinaria necessária a executar um certo produto é uma questão técnico-científica, que pode ser discutida segundo critérios de certeza. Já a experiência anterior envolve questões indeterminadas e imprecisas.

A análise da regulação legislativa exige algum aprofundamento prévio, voltado a evitar algumas confusões desnecessárias. É preciso iniciar pela advertência de que "experiência anterior" não é um "bem jurídico", expressão utilizada para indicar tudo aquilo que pode ser objeto de uma relação jurídica. As relações jurídicas são vínculos intersubjetivos, disciplinados pelo Direito, em virtude dos quais se impõe a um sujeito a situação de fazer ou deixar de fazer algo em face de outrem.

A "experiência anterior" é antes uma circunstância existencial dos seres humanos do que um "objeto". A experiência se confunde com a "vida", com a "conduta" desenvolvida anteriormente por alguém. A "experiência" é, sob um certo ângulo, o próprio passado. Definir experiência é tão problemático quanto conceituar "existência". Questionar o tema ultrapassa largamente os limites destes Comentários e não tem relação com a aplicação da Lei nº 8.666. E que o problema jurídico não envolve a experiência existencial em si mesma, mas decorrências jurídicas dela derivadas.

7.1.1) Natureza jurídica da "experiência anterior"

Para fins de licitação, a experiência anterior apenas apresenta relevância jurídica quando funcionar como evidência de capacitação para executar um certo objeto no futuro. Resta determinar a sua natureza jurídica.

A experiência não é um bem nem sobre ela surge uma relação de propriedade. O titular da experiência não é "dono" dela, no sentido técnico-jurídico. A experiência não é uma coisa, dotada de corporalidade e sobre a qual um sujeito exercitaria poderes de domínio. Não se trata de um bem jurídico, na acepção de configurar-se como objeto de uma relação jurídica. A experiência é um atributo do sujeito, de cuja figura não pode ser dissociada. Pode-se afirmar que a "experiência" é sempre a "experiência de alguém". Desaparecido o sujeito, extingue-se a sua experiência.

Portanto, não é possível submeter "acervo de experiências anteriores" ao regime jurídico da propriedade em sentido estrito. O vínculo entre o profissional e seu próprio "acervo" não é relação de propriedade. Daí deriva que o profissional não dispõe da faculdade de "usar, fruir e dispor do acervo e reivindicá-lo de quem quer que injustamente o detenha".

Poderia cogitar-se da aplicação do regime da chamada "propriedade imaterial". A expressão não tem limites precisos e é utilizada para identificar uma vasta gama de relações jurídicas decorrentes do gênio humano. Indica as situações produzidas pela criatividade humana, que introduz inovações no universo subjacente. Essas inovações são valoradas pela comunidade, seja por circunstâncias estéticas, seja por razões econômicas. Há um vínculo de autoria entre o ser humano e sua obra, aplicando-se regime jurídico peculiar. A disciplina da propriedade imaterial tutela simultaneamente as manifestações da personalidade e os reflexos econômico-patrimoniais. Um dos pontos característicos da propriedade imaterial reside na pluralidade de dimensões jurídicas do instituto. Disciplina-se a autoria como direito personalíssimo. A relação entre autor e sua obra é indisponível e imprescritível. O reconhecimento da autoria transcende a vontade do próprio autor. Simultaneamente, a propriedade imaterial comporta relações jurídicas patrimoniais, derivadas dessa autoria. Prevê-se a possibilidade de exploração econômica do produto, segundo os princípios típicos da atividade especulativa. Assim, o pintor tem o direito de "vender" o quadro que pintou.

Nunca cessará o vínculo de autoria, mas a titularidade sobre o objeto será transferida segundo as regras gerais disciplinadoras da atividade econômica. Mas também não reside aí o ponto relevante da "experiência anterior" no âmbito da licitação. A questão não envolve tutela à autoria ou aos efeitos econômicos derivados da criação. Deve examinar-se o vínculo entre o "sujeito" e o potencial por ele desenvolvido para enfrentar dificuldades e encontrar soluções. Esse potencial corresponde a uma espécie de habilidade pessoal, não materializável em um suporte físico.

As considerações acima levam à conclusão de que essa habilidade não tem existência autônoma em relação ao sujeito. Somente faz sentido aludir ao potencial de realização futura de alguém. O potencial de resolver problemas futuros é ampliado pela vivência de enfrentar e resolver problemas passados. A experiência não consiste em faculdade de fazer algo - mas na habilidade para fazer algo.

Pode afirmar-se então, que a experiência não se enquadra na categoria do bem jurídico. Também não corresponde ao conceito de direito subjetivo. Não é objeto de relação jurídica por ser indissociável da pessoa do sujeito de direito. E atributo subjetivo, sem existência própria e autônoma. Sua aquisição não deriva diretamente da vontade de seu titular. A experiência não consiste em um conceito jurídico, na acepção de que seria "instituído" pela norma jurídica. Trata-se de algo que se passa no universo fático. Em suma, a experiência não é faculdade jurídica, mas possibilidade fática.

7.1.2) A relevância jurídica da experiência anterior

A experiência pessoal se constitui em circunstância pessoal, interna e intransferível. No entanto, essa vivência anterior pode adquirir relevo em face de terceiros. A circunstância de alguém ter enfrentado problemas no passado e tê-los superado é valorada pela comunidade. Então, alguém pretende "apropriar-se" do passado alheio e dele usufruir. Essa "apropriação" (em sentido não jurídico) não visa ao apossamento do passado alheio, o que seria despropositado e patológico. A finalidade não é integrar a vida alheia passada na própria. Trata-se de outra questão, que se desenvolve no plano da utilidade. "Apropria-se" da experiência alheia quando se utilizam os conhecimentos e habilidades que o titular da experiência adquiriu.

A valoração atribuída à experiência alheia e a pretensão de utilizar-se dela acrescenta ingredientes jurídicos ao tema. A experiência deixa de ser considerada como parcela de vida pessoal de alguém e passa a ser tratada como um agregado de conhecimentos relevante para a prática de atos futuros.

O produto da experiência é o conhecimento, utilizada a expressão em sentido amplo. Esse conhecimento pode ser utilizado para atividades futuras, inclusive mediante contrapartida onerosa. Há relações jurídicas versando sobre a utilização da experiência na execução de prestações em favor de terceiros. Esse conhecimento pode tornar-se, inclusive, critério de seleção do sujeito para contratação.

O tema relaciona-se com a presunção acerca da habilitação para executar tarefas complexas. Quem já enfrentou e venceu desafios de determinada natureza presume-se como qualificado para voltar a fazê-lo no futuro. "(Comentários a Lei de Licitações, Marçal Justen Filho, Editora Dialética, 14ª Edição, 2010, página 434 a 436)

Na verdade foi essa a exigência, de que já tenha realizado todas as fases do trabalho, não só a apuração e compensação dos eventuais créditos existentes.

Por tal razão as exigências atinentes a experiência do advogado são pertinentes.



Nesse sentido:

Agravo de Instrumento n. 2014.091963-0, de Sombrio Agravante : Prefeito Municipal de Sombrio Procurador : Dr. Eduardo Rovaris (19395/SC) Agravada : Bottin Consultoria Ltda ME Advogado : Dr. Clóvis Bottin (37081SC) Relatora : Desa. Cláudia Lambert de Faria DECISÃO MONOCRÁTICA Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo PREFEITO MUNICIPAL DE SOMBRIO contra a decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da comarca de Sombrio que, nos autos do Mandado de Segurança n. 0300786-27.2014.8.24.0069, impetrado pela BOTTIN CONSULTORIA LTDA. ME., ora agravada, deferiu o pedido liminar, suspendendo todos os atos e procedimentos do Pregão Presencial n. 116/2014, sob pena de crime de desobediência (fl. 103). Pugna pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso, com a reforma da decisão recorrida. É o relatório. O recurso é tempestivo, foi instruído com os documentos indispensáveis, relacionados no art. 525, inc. I, do Código de Processo Civil, e recolhido o respectivo preparo, preenchendo assim os requisitos de admissibilidade. Resta averiguar se a fundamentação do agravo é relevante e plausível, acarretando não um juízo de certeza, mas de probabilidade acerca do objeto da discussão. Assim, o fato narrado deve assegurar à recorrente, em tese, um provimento de mérito favorável. Insurge-se o agravante contra a decisão singular que deferiu o pedido liminar, suspendendo todos os atos e procedimentos do Pregão Presencial n. 116/2014, sob pena de crime de desobediência. Para tanto, defende, preliminarmente, a perda de objeto da ação originária, uma vez que o processo licitatório já foi homologado, bem como sua ilegitimidade para figurar no polo passivo dos autos originários. No mérito, alegou que a empresa agravada deixou de cumprir alguns itens expressamente previstos no edital e, sendo assim, sua desabilitação do certame não está eivada de qualquer nulidade. Primeiramente, cumpre esclarecer que já foi consolidado o entendimento de que, em se tratando de processo de licitação, o edital é a lei interna do procedimento e, com base no art. 41, da Lei n. 8.666/93, vincula os atos da administração, senão vejamos: Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. Sobre o assunto, citam-se os julgados desta Corte de Justiça: REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DE EXIGÊNCIA DO EDITAL. IMPOSSIBILIDADE. VINCULAÇÃO AOS SEUS TERMOS. SENTENÇA MANTIDA. REMESSA DESPROVIDA. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 274-275) (TJSC - RN em MS n. 2011.043025-2, de Chapecó. Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, julgado em 13/01/2012). ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA POR INOBSERVÂNCIA DO EDITAL E APRESENTAÇÃO DE VALORES INEXEQUÍVEIS. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES. RECURSO PROVIDO. Para garantir a isonomia entre os concorrentes e a futura execução do contrato, deve ser desclassificada, em procedimento licitatório, a proposta em que o menor preço resultou da inobservância à exigências editalícias ou legais. (TJSC - Al n. 2010.026123-8, de Balneário Piçarras. Rel. Des. Newton Janke, julgado em 13/12/2010). Contudo, este Tribunal de Justiça tem defendido, em situações semelhantes, a possibilidade de reconhecimento do excesso de formalismo sem que viole o princípio da vinculação ao edital, senão vejamos: PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - ASSINATURA DO CONTRATO - PERDA DO OBJETO - NÃO OCORRÊNCIA - CPC, ART. 515, § 3º. Não há se falar em perda de objeto do mandado de segurança pelo simples fato de já ter sido assinado o

contrato administrativo objeto de processo licitatório judicialmente impugnado por esta via. Se tempestiva a impetração e comprovada a possibilidade de a impetrante obter benefício direto com a declaração de nulidade, perfeitamente possível a análise de mérito. **QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - LEI N. 8.666/93, ART. 30** O edital de licitação não pode ser interpretado restritivamente, sob pena de impedir a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública. Nesse sentido, as exigências consideradas irrelevantes podem ser abrandadas, de forma a propiciar a participação do maior número de concorrentes, sem que a prática configure ofensa ao princípio da vinculação do certame ao instrumento convocatório. **EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA VENCEDORA DO CERTAME - VIA PROCESSUAL INADEQUADA - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA** Gabinete Des. Cláudia Lambert de Faria Em sede de mandado de segurança, o direito líquido e certo deve ser demonstrado de plano. "As meras alegações, desprovidas de base empírica, nada significam juridicamente e não se prestam a produzir certeza. Apenas mostram uma versão sem substrato concreto e, assim, inapta a receber a proteção do remédio heróico, via em que não há oportunidade para a dilação probatória ou contraditório" (RMS n. 12006, Min. José Delgado). (TJSC Â- AC em MS n. 2010.005193-6, de Joinville. Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 15/12/2011 Â- sem grifo no original).


Pelo exposto, pelas razões de fato e de direito acima aduzidas, esta assessoria resolve pela orientação de acolhimento parcial da presente impugnação, de forma que no mérito, após a devida análise decida-se pela orientação a seguir:

IMPROCEDEM as alegações da IMPUGNANTE quanto às exigências contidas nos itens 6.1.5.1 e 6.1.5.4, sob a alegação de limitam a disputa e prejudicam a concorrência, e alegações de estar o edital em desacordo com dispositivos da lei 8.666-1993; devendo sobre estes aspectos, ser seu pleito INDEFERIDO, mantendo-se o texto original.

Destarte, em sede de cognição sumária, pelo disposto no edital e pelos fundamentos contidos no presente recurso, referente ao item 6.1.5.2, necessário se mostra o acatamento da presente impugnação, de forma a DEFERIR o pleito do impugnante de forma a suprimir as exigências contidas no referido item.

É o parecer, SME.

Galvão - SC, 27 de outubro de 2015.


Evandro Fernandes André
OAB-SC 29.158
Assessor Jurídico
CPF 694 253 888-20