

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA DO MUNICÍPIO DE ITAPIPOCA/CE

Ref.: Concorrência Pública nº 23.23.03/CP



SCAVE SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA., interessada em participar do presente procedimento licitatório, vem, por intermédio de seu representante legal ao final firmado, com fulcro no art. 109, inciso I, alínea "a", da Lei nº. 8.666/1993 c/c cláusula 7.6, do edital, interpor o presente **RECURSO HIERÁRQUICO** em face do julgamento proferido por essa ilustre Comissão na etapa de análise dos documentos habilitatórios da concorrência acima referenciada, o que faz segundo as questões a seguir formuladas:

I – DOS FATOS

A Secretaria de Infraestrutura do Município de Itapipoca/CE, por intermédio da sua Comissão Permanente de Licitação, deflagrou a presente Concorrência, tombada sob o n.º 23.23.03/CP, orientado pelo critério do menor preço global, para escolha da proposta mais vantajosa para a execução de "[...] PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA EM VIAS DA SEDE DO MUNICÍPIO DE ITAPIPOCA-CE – MAPP 2354".

Empresa especializada no ramo, a SCAVE interessou-se em participar do procedimento licitatório, pelo que apresentou sua documentação na data fixada no edital para a entrega dos envelopes de habilitação e proposta financeira, seguindo todas as exigências determinadas no instrumento convocatório.

No dia 15 de setembro de 2023 (sexta-feira), a CPL publicou no Diário Oficial do Estado o julgamento da habilitação, por meio do qual entendeu que a Scave não teria atendido ao disposto no item 5.2.2.6, do edital, referente à exigência de apresentação de licença de operação fornecida pelo órgão ambiental em relação à usina de asfalto de propriedade do licitante.

Ocorre que a exigência de licença de operação em fase de habilitação não se coaduna com a jurisprudência pátria.

Nesse contexto, merece ser reformada a decisão administrativa vergastada, com base nos fundamentos que passam a ser mais bem detalhados nas linhas adiante, concluindo-se pela habilitação da SCAVE Serviços de Engenharia e Locação LTDA.



II. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE LICENÇA DE OPERAÇÃO EM FASE DE HABILITAÇÃO. DOCUMENTO NÃO ELENADO NO ROL DOS ARTS. 27 A 30 DA LEI DE LICITAÇÕES. OPERAÇÃO QUE SÓ SERÁ EXIGIDA NA FASE CONTRATUAL. DESPROPORCIONALIDADE DO REQUISITO DE HABILITAÇÃO PREVISTO NO EDITAL.

Conforme mencionado no relato dos fatos, a CPI decidiu inabilitar a SCAVE sob o fundamento de que esta empresa não teria cumprido o requisito de habilitação previsto na cláusula 5.2.2.6, do edital, referente à apresentação de licença ambiental de operação da usina de asfalto de sua propriedade, como requisito de regularidade fiscal/trabalhista, conforme regra a seguir transcrita:

"5.2.2. REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA

[...]

5.2.2.6. Licença de Operação da Usina de Asfalto a ser utilizado no serviço conforme resolução do CONAMA N°237/1197 expedida pela SEMACE ou Órgão Ambiental equivalente. No caso em que as instalações de usinagem não serem de propriedade do licitante, deverá ser apresentada declaração de disponibilidade do proprietário para atendimento do objeto licitado, com firma reconhecida em cartório, cumpridas as determinações deste item".

Ocorre que o caráter competitivo do torneio é um dos pilares sobre o qual se apoia o dever de licitação, tanto que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *permite apenas a fixação de exigências de qualificação técnica e econômica mínimas*, assim entendidas aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:

"Art. 37

[...]

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

Ainda analisando o Estatuto das Licitações, é inevitável frisar que aquele diploma estabelece, em seu art. 3º, §1º, inciso I, expressa vedação destinada aos agentes públicos,

salientando que não lhes é lícito formular editais com exigências que frustrem ou prejudiquem, de alguma forma, a ampla concorrência indispensável à busca da proposta mais vantajosa para o Poder Público. Eis os mencionados dispositivos:



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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

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

(...)

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

À luz das disciplinas legais e constitucionais, resta claro, portanto, que à Administração Pública não é lícito estabelecer, em seus torneios licitatórios, exigências descabidas não previstas na Lei nº. 8.666/93.

Como se sabe, o art. 27 da Lei Federal nº. 8.666/1993 é bastante claro ao estabelecer que a habilitação, nas licitações, deverá se restringir exclusivamente à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, prova de regularidade fiscal e comprovação da regularidade trabalhista:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal.
- IV - regularidade fiscal e trabalhista;
- V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Ao prever que a documentação de habilitação deverá se restringir exclusivamente àquelas hipóteses elencadas no art. 27, a Lei nº. 8.666/1993 deixa claro que o seu rol é taxativo, e

não meramente exemplificativo, de modo que não é lícito ao gestor público incluir exigências estranhas às hipóteses legais.



Esse tem sido o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, como se pode observar pela transcrição do Acórdão 5883/2016:

“É irregular a inabilitação ou a desclassificação de empresa licitante por não ter indicado os seus dados bancários, pois tal informação, além de não estar prevista no rol taxativo dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993, que estabelecem os documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação, pode ser obtida mediante simples diligência. O Tribunal apreciou recursos de reconsideração interpostos em face do Acórdão 1.709/2015, Primeira Câmara, mediante o qual, no âmbito das contas ordinárias do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Triângulo Mineiro (IFTM), exercício de 2000, julgara irregulares as contas dos responsáveis, aplicando-lhes a multa do art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992. A irregularidade consistira na desclassificação indevida de empresa que oferecera melhor proposta no âmbito de concorrência para a contratação de serviços de reforma e ampliação, orçados em R\$ 3.496.478,22, pelo fato de não ter indicado os dados bancários, exigência consignada no edital. Reafirmando os fundamentos do acórdão recorrido, o relator asseverou, seguindo o representante do MPTCU, que “a Lei 8.666/1993 contempla rol taxativo de documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação das licitações, dentre os quais não se inclui a indicação de dados bancários”. Além disso, prosseguiu, “seria razoável esperar conduta diversa dos membros da comissão de licitação, que permitiram a desclassificação da proposta mais vantajosa para a Administração em razão de uma falha formal que poderia ser sanada mediante simples diligência”. Acompanhando o voto do relator, o Colegiado conheceu dos recursos para, no mérito, negar-lhes provimento. Acórdão 5883/2016 Primeira Câmara, Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Bruno Dantas.”

Em sentido semelhante, colham-se outros acórdãos do TCU onde a Corte de Contas reconhece que o rol de exigências habilitatórias da Lei de Licitações é taxativo, sendo ilegal qualquer requisito que não se enquadre nas hipóteses de requisitos jurídicos, fiscais, econômico-financeiros, técnicos e de regularidade trabalhista previstos na Lei:

Acórdão

134/2017 – Plenário – Relator BENJAMIN ZYMLER

Enunciado

É ilegal a exigência de comprovação, para fim de qualificação técnico-profissional, de tempo de experiência ou de exercício em função dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante para a execução do objeto, porquanto o rol de exigências de habilitação previsto na Lei 8.666/1993 é taxativo.

Resumo

O TCU apreciou relatório de auditoria realizada, no âmbito de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC), “com o objetivo de detectar a ocorrência de irregularidades em contratações públicas selecionadas a partir de classificação de riscos realizada por modelo probabilístico de análise de dados”, ocasião em que se avaliou a regularidade da contratação de empresa pela Superintendência Regional do Dnit no Estado de Goiás e no Distrito Federal, “conforme seleção efetuada com base nos critérios adotados no aludido modelo probabilístico de risco”. O relator do processo identificou a seguinte impropriedade em um dos editais de pregão eletrônico analisados: “exigência de



comprovação, para fim de qualificação técnica-profissional, de tempo de experiência ou de exercício em função dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante para execução do objeto, configurando infração ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e nos arts. 3º, §1º, inciso I, e 30, §§ 1º, 3º e 5º, da Lei 8.666/1993". O relator ressaltou que, em decisão recente (Acórdão 3.356/2015-Plenário), o TCU entendeu "que exigências relativas ao tempo de formação acadêmica e de experiência profissional somente são aceitáveis como requisito de habilitação em licitações se acompanhadas de justificativa expressa, no instrumento convocatório, que demonstre a imprescindibilidade de tais condições à execução do objeto". Contudo, afirmou que, em outras decisões (tais como o Acórdão 727/2012-Plenário), o TCU adotara "uma linha de entendimento ainda mais restritiva, no sentido de que exigência de comprovação, para fim de qualificação técnica, de tempo de experiência dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante afronta o disposto no art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993". O relator posicionou-se conforme "essa segunda linha de entendimento, considerando que o rol de exigências de habilitação previstos na Lei de Licitações e Contratos é numerus clausus". Por fim, ponderou que "é de se perquirir a efetividade de tais disposições editalícias, pois o tempo de formação profissional ou o tempo de registro nos conselhos profissionais não garante nem o efetivo exercício de determinada atividade nem a qualificação do profissional para o desempenho do objeto contratado". Assim, o relator propôs cientificar o Dnit da ilegalidade dessa exigência, proposta anuída pelo Colegiado.

Excerto

Voto:

Cuidam os autos de relatório de auditoria realizada pela Secretaria de Controle Externo no Estado de Goiás (Seceex-GO), no âmbito de Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC), com o objetivo de detectar a ocorrência de irregularidades em contratações públicas selecionadas a partir de classificação de riscos realizada por modelo probabilístico de análise de dados, cuja consolidação será efetuada pela Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

[...]

23. Por fim, observei outra impropriedade no edital do Pregão Eletrônico 126/2016, a qual não foi apontada pela unidade técnica. Trata-se da exigência de comprovação, para fim de qualificação técnica-profissional, de tempo de experiência ou de exercício em função dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante para a execução do objeto, configurando infração ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e nos arts. 3º, §1º, inciso I, e 30, §§ 1º, 3º e 5º, da Lei 8.666/1993.

24. No recente Acórdão 3.356/2015-Plenário, relatado pelo Ministro André Luís de Carvalho, o Tribunal entendeu que exigências relativas ao tempo de formação acadêmica e de experiência profissional somente são aceitáveis como requisito de habilitação em licitações se acompanhadas de justificativa expressa, no instrumento convocatório, que demonstre a imprescindibilidade de tais condições à execução do objeto. Outros entendimentos, tais como o Acórdão 727/2012-Plenário, de relatoria do Ministro José Múcio Monteiro, adotaram uma linha de entendimento ainda mais restritiva, no sentido de que exigência de comprovação, para fim de qualificação técnica, de tempo de experiência dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante afronta o disposto no art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993.

25. Alinho-me a essa segunda linha de entendimento, considerando que o rol de exigências de habilitação previstos na Lei de Licitações e Contratos é numerus clausus. Além disso, é de se perquirir a efetividade de tais disposições editalícias, pois o tempo de formação profissional ou o tempo de registro nos conselhos profissionais não garante nem o efetivo exercício de determinada atividade nem a qualificação do profissional para o desempenho do objeto contratado.

26. Dessa maneira, em acréscimo às propostas formuladas pela equipe de auditoria, considero pertinente cientificar o Dnit da ilegalidade dessa exigência.

Acórdão:

9.1. com fulcro no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, dar ciência ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes e à Superintendência Regional do Dnit no Estado de Goiás e Distrito Federal acerca das seguintes irregularidades, identificadas nos editais do Pregão Eletrônico 126/2016 e da Concorrência 39/2011, bem como nos contratos decorrentes:

[...]

9.1.3. exigência de comprovação, para fim de qualificação técnica-profissional, de tempo de experiência ou de exercício em função dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante para a execução do objeto, observado no Termo de Referência do Pregão Eletrônico 126/2016, com infração ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e nos arts. 3º, §1º, inciso I, e 30, §§ 1º, 3º e 5º, da Lei 8.666/1993;



Acórdão nº. 808/2003 – Plenário – Relator BENJAMIN ZYMLER

Enunciado

As exigências de documentos para efeito de habilitação em certame licitatório não devem exceder os limites fixados nos artigos 27 a 33 da Lei 8.666/1993.

Excerto

Voto:

3.O edital impugnado exigiu, para fins de habilitação, que os licitantes apresentassem diversos documentos não previstos no art. 27 da Lei nº 8.666/93, a saber: [...]

4.Os arts. 27 a 31 do Estatuto das Licitações estabelecem quais os documentos podem ser exigidos dos interessados em participar de certame promovido pelo Poder Público com o objetivo de celebrar futuro contrato. Referidos dispositivos buscam evitar que pessoas, físicas ou jurídicas, que não tenham qualificação mínima venham a ser contratadas, colocando em risco a execução do ajuste e, em última análise, o atingimento do interesse público adjacente.

5.Entretanto, a própria Norma Legal que rege a matéria veda a exigência de documentos outros que não aqueles estabelecidos nos dispositivos acima. Garante-se, com tal medida, que todos aqueles que preencham os requisitos mínimos para contratar com a Administração possam participar do certame em igualdade de condições. Concretiza-se, dessa forma, o princípio constitucional da impessoalidade, uma vez que evita que o agente público possa, por motivos de índole subjetiva, afastar do certame este ou aquele interessado.

Acórdão:

9.2.determinar à Secretaria de Estado da Educação e Cultura da Paraíba que nas próximas licitações que venha a realizar, envolvendo recursos públicos federais:

[...]

9.2.4. abstenha-se de estabelecer:

9.2.4.1. para efeito de habilitação dos interessados, exigências que excedam os limites fixados nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/93;

De igual modo, em auditoria empreendida no âmbito do DNIT para análise de exigências de habilitação constantes em edital formulado por aquele órgão, em que se impunha aos licitantes a obrigatoriedade de apresentação de ensaios comprobatórios da qualidade dos materiais a serem empregados na execução contratual, o TCU reputou ilegal a exigência na fase de habilitação, por falta de previsão legal, senão vejamos:

“Voto:

[...]

Nenhuma dessas exigências de laudos de ensaios de material encontra respaldo no rol de condições de qualificação técnica de licitante prevista no artigo 30 da Lei 8.666/1993, aplicável subsidiariamente à licitação realizada sob a modalidade do pregão:

[...]

Além de a exigência editalícia não ser requisito de habilitação técnica previsto na Lei Geral de Licitações ou em norma legal específica, a apresentação de laudos de ensaios para aquisição de brita, em princípio, amolda-se às características do objeto a ser adquirido pela Administração. Como tal, deveria ser analisada por meio de amostra ou

protótipo, desde que previsto no instrumento convocatório, como admite a jurisprudência do TCU com fundamento nos incisos IV e V do art. 43 da Lei 8.666/1993. Nesse sentir, alinham-se os Acórdãos 1.113/2008, 1.168/2008 e 1.332/2007, todos do Plenário.

Nessa hipótese, o instrumento convocatório poderia exigir do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, na fase de propostas, a apresentação de amostra do produto, acompanhada dos laudos de ensaio técnico necessários a comprovar a qualidade do bem a ser fornecido à Administração. Tal exigência não haverá de comprometer a execução da obra se o órgão contratante planejar adequadamente a contratação de molde a estipular, no edital de licitação, prazo razoável e suficiente para a licitante com melhor proposta de preço apresentar laudos e certificados exigidos para o produto.

Além de ser indevida a exigência na fase de habilitação, o exíguo tempo disponibilizado aos licitantes para a apresentação dos laudos de ensaios, inclusive com certificação do Instituto de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Inmetro, reforça a convicção de indevida restrição à competitividade do certame. Com efeito, o prazo decorrido entre a publicação do instrumento convocatório e a apresentação das propostas foi de apenas vinte dias (publicação do edital, 1/7/2008, entrega das propostas, 21/7/2008 – peça 37, p.12-13).

Também não elide a irregularidade o fato de o requisito de habilitação não ter sido objeto de questionamento pelos licitantes ou interessados, tendo ocorrido ao certame vários concorrentes. Consoante exposto, a exigência da apresentação de laudos de ensaios de Abrasão Los Angeles e Reação Álcali-agregado na fase de qualificação técnica dos licitantes não tem supedâneo legal e constitui restrição indevida à participação de outros licitantes.

(Acórdão nº. 538/2015, Rel. Min.: Augusto Sherman, órgão julgador: Plenário, Data da Sessão: 18/03/2015)

Especialmente quanto à regularidade fiscal e trabalhista, constata-se o art. 29, da Lei nº 8.666/93 não prevê a obtenção de licença de operação em fase de licitação, senão vejamos:

"Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

Como se vê, a obtenção de licença de operação de usina de asfalto não está descrita na Lei de Licitações como requisito de regularidade fiscal ou trabalhista, muito menos em

quaisquer outros requisitos de habilitação previstos, de sorte que se mostra ilegal a exigência do item 5.2.26, do edital.



Ademais, o TCU tem jurisprudência consolidada quanto à ilegalidade da exigência de licença de operação em fase de habilitação, consoante precedentes a seguir destacados:

“Voto:

[...]

4. Cabe registrar, de início, que a exigência de apresentação de licença de operação, como requisito para qualificação técnica, é ilegal. De fato, o art. 30 e incisos da Lei nº 8.666/93 são claros ao especificar os documentos que podem ser demandados dos licitantes, entre os quais não se encontra a licença de operação. Exigir de todos os licitantes a apresentação da licença poderia implicar em restrição ao caráter competitivo do certame, afastando os interessados que ainda não dispusessem da autorização do órgão ambiental, podendo resultar na escolha de proposta que eventualmente não fosse a mais vantajosa para a Administração.

(TCU, Acórdão nº. 1010/2015, Rel. Min.: José Múcio Monteiro, órgão julgador: Plenário, data da sessão: 29/04/2015)

“Acórdão:

[...]

9.4. dar ciência ao Município de São Francisco/MG, com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução TCU 315/2020, sobre as seguintes impropriedades ocorridas no certame licitatório alusivo à Concorrência Pública 01/2018:

[...]

9.4.6. exigência, no momento da fase de habilitação (e não previamente à contratação), e mediante declaração, de contar a licitante com usina fixa ou móvel para confecção de CBUQ ou da exibição de contrato particular de locação entre a licitante e o proprietário da usina, do qual conste explicitamente sua disponibilidade para o fornecimento do CBUQ necessário à execução dessa obra pública, com licença ambiental em vigor, além de exigência de posse de laboratório de análise de solos, asfalto e concreto e de uma série de equipamentos considerados necessários à execução dos serviços, sem previsão na Lei 8.666/93 e contrariando a jurisprudência do TCU, a exemplo do Acórdão 5900/2010-TCU-Segunda Câmara;

(TCU, Acórdão nº. 7.289/2022, Rel. Min.: Vital do Rego, órgão julgador: 1ª Câmara, data da sessão: 11/10/2022)

Ora, como bem anotaram os acórdãos supramencionados, a exigência de apresentação de licença de operação não é razoável na fase de habilitação, inclusive por falta de previsão legal, sobretudo porque a operação da usina de asfalto se dá apenas na fase contratual.

Portanto, a inserção no edital de exigências não previstas no rol dos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 não pode prevalecer, sendo de rigor a revisão do edital para excluir a cláusula 5.2.2.6 do edital ou para interpretar-se a referida exigência como passível de ser cumprida apenas na fase contratual.

III. A NATUREZA INSTRUMENTAL DA LICITAÇÃO. EXCESSO DE FORMALISMO E RESTRIÇÃO À
COMPETIÇÃO.



A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante às exigências encartadas nas licitações, é seu objetivo, tão somente, verificar se os interessados que pretendem contratar têm ou não condições mínimas para prestar o serviço cuja contratação é almejada pelo Poder Público (essa é a essência, isto é, o fundamental).

Interessa, pois, para a Administração exigir o atendimento a condições mínimas e essenciais, visando a receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas. A ensinança da doutrina autorizada está bem representada por Hely Lopes Meirelles:

"A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis (...). É um verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam em suas distorções rotineiras de complicar aquilo que a legislação simplificou. Os bons contratos, observe-se, não resultam das exigências burocráticas, mas sim da capacitação dos licitantes e do criterioso julgamento das propostas" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13ª ed.; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, pág. 240).

E colaciona a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RDP 14/240):

"Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados, não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e a primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório"(ob et loc. cit., destacamos).

A mesma jurisprudência é citada por Adilson Abreu Dallari, in "Aspectos Jurídicos da Licitação", ao afirmar a necessidade de preservação do caráter competitivo do certame, quando da fixação de condições no edital:

"Ele deve ser interpretado em seu espírito, em consonância com o texto constitucional [art. 37, inciso XXI], ou seja, no sentido de que a regra geral é a participação do maior número possível de licitantes, devendo o edital ser parcimonioso e criterioso ao fixar requisitos, pois são proibidas as condições impertinentes, inúteis ou desnecessárias".

Nesse sentido, vê-se desde já que, como ponto básico na realização de licitações, a Administração deve, antes de tudo, abrir-se a receber o maior número de propostas possíveis para, dentre elas, escolher a mais vantajosa aos seus interesses, e não ao interesse de um e outro, sejam eles administradores ou administrados.



Em segundo, porém, ao órgão licitante não interessa receber qualquer proposta, mas tão somente as daquelas pessoas que demonstrem serem e estarem aptas a executar o objeto licitado. Para tanto, os elementos caracterizadores do *discrimen* entre habilitados e inabilitados, classificados e desclassificados, não podem conter rigorismos inúteis, sob pena de violação dos mais comezinhos princípios reitores da atividade pública.

Tal compreensão melhor consulta à eficácia jurídico-social da norma insita no art. 37, inciso XXI, de nossa Carta Magna (sublinhamos):

"Art. 37. (...)
(...)

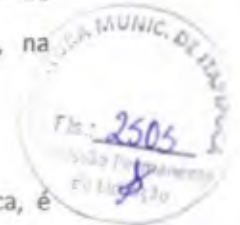
XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas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

Portanto, existem claras definições constitucionais, manifestações doutrinárias e firme jurisprudência no sentido de que não deve haver rigidez excessiva na delimitação das exigências editalícias. Deve, isso sim, haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser das fases de habilitação ou de julgamento das propostas; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes e propostas.

A inobservância dessa orientação resulta, invariavelmente, em situações em que a Administração depara-se com a possibilidade de reduzir a consulta de preços sem qualquer justificativa material. Tais precedentes dão conteúdo ao que aqui pretende se demonstrar, pois a decisão recorrida terminou, indiretamente, por desvirtuar os preceitos que governam as licitações, com a inclusão de exigências e restrições não previstas no instrumento convocatório.

Como visto nos tópicos antecedentes, o ato convocatório está eivado de disposições restritivas e desconformidades com a legislação e jurisprudência vigentes, na contramão do caminho de flexibilidade trilhado pela lei.

Dessa forma, nos lindes do que impõe a Lei e a Constituição da República, é imperiosa a suspensão da sessão inaugural da licitação, a fim de que sejam realizados os ajustes essenciais ao restabelecimento da legalidade, no presente certame.



IV – DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DA NECESSIDADE DE PROMOÇÃO DA COMPETITIVIDADE E DA COMPETIÇÃO.

De acordo com a Constituição Brasileira, todo agente público exerce uma parcela do poder popular mediante delegação direta ou indireta, para satisfazer os interesses da coletividade, bem como promover a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais elencados no art. 5º da Carta Magna.

Logo, como condição para a concretização do interesse público, o agente público recebe um feixe de competências que não só lhe atribuem prerrogativas para o atingimento das finalidades insculpidas na ordem legal, como também pré-definem o seu espectro de atuação, assegurando-lhe os poderes e as vias estritamente necessárias para os desideratos específicos que lhe são confiados.

Portanto, a atividade administrativa é governada pelo princípio da legalidade estrita (art. 5º, Inc. II, da C.F./88), ou seja, a Administração Pública atua tão somente nos caminhos preestabelecidos pela ordem jurídica, já que os atos por ela praticados direcionam-se à consecução de interesse alheio - o interesse público - e se relacionam ao emprego/gerenciamento de recursos alheios, o erário público. Dito em outras palavras, o agente administrativo se pauta pela noção de função, como bem exposto na lição de Celso Antônio Bandeira de MELLO:

"Função", em síntese, é o exercício de interesse alheio de um poder exercido em conta de um dever legal.

{...}

A idéia de função – é, pois, a idéia de função administrativa – reclama do intérprete a inteligência de que o sujeito que a exerce recebeu da ordem jurídica um dever: o dever de alcançar certa finalidade preestabelecida, de tal sorte que os poderes que lhe assistem

A handwritten signature in blue ink, located at the bottom right of the page.



foram-lhe deferidos para serem manejados instrumentalmente, isto é, como meios reputados aptos para atender à finalidade que lhe justificou a outorga. Donde o poder, em casos que tais – e assim é irrestritamente no direito público – tem caráter apenas instrumental. Ele não se constitui – se assim podemos nos exprimir – em um bem em si mesmo, pois o bem (sagrado na ordem jurídica) é a finalidade estampada na lei. A valia do poder, a utilidade e o sentido dele resumem-se em constituir em instrumento insuprimível, sem o qual o agente público não teria como desincumbir-se desse dever posto a seu cargo: dever de concretizar a finalidade legal, isto é, dever de dar satisfação a um interesse de terceiro, a um interesse alheio; no caso, o interesse da coletividade. Logo, o administrador não dispõe de poderes-deveres, como às vezes se diz, mas de *deveres-poderes* – locução que expressa com maior fidelidade que a anterior a verdadeira índole de suas competências. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, págs. 116/117)

No mesmo sentido, destacamos a posição de Caio TÁCITO, cristalizada em famoso parecer:

"O agente público, não gere, porém, direito ou interesse próprio. Participa de atos que visam à consecução de interesses coletivos e busca cumprir finalidade adequada aos objetivos públicos que o habilitam a agir, em função do bem comum e do interesse.

[...]

Lembramos, em estudo sobre o tema, que "a regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, especificamente, a interesses públicos caracterizados... O poder administrativo é vinculado a um determinado interesse público e não comporta aplicação em favor de quaisquer outros objetivos, embora louváveis e beneméritos. A discricção administrativa tem, portanto, como teto a *finalidade legal da competência*." (Revista de Direito Administrativo – vol.37, p.5) (TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)* – 2º Volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pág. 1112)

No que diz respeito às licitações, a legalidade está estreitamente relacionada com a necessidade de afastar subjetividades e arbitrariedades na seleção dos particulares que serão remunerados com recursos públicos, funcionando como ferramenta para assegurar a formação isonômica do ambiente competitivo e a construção dos critérios objetivos de disputa.

Nesse contexto, a imposição de exigências de habilitação excessivas representa ofensa ao princípio da legalidade estrita, na medida em que prejudica a formação isonômica do ambiente competitivo, com igualdade de oportunidades a todos os potenciais licitantes, o que constitui atributo inerente ao procedimento licitatório.

Portanto, os vícios apontados no julgamento de habilitação (critérios de habilitação desproporcionais e não previstos em lei) não apenas impossibilitam a formulação das propostas pelos licitantes, mas efetivamente embarga a participação de diversas empresas idôneas e capazes de desempenhar os serviços previstos no edital.

Destarte, a procedência do presente recurso é medida que se impõe para restaurar a competitividade do certame e, dessa forma, fazer-se cumprir as determinações da Lei de Licitações e dos órgãos de controle.

V – REQUERIMENTOS FINAIS.



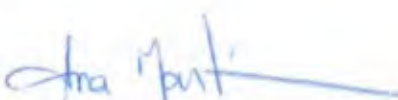
Por todo o exposto, requer seja conhecido e provido o presente recurso, reformando-se o julgamento habilitatório da Concorrência Pública 23.23.03/CP, de modo a declarar habilitada a Scave Serviços de Engenharia e Locação Ltda.

Caso assim não entenda, nos termos do mesmo art. 109, §4º, da Lei de Licitações, postula-se seja encaminhado à autoridade superior, dirigindo-se o presente recurso para o Exmo. Secretário de Infraestrutura do Município de Itapipoca/CE, a quem se requer a reforma da decisão recorrida, conforme fundamentação explicitada no presente recurso administrativo.

Caso a Secretaria de Infraestrutura do Município de Itapipoca não exerça a autotutela administrativa para sanear as irregularidades potencialmente lesivas à competitividade, a SCAVE reserva-se o direito de noticiar as irregularidades aos órgãos de controle, sem prejuízo de socorrer-se do Poder Judiciário para garantia do seu direito de participação na presente licitação.

Pede deferimento.

Recife, 19 de setembro de 2023.


SCAVE SERVIÇOS DE ENGENHARIA E LOCAÇÃO LTDA
ANA MARCELINA LIRA SIMÕES MARTINS
DIRETORA ADMINISTRATIVA