

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE
LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO BATISTA-SC**

Ref.: **CONCORRÊNCIA - EDITAL Nº 001/2019**
Processo Licitatório nº 002/PMSJB/2019

Objeto: **Construção de Ponte sobre o Rio Tijucas**
Fase: **Julgamento da Habilitação**

Assunto: **RECURO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO contra a Inabilitação**

TRILHA ENGENHARIA LTDA. - EPP, empresa participante do processo licitatório em epígrafe, inconformada com a decisão proferida na Fase de *Habilitação*, vem, por seu advogado signatário (*instrumento de mandato anexo*), respeitosa e tempestivamente perante Vossa Senhoria, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO

com fundamento no *art. 109, inciso I, alínea "a"* da *Lei nº 8.666/93*, e nos termos do *item 9.6* do Edital, contra a decisão ilegal e injusta que concluiu pela **INABILITAÇÃO** da Recorrente à fase seguinte do certame, pelas razões e fundamentos de direito a seguir aduzidos.



1- DOS FATOS

O Município de São João Batista-SC tornou pública a presente licitação, na modalidade de **CONCORRÊNCIA - Edital Nº 001/2019** (Processo Licitatório nº 002/PMSJB/2019), datado de 13/02/2019, a fim de selecionar propostas para a **Construção e Iluminação da Ponte sobre o Rio Tijucas**, visando à ligação entre os bairros *Cardoso e Ribanceira do Sul*.

No julgamento da Habilitação - Ata nº 16/2019 datada de 21/03/2019 - a Comissão decidiu por **INABILITAR** a Recorrente, pelo seguinte motivo, *verbis*:

A EMPRESA TRILHA ENGENHARIA FOI CONSIDERADA INABILITADA POR NÃO DEMONSTRAR CAPACITAÇÃO TÉCNICA PARA FABRICAÇÃO, CARGA, TRANSPORTE, IÇAMENTO E LANÇAMENTOS DE VIGAS PRÉ-MOLDADAS PROTENDIDAS DE 80TON, CONFORME EXIGIDO NO ITEM 13.1.4, ALÍNEA "B", DO EDITAL, SENDO RESSALVADO AINDA QUE ALGUNS DOS ATESTADOS TÉCNICOS REQUERIDOS ESTÃO EM NOME DE TERCEIROS.

Pretende-se, com o presente RECURSO ADMINISTRATIVO, buscar a **REFORMA da decisão** habilitatória proferida, no sentido de HABILITAR a Recorrente e, em consequência, declará-la APTA à fase seguinte do certame, pois afinal **atendeu a todas as exigências editalícias à luz da Lei de Licitações e da legislação pertinente.**

Após a readequação das exigências editalícias nos termos da Lei e atenta reanálise das certidões apresentadas, verificar-se-á que a decisão prolatada em desfavor da Recorrente NÃO merece prosperar, como será visto na sequência.

2- PRELIMINARMENTE - DO EFEITO SUSPENSIVO AO PRESENTE RECURSO

A Recorrente requer desde já que seja atribuído, ao presente Recurso, o **efeito suspensivo AUTOMÁTICO** do item 25.3 do Edital e nos termos do §2º do art. 109 do *Estatuto Federal Licitatório*, sobrestando o certame até ulterior decisão final.

3- PRELIMINARMENTE - DA COMPETÊNCIA DO TCU PARA CONTROLAR A LEGALIDADE DOS CONTRATOS NA FISCALIZAÇÃO DOS RECURSOS FEDERAIS

Na presente Licitação, a origem dos recursos é **FEDERAL**, porquanto provenientes da **Caixa Econômica Federal**, “através do Contrato de Financiamento CT 2625.0517.949-12/2018/CAIXA - Programa FINISA” (item 6.1 do Edital).

Em corolário, o procedimento licitatório se submete inexoravelmente à **fiscalização e ao controle da legalidade** pelo **TCU - Tribunal de Contas da União**, ao qual, no interesse do presente certame, compete¹:

- **Fiscalizar a aplicação de recursos** da União repassados a [...] **municípios**. Em casos de denúncias ou de indícios de irregularidades, são feitas auditorias ou inspeções (art. 71, VI, *Constituição Federal*);
- **Aplicar sanções e determinar a correção de ilegalidades e irregularidades** em atos e contratos (art. 71, VII-XI, CF c/c art. 202 do *Regimento Interno do TCU* c/c *Lei nº 8.443/1992* c/c *Lei Complementar nº 64/1990*); e

¹ Fonte: <<https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/>>, acesso em 25/03/2019.



- **Apurar denúncias** apresentadas por qualquer cidadão [...] sobre **irregularidades ou ilegalidades na aplicação de recursos federais** (art. 74, §2º, CF c/c arts. 234-236 do Regimento Interno do TCU c/c art. 53, §3º da Lei nº 8.443/1992 c/c Lei Complementar nº 64/1990).

Diante de tal sujeição obrigatória perante o **TCU**, na eventualidade de subsistirem **ilegalidades** como as que ensejaram a inabilitação ora combatida, a Recorrente se reserva o direito de submeter o processo licitatório à análise do **TCU**, sem prejuízo de tratar de outras ilegalidades presentes no Edital.

4- PRELIMINARMENTE – DAS ILEGALIDADES NO EDITAL E NO PROCEDIMENTO – NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO LEGAL DAS EXIGÊNCIAS

É consabido que a realização de qualquer procedimento licitatório objetiva buscar a proposta mais vantajosa, sendo uma obrigação legal da Administração estimular a **competitividade** e oferecer **iguais condições** a todos que queiram contratar com o Poder Público.

O dever de licitar se submete à *Constituição Federal*, bem como aos princípios, mormente aos da **LEGALIDADE, impessoalidade e competitividade**, que regem e condicionam todos os passos da Administração até a contratação, sob as normas gerais da *Lei Federal nº 8.666/1993 (LLC)* e em obediência rigorosa às decisões emanadas pela jurisprudência dos Tribunais e das Cortes de Contas, especialmente às orientações normativas do **TCU**.

Nessa esteira, a observância do **devido processo legal** tem o intuito de assegurar o cumprimento das normas emanadas pelo Estado, pois o administrador público não pode querer fazer prevalecer sua vontade pessoal. Muito pelo contrário, **sua atuação tem que se cingir ao que a Lei impõe** e ao que sinaliza a jurisprudência dos Tribunais.

Assim, **haverá violação aos direitos fundamentais** quando uma decisão não respeita a estrutura do devido processo legal, sendo que tais vícios e ilegalidades afetam os pressupostos de validade e eficácia do ato decisório, razão pela qual torna-se premente o saneamento do processo licitatório.

4.1- Da ILEGALIDADE no procedimento – Ausência de MOTIVAÇÃO do ato decisório que julgou pela inabilitação da Recorrente

O julgamento da habilitação foi proferido em 21/03/2019, conforme registrado na “**Ata nº 16/2019 (Sequência: 2)**”, na qual está escrito que a Comissão tomou a decisão “**APÓS CONSULTA A ESPECIALISTAS NAS ÁREAS CONTÁBIL, DE ENGENHARIA CIVIL E JURÍDICA**” (fl. 1/2019-CC) [destaques nossos].

Analisando a Ata, não aparecem os nomes nem tampouco as assinaturas dos *especialistas* das indigitadas áreas, informação que não deveria faltar uma vez que fizeram parte do **julgamento técnico** da habilitação provavelmente de forma decisiva.

Não obstante o equívoco da exigência de viga com peso superestimado, como será adiante tratado em detalhes, é evidente que a Recorrente possui capacidade técnica suficiente para construir a obra. Portanto, a Comissão, ilegalmente e sem maiores explicações, concluiu pela sua inabilitação, alegando “**NÃO DEMONSTRAR CAPACITAÇÃO TÉCNICA PARA FABRICAÇÃO, CARGA, TRANSPORTE, IÇAMENTO E LANÇAMENTOS DE VIGAS PRÉ-MOLDADAS PROTENDIDAS DE 80TON, CONFORME EXIGIDO NO ITEM 13.1.4, ALÍNEA ‘B’**” [destaques nossos].

Ora, se foram consultados *ESPECIALISTAS* nas áreas competentes, deveriam ter sido apresentados os respectivos PARECERES, em obediência ao *art. 50, inciso I da Lei nº 9.784/1999*, pois quando uma decisão administrativa gera **restrição de direitos** – **como é a inabilitação da Recorrente** – torna-se obrigatório atender ao **princípio da**

motivação, segundo o qual **a Administração deve justificar seus atos**, de forma explícita, clara e congruente como manda a Lei.

No que tange à **análise técnica** das certidões apresentadas, como houve atuação de servidor público na função de profissional da engenharia civil, este não poderia negar-se de cumprir os deveres do ofício, de emitir *PARECER TÉCNICO* fundamentado, em respeito ao **Código de Ética** (art. 10, I, "a" da *Resolução nº 1.002/2002* do CONFEA), pois enquanto investido na condição de servidor público, a regra da **MOTIVAÇÃO** é uma imposição legal.

Nessa perspectiva, o profissional de engenharia da Município tem o dever de ofício de se manifestar, opinando tanto pela incorreta exigência de vigas com peso de **80 ton** (peso quase que o dobro da viga que será construída), bem como da verificação minuciosa do atendimento, pelo Recorrente, das exigências técnicas, obrigando-se a justificar a conclusão que chegar.

Ora, no âmbito do procedimento, a **ausência de MOTIVAÇÃO** do ato decisório exarado pela Comissão, que inabilitou a Recorrente **SEM apontar detalhada e especificamente quais foram as deficiências verificadas**, apoiada que foi na análise de ESPECIALISTAS da área, incorre em flagrante inobservância do *art. 50, I*, da *Lei nº 9.784/1999*, a prejudicar e a frustrar o exercício do contraditório recursal.

Ademais disso, se a atuação do(s) ESPECIALISTA(S) eventualmente se deu de forma oral, as razões apontadas por ele(s) deveriam ter sido registradas em ata, conforme prevê expressamente no § 3º do *art. 50*, da *Lei nº 9.784/1999*.

Diante de todo o exposto, **faltando-lhe o pressuposto da MOTIVAÇÃO (FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES)**, tanto na conclusão da Comissão quanto na dos especialistas, é certo que o ato que decidiu pela INABILITAÇÃO da Recorrente **padece do insanável vício de NULIDADE**, por desrespeito ao *art. 50*, inciso I, c/c §§s. 1º e 3º da Lei

nº 9.784/1999, **razão pela qual se requer a anulação do ato e do procedimento ilegal**, ensejando, como consequência, nova apreciação, a qual o especialista engenheiro deve inclusive justificar a razão de exigência de viga de **80 ton** (porte de viga bastante superior à licitada), bem como também explicar pontualmente onde a Recorrente inatendeu as condições editalícias.

4.2- Da ILEGALIDADE de exigência de quantitativos de serviços de relevância técnica em valor acima de 50% do licitado para fins de qualificação técnico-OPERACIONAL (item 13.1.4."b" do Edital)

À luz do interesse público, não há dúvida que o Município de São João Batista pretende contratar a obra licitada pelo menor preço, o que só será possível com a presença do maior número de proponentes habilitadas, mediante atendimento de exigências justas, legais e não abusivas.

É plausível e esperado que o Município, nos Editais de licitações de obras e serviços de engenharia, estabeleça exigências compatíveis com a planilha de orçamento, lançando quantitativos compatíveis com os limites legais e jurisprudenciais, visando buscar o menor preço possível, sem prejuízo da garantia de contratar uma empresa com a expertise necessária, de modo a mitigar o risco de eventual inexecução.

Nesse diapasão, exsurge a situação em que há interesses contrapostos entre o particular e a Administração, tornando-se um desafio ao Poder Público atrair licitantes qualificados que ofertem preços mais baixos, que executem a obra com qualidade e no prazo estipulado no cronograma.

Com efeito, na busca desta sintonia em licitações públicas do tipo **menor preço**, o legislador impôs à discricionariedade do gestor público na escolha de critérios de habilitação relativos à qualificação técnica, mormente a **operacional**, destacando-se critérios e limites preconizados pelo *Tribunal de Contas da União (TCU)*, que aliás é o órgão fiscalizador dos recursos federais da presente licitação.



O art. 37, inciso XXI da *Constituição Federal*, estabelece que nas licitações somente poderão ser exigidas qualificações técnicas **indispensáveis** ao cumprimento das obrigações, de modo que qualquer exigência que venha a restringir a competitividade, além de pertinente ao objeto e plenamente justificada, deve estrita obediência à Lei, em respeito ao **princípio da legalidade**.

Não por nada está expresso na Lei que é vedado aos agentes públicos a prática de atos que possam frustrar ou restringir o caráter competitivo do certame (art. 3º, §1º, I, da *Lei de Licitações*), sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal (art. 82 c/c art. 88, II c/c art. 90).

De certa forma, as exigências de qualificação técnica servem tão somente para constituir uma garantia mínima suficiente para que o futuro contratado possa cumprir com suas obrigações contratuais, não podendo ser rigorosas a ponto de afastar potenciais candidatos a uma oferta de preço vantajosa à Administração.

Sobre os requisitos de comprovação de capacidade técnica-**operacional**, a jurisprudência do **TCU**² vem se pronunciando pela **ilegalidade** de exigências severas, preconizando um norteador numérico limitador, de que a experiência anterior não deve ultrapassar 50% do objeto, vejamos o enunciado:

Para fins de comprovação da qualificação técnico-**operacional** dos licitantes, **não cabe exigir atestados com quantitativos mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens da obra** ou do serviço licitado, **limitada** a comprovação aos **itens de maior relevância técnica e valor significativo** do objeto a ser contratado.

(Destques ausentes no original)

Inspirado no *TCU*, o *DNIT*³ editou a **Portaria nº 108/2008**, cujo art. 1º

² Acórdão *TCU* nº 1.851/2015-Plenário, Rel. Benjamin Zymler, sessão de 29/07/2015.

³ *DNIT* = Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes.



determina que “a exigência de Capacitação Técnica se restrinja aos itens de maior relevância técnica e financeira contidos no objeto a ser licitado em número máximo de 8 (oito) e **não superior a 50%** (cinquenta por cento) **das quantidades licitadas para o serviço específico**”. Não por acaso, o TCU⁴ mantém a seguinte recomendação a todo órgão licitante, de que:

abstenha-se de estabelecer, em futuros editais de licitação, como requisito de qualificação técnico-operacional, **percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra** ou serviço [...]

(Destaques ausentes no original)

Analisando o Edital desta licitação e fazendo a soma dos quantitativos para cada item de relevância técnica, vê-se que o Município de São João Batista, de uma certa forma, tentou respeitar o limite do TCU nas exigências editalícias de capacidade técnico-operacional, tanto que alguns itens obedecem rigorosamente ao limite de 50% em relação ao que será executado.

Porém, há outros itens de exigência de habilitação técnico-operacional em que as quantidades mínimas exigidas pelo Edital são manifestamente ILEGAIS, razão pela qual **requer-se que tais exigências sejam de pronto readequadas aos critérios e limites do TCU (no máximo 50% do que será realizado) enquadrando-se na legalidade**, sendo que os cálculos serão adiante tratados em específico, na análise **DO MÉRITO**.

4.3- Da ILEGALIDADE do quadro de exigências do item 13.1.4."c" do Edital - Da vedação de quantidades mínimas de serviços para fins de qualificação técnico-PROFISSIONAL

O item 13.1.4."c" do Edital, que trata da comprovação da capacidade técnico-**PROFISSIONAL**, apresenta um quadro que indica a exigência de comprovação de “quantidades mínimas” de serviços, o que é peremptoriamente **ILEGAL** perante a Lei de Licitações, como exigência de qualificação PROFISSIONAL.

⁴ Acórdãos TCU nºs 1.432/2010, 717/2010, 2.147/2009, 2.215/2008, 608/2008, 2.656/2007, 2.088/2004 e 1.284/2003, todos do Plenário.

Ora, a regra legal insculpida na *Lei de Licitações* **VEDA explicitamente** a exigência de quantitativos mínimos para fins de qualificação técnico-**profissional**, consoante a *parte final* do art. 30, §1º, inciso I, *verbis*:

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

a:

[...]

I - **capacitação técnico-profissional**: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior [...] 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]

(destaques ausentes no original)

Vale lembrar que a **qualificação técnica** de uma proponente decorre da conjugação de esforços: experiência **empresarial** (capacitação técnico-**operacional**) e acervo técnico dos **profissionais** envolvidos (capacitação técnico-**profissional**), cada uma segue regras distintas perante a Lei de Licitações.

Ora, a avaliação da qualificação técnico-**OPERACIONAL** das proponentes já faz parte do **item 13.1.4."b"** do Edital, cuja exigência de quantidades mínimas de serviços, sob o limite de 50% da quantidade licitada, é legalmente permitida.

No entanto, ensina a doutrina que "*as restrições lançadas na parte final do inciso I do § 1º referem-se à experiência passada dos profissionais, pessoas físicas, e não, da empresa, pessoa jurídica*"⁵, razão pela qual **a exigência de quantitativos mínimos para aquilatar a qualificação PROFISSIONAL é expressamente vedada.**

⁵ Jessé Torres Pereira Junior, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 2009, p. 392.



Especificamente sobre esse tema, a jurisprudência do **TCU**, em consonância com a Lei, pacificou-se “**pela ilegalidade da exigência de quantitativos no tocante aos atestados de capacidade técnica PROFISSIONAL**”⁶.

De qualquer forma, essas exigências não restringiram a capacidade técnico-**profissional** da Recorrente, porquanto está comprovado que seu Responsável Técnico – Engº *Fabricio Fernandes de Almeida* – detém **vasta experiência** em Obras de Arte Especiais, como se vê das certidões apresentadas, especialmente aquela emitida pelo **Exército Brasileiro** (OAEs na Rodovia BR-101/PE), onde o Engº Fabricio está relacionado como *Engenheiro Responsável Técnico* pelas obras (*item IV, folha 2*), a demonstrar que este atestado não está “*em nome de terceiros*” – como diz pejorativamente a Comissão na ressalva do ato inabilitatório – mas para provar a enorme capacidade técnico-profissional da Recorrente.

Ainda que a Recorrente tenha atendido (e com folga) ao **item 13.1.4.ºc** do Edital, não se pode deixar de ressaltar que o QUADRO que estipula exigência de comprovação de “*quantidades mínimas*” é completamente **ILEGAL** e **é prática VEDADA** como requisito de **qualificação técnico-PROFISSIONAL** (*art. 30, §1º, inciso I da LLC*).

4.4- Da ILEGALIDADE da vedação ao somatório de atestados para fins de qualificação técnica

A exigência de apresentação de atestados, para fins de qualificação técnica em licitação, prevista no *art. 30, § 1º da Lei nº 8.666/93*, tem por finalidade aquilatar se a proponente possui condições técnicas – necessárias e suficientes – para cumprir o objeto contratual de forma satisfatória, na hipótese de sagrar-se vencedora do certame.

⁶ Joel de Menezes Niebuhr, *Licitação Pública e Contrato Administrativo*, 2013, p. 402.



Como se sabe, o rigor exacerbado na fixação das exigências do Edital, restringe e inviabiliza a competitividade do certame, na medida em que limita o universo de licitantes aptos a cumpri-las.

No intuito de privilegiar o *princípio da competitividade*, no entender jurisprudencial do TCU e do STJ, a regra é aceitar o somatório de atestados para fins de qualificação técnica, facultando ao interessado que não lograria êxito por meio de um único atestado, que obtenha-o conjugando experiências conquistadas ao longo de seu crescimento empresarial.

Nesse sentido, é entendimento pacífico no **Tribunal de Contas da União (TCU)**, independentemente de previsão editalícia, que “*a comprovação de capacidade técnica seja feita mediante o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único, em observância ao disposto no art. 30, §§ 1º, 3º e 5º, da Lei 8.666/1993*”⁷.

Tendo em vista a jurisprudência consolidada, os Ministros do TCU têm orientado os órgãos licitadores que incluam no edital, dispositivo que **permita expressamente o somatório de atestados** para fins de comprovação da qualificação técnica e se abstenha de incluir exigências restritivas à competitividade. Em suma, o TCU orienta que a Administração deve:

É indevida a proibição de somatório de atestados, para efeito de **comprovação de qualificação técnico-operacional**, quando a aptidão da licitante **puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado**.⁸

(Destaques inexistentes no original)

⁷ TCU, Acórdãos: 1.983/2014-Plenário; 1.231/2012-Plenário (Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues) e 1.890/2006-Plenário.

⁸ TCU, Acórdão 1865/2012-Plenário (Rel. Min. Marcos Bemquerer, sessão de 18/07/2012).



Em corolário, exceto para casos excepcionais e amplamente justificados, **é vedada no Edital a PROIBIÇÃO do somatório de atestados para a comprovação de experiência anterior das proponentes**, sempre no intuito de **ampliar a competitividade do certame**.

De qualquer forma, a redação sobre somatório de atestados no Edital desta licitação, apesar de dúbia, somente veda o somatório para TODOS os itens, e está claro que no julgamento da habilitação a Comissão levou isso em consideração, como será demonstrado a seguir.

O item 13.1.4 (alíneas "b" e "c"), do Edital estabelece que a proponente "**deverá apresentar 01 (um) ou mais atestados**", demonstrando a capacitação técnica para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características semelhantes dom o objeto da licitação. Logo após o quadro onde estão elencados os serviços e as quantidades mínimas exigidas, foi incluída a seguinte observação:

OBS. Não será permitido o somatório de atestados para todos os itens.

Ao mesmo tempo em que o Edital permite que se apresente 1 ou mais atestados, seria de se esperar que aceitasse expressamente o somatório de atestados para TODAS as circunstâncias, atendendo à determinação jurisprudencial sobre o assunto.

Ainda que a regra editalícia careça de uma redação mais precisa, invertendo a ordem da observação em destaque, subentende-se que para todos os itens não será permitido o somatório de atestados, sendo que se pode concluir então que **PARA ALGUNS ITENS, o somatório não está vedado**; ou seja, para TODOS, estaria proibida a cumulação, mas individualmente está permitida.



Tal raciocínio faz todo sentido, pois afinal a Comissão julgou a habilitação de qualificação técnica adotando a aceitação do somatório de atestados, conforme a orientação jurisprudencial, estando a situação legal neste ponto.

De qualquer forma, é evidente que se deve seguir a regra preconizada pelo **TCU**, no sentido de **permitir o somatório PARA TODO E QUALQUER ITEM**, afastando irregularidades e ilegalidades perante o Tribunal de Contas. Afinal, a capacitação para a execução dos serviços licitados é mormente conquistada pela execução reiterada e sucessiva de objetos de menor dimensão, de forma que não há porque se vedar a possibilidade do somatório de atestados.

Diante do exposto, reputa-se correta a atitude adotada pela Comissão, no julgamento da habilitação, de acatar a regra que permite o somatório de atestados, em obediência e respeito às determinações jurisprudenciais e orientativos do Egrégio **TCU**, cumprindo a legalidade e ampliando a competitividade do certame.

4.5- Da presença de outras ILEGALIDADES no Edital

O Poder Público deve estrita obediência à Lei, razão pela qual o Edital tem que estar **livre de ilegalidades**, para evitar que eventuais máculas existentes tornem o processo licitatório vulnerável perante o órgão fiscalizador da aplicação dos recursos federais, no caso o *Tribunal de Contas da União (TCU)*, o *Ministério Público* e o *Poder Judiciário*.

Além das ilegalidades já apontadas linhas atrás, atinentes aos requisitos de habilitação, a Recorrente apresenta uma série de outros vícios, irregularidades e ilegalidades que eivam o instrumento convocatório passível de anulação, vão resumidamente apresentados no quadro abaixo:



Item	Exigência viciada	Comentários
- 20.3.2 - 4.4.1 e 4.4.2 (minuta)	A base de cálculo do ISS é o preço integral do serviço prestado, não podendo subtrair materiais	Viola: art. 9º, §2º, alíneas "a" e "b" do Decreto-Lei nº 406/1968; art. 7º, §2º, inciso I da Lei Complementar nº 116/2003; é considerado confisco; viola jurisprudência do STJ e STF
- 20.6.a) - 4.7 (minuta)	O Termo de Recebimento Definitivo (TRD) será exigido na última fatura como condição de pagamento	O TRD só é emitido 90 dias após o TR Provisório (item 20.6), que só é emitido na conclusão da obra - TRD não pode ser condição de pagamento
- 20.6.c), d) - 4.7 (minuta)	O CND e encargos trabalhistas serão exigidos na última fatura como condição de pagamento	Na medição final, ainda não haverá condições de se obter a CND, nem os encargos trabalhistas estarão quitados, de modo que não podem ser condição de pagamento
- 21 - 5.2 (minuta)	Para o Reajuste, serão utilizados os índices de Terraplenagem, Obras Complementares, Drenagem e Conservação	Em Obras de Arte Especiais o índice a ser utilizado é o de OAEs (mesma natureza do objeto)
- 5.1 (minuta)	Os preços serão fixos e irrevogáveis, pelo período de 12 meses	Faltou informar que os 12 meses serão contados a partir do mês do orçamento do Edital (07/09/2018), conforme o I _o
- 8.1 (minuta)	Exige recolhimento de importância de 5% do valor do contrato	Deveria ter a ressalva de que pode ser feito em dinheiro, seguro garantia ou fiança bancária (item 8.2 deveria ter sido um subitem)
- 8.4 (minuta)	Em caso de rescisão e/ou interrupção dos trabalhos, não será devolvida a garantia contratual exceto se decorra do Município	Legalmente, há outras hipóteses, por exemplo rescisão amigável, onde não poderá se perpetuar a retenção
- 8.5 (minuta)	A garantia só será levantada 90 dias após TRD (que já leva 90 dias); e não será devolvida se a rescisão for por inadimplência da contratada	Não há amparo legal para essa exigência procrastinatória; há choque com o art. 56, §4º da Lei de Licitações
- 10.2.f) (minuta)	Compete ao Fiscal do Município aplicar as penalidades cabíveis por infrações contratuais	O Fiscal não tem competência para aplicar penalidades. Deve ser precedido de processo administrativo e a decisão e a aplicação de sanções será da autoridade competente
- 11.5 (minuta)	O Município poderá exigir o afastamento de qualquer empregado [...] sem que fique obrigada a declarar os motivos desta decisão	Tal conduta viola o sagrado exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa
- 14.1.4 (minuta)	A contratada deverá manter na obra um profissional de nível superior, da área de engenharia, em tempo integral	O Município somente poderia fazer essa exigência se incluísse a contrapartida no orçamento da licitação
- 14.1.17 (minuta)	A contratada deverá conservar o trecho sob sua responsabilidade até seu recebimento definitivo	Esta obra é de ponte e não de terraplenagem e pavimentação
- 17.5 (minuta)	O Município poderá ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços visando acautelar apuração de faltas contratuais da contratada	Isso representa confisco, vedado pelo ordenamento jurídico pátrio

- 19.2 (minuta)	A contratada deverá apresentar TRP e TRD na conclusão da obra	A partir da conclusão da obra é que correrão os prazos para emissão de TRP e TRD, portanto a condição é inviável e choca com o item 20.1
- 20.1 (minuta)	Concluída a obra, será emitido TRP e apresentação de quitação do CND, CRS e quitação de ISS	Na conclusão da obra, ainda não haverá condições de se obter quitação da CND, CRS ou ISS

É importante que haja uma flexibilização das exigências durante toda a contratualidade, sob pena de anulação dos atos que se constituírem ilegalmente.

5- PRELIMINARMENTE - DA DESNECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL - AS ILEGALIDADES DO EDITAL NÃO SE CONVALIDAM COM O SILÊNCIO DO PARTICULAR

A impugnação ao edital é uma faculdade do cidadão, visando afastar a irregularidade na aplicação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (*art. 41, §1º, Lei 8.666/1993*).

O próprio Edital, no seu *item 9.1*, estabelece que a impugnação do instrumento convocatório, pelo cidadão ou licitante interessado, "PODE" (e não "DEVE") ser feita conforme previsto.

A Administração Pública, em regra, não pode descumprir as normas e condições editalícias (*art. 41, caput, Lei 8.666/93*). Contudo, entende a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que:

rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a **existência de vários interessados é benéfica**, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (*Lei 8.666/1993, art. 3º*).⁹

(Destques ausentes no texto original)

⁹ STJ, REsp 797.170/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgam. 17.10.2006, public. DJ. 07.11.2006.

Consequentemente, “as normas disciplinadoras da licitação devem sempre ser interpretadas **em favor da ampliação da disputa** entre os interessados”¹⁰.

Verifica-se, no presente processo licitatório, que houve impugnações do Edital, mas o Município não acolheu nem ao menos reconheceu a presença de vício ou ilegalidade, por mais que tenha havido eiva.

No caso da Recorrente, optou por não impugnar o edital pela negativa da outra parte e porque tinha certeza de sua qualificação e jamais poderia esperar que os vícios de ilegalidade presentes no edital pudessem lhe alcançar, o que não pode agora lhe prejudicar, pois afinal “a indisponibilidade dos interesses fundamentais perseguidos pelo Estado não é afetável pela ação ou omissão dos particulares”¹¹.

Uma ilegalidade será sempre uma ilegalidade, e a Administração ficará inexoravelmente vulnerável às suas consequências, pois a ilegalidade jamais se convalida.

Com efeito, é insofismável que “a **ausência de questionamento ou de impugnação não elimina a nulidade**. A Administração **tem o dever de pronunciá-la**, até mesmo de ofício, tão logo tenha conhecimento de sua existência, conforme lição unânime e pacífica da doutrina e da jurisprudência”¹². É exatamente esse o tema da Súmula nº 473 do **STF**, *verbis*:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

¹⁰ TCU, Acórdão 366/2007, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

¹¹ Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, 2011, p. 771.

¹² Idem.



Portanto, "**os atos viciados não se transformam em atos válidos pelo silêncio do particular**. Logo, mesmo não se caracterizando um procedimento recursal formal, a Administração poderá (deverá) pronunciar a existência do vício, promovendo a invalidação"¹³. Afinal, "**a omissão da impugnação prevista no art. 41 não retira o interesse de agir em face do judiciário**"¹⁴.

Ademais disso, independentemente de impugnação prévia ao Edital ou de impugnação seguida do não reconhecimento das ilegalidades ou vícios, é certo que qualquer irregularidade deve ser extirpada pela Administração, a qualquer tempo, visando ao interesse público, à ampliação da competitividade e à busca do **MENOR PREÇO**, sem olvidar que o dever da Administração é de SEMPRE agir vinculada à Lei.

6- PRELIMINARMENTE - DO DIREITO À CONCESSÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO À RECORRENTE - EMPRESA DE PEQUENO PORTE

A Recorrente apresentou, na licitação, a documentação que comprova que é **EMPRESA DE PEQUENO PORTE (EPP)**, condição que lhe confere o direito de **receber "tratamento jurídico mais favorável nos domínios dos processos licitatórios"**¹⁵, nos termos da *Lei Complementar nº 123/2006* e da *Lei de Licitações* (§14, do art. 3º e art. 5º-A), dispositivos legais inspirados na *Constituição Federal* (arts. 170, IX e 179).

Tal proteção legal tem o condão de "*estimular a micro e pequena atividade empresarial, fomentando o investimento e, com isso, incrementando o assentamento de mão de obra predominantemente de caráter local e regional*"¹⁶, como reconhecimento de sua relevância no setor econômico pátrio.

¹³ Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, 2011, p. 772.

¹⁴ STJ, REsp 512.179/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, julgam. 17.10.2006, public. DJ. 07.11.2006.

¹⁵ Marcio Pestana, Licitações Públicas no Brasil, 2013, p. 226.

¹⁶ Idem.



Veja que o Município até poderia ter estabelecido, no Edital, preferência especial de contratação parcial de **ME** ou de **EPP** sediada no local ou regionalmente – como é o caso da Recorrente – conforme preceitua o §3º do art. 48 da *Lei Complementar nº 123/2006*, inovação exurgida em 2014 pela *Lei Complementar nº 147/2014*.

Essas prerrogativas, oriundas do mandamento constitucional, visam "**estimular o empreendedorismo** na criação de oportunidades de trabalho de que carece numeroso contingente de brasileiros, para os quais a empresa tradicional e o Estado não parecem reunir condições para empregar e garantir meios de desenvolvimento pessoal e coletivo"¹⁷.

Nessa perspectiva, torna-se importante ressaltar que a *Lei Federal nº 8.666/1993* (arts. 3º, §14 e 5º-A), contempla expressamente uma série de prerrogativas concedidas às *MEs/EPPs*, tais como a "**possibilidade de corrigir defeitos na documentação fiscal e o direito de preferência para contratar, sob condições determinadas [...] simplificação de procedimentos e exigências**"¹⁸.

Nessa condição, por respaldo legal, a Recorrente **não pode ficar submetida a rigorismos exagerados**, ou seja, ser inabilitada da forma como foi, por motivo, na verdade inexistente (viga de **80 ton**), pois, como dito, é entidade protegida constitucional e infraconstitucionalmente.

Assim, ao inabilitar indevidamente **a única EPP do certame**, a Comissão de Licitação está deixando de contribuir para a sobrevivência e crescimento da Recorrente, além de se afastar dos preceitos constitucionais e legais que deveria observar.

¹⁷ Jessé Torres Pereira Junior, *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*, 2009, p. 43.

¹⁸ *Idem*, p. 43-44.



Não se pode olvidar que esses privilégios justamente foram criados pelo legislador para evitar que empresas maiores, na ânsia de fazer reserva de mercado, participem de forma predatória em obras que as pequenas empresas também podem realizar, concedendo-as tratamento favorecido com o intuito de garantir sua sobrevivência e seu desenvolvimento para o bem da ordem econômica nacional, já que as empresas de maior porte devem focar nas obras maiores, permitindo o crescimento das pequenas nas obras que lhe forem compatíveis.

Sendo assim, diante da ilegalidade que adiante se verá demonstrada, conclui-se que a **inabilitação da Recorrente é um desserviço ao ordenamento jurídico pátrio e à sobrevivência das empresas menores**, sendo flagrante violação do interesse público, posto que a Recorrente, até por ter sede próxima, tem plenas condições de apresentar o *MENOR PREÇO GLOBAL*, critério decorrente da competitividade, não havendo nenhuma razão que justifique a manutenção de sua inabilitação no certame.

7- NO MÉRITO - DA NECESSIDADE DE CORREÇÃO (ESPECÍFICA) DAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL, ADEQUANDO-AS AO LIMITE DE 50% ORIENTADO PELO TCU, VISANDO AFASTAR A ILEGALIDADE DO EDITAL

Já foi dito parágrafos atrás, em preliminar, que algumas das exigências de quantidades mínimas, constantes do Edital, para fins de comprovação da qualificação técnico-*operacional* das proponentes, estão calculadas equivocadamente, ensejando uma violação perante as regras do *TCU* que veda, peremptoriamente, a exigência de itens de serviços em quantidade superior a 50% do que será realizado, dentre aqueles considerados de maior relevância técnica.



O quadro abaixo, especialmente as células destacadas, mostra as exigências que devem ser alteradas, vejamos:

CRITÉRIO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL (TCU): QUANTITATIVO MÁXIMO A EXIGIR NO EDITAL ≤ 50% DA QUANTIDADE ORÇADA						
ITEM	DESCRIÇÃO DO ITEM EXIGIDO (ITEM DO ORÇAMENTO)	UNIDADE	QUANTIDADE DA PLANILHA DE ORÇAMENTO DO EDITAL	QUANTIDADE EXIGIDA PELO EDITAL	PERCENTUAL EXIGIDO PELO EDITAL (%)	QUANTIDADE MÁXIMA ACEITA PELO TCU (CRITÉRIO DOS 50%)
1	Execução de ponte - área do tabuleiro	m ²	1.400,00	700,00	50,00%	700,00
2	Execução de ponte - extensão	m	100,00	50,00	50,00%	50,00
3	Escavação de tubulão a ar comprimido em mat. 1ª cat. e/ou 2ª cat. e/ou 3ª cat. (itens 1.1.1.1 e 1.1.1.3)	m ³	185,96	92,98	50,00%	92,98
4	Aço CA 50 (forn., dobra e colocação) (itens 1.1.2.2, 1.1.3.2, 1.1.4.2, 1.2.1.2, 1.2.3.2, 1.2.4.2, 1.2.5.2, 1.2.6.2, 1.2.7.2, 1.2.8.2, 1.3.1.2, 1.3.2.2, 1.3.3.2, 1.3.4.2, 1.3.5.2, 1.3.7.2, 1.4.4.2)	kg	137.217,85	80.909,98	58,96%	68.608,93
5	Aço CP 190 RB Φ 15,20mm (itens 1.3.1.3, 1.3.1.4, 1.3.1.5, 1.3.2.3, 1.3.2.4, 1.3.2.5)	kg	21.301,41	10.650,70	50,00%	10.650,70
6	Concreto fck ≥ 30MPa (itens 1.1.2.3, 1.1.3.3, 1.1.4.3, 1.2.1.3, 1.2.3.3, 1.2.4.3, 1.2.5.3, 1.2.6.3, 1.2.7.3, 1.2.8.3, 1.3.1.6, 1.3.2.6, 1.3.3.3, 1.3.4.3, 1.3.5.3, 1.3.7.3, 1.4.4.3)	m ³	1.272,05	605,52	47,60%	605,52
7	Fabricação, carga, transporte, içamento e lançamentos de vigas pré-moldadas protendidas de 40ton e 80ton (itens 1.3.1, 1.3.2) NA VERDADE 50% de 50,84ton = 25,42 ton	unid	15,00	7,00	46,67%	0,00
Alternativas (item 8 OU item 9) para substituir a exigência 7 acima sem violar a jurisprudência:						
8	Fabricação, carga, transporte, içamento e lançamentos de vigas pré-moldadas protendidas de 50% x 50,84ton = 25,42 ton (item 1.3.1.8)	ton	50,84	25,42	50,00%	25,42
OU						
9	Fabricação, carga, transporte, içamento e lançamentos de vigas pré-moldadas protendidas de 50% x 33,133m = 16,57 m (item 1.3.1)	m	33,13	16,57	50,00%	16,57

O item 4 do quadro acima refere-se ao serviço de armadura de **Aço CA-50**. Calculando-se o somatório do quantitativo dos itens a partir da planilha orçamentária do Edital, chega-se à quantidade total de **137.217,85 kg**. Aplicando o limite máximo de 50%, só poderia ser exigível a quantia de **68.608,93 kg** e não **80.909,98 kg** como apresenta o Edital, **quantitativo SUPERESTIMADO que deve ser corrigido para menor**, alertando que mesmo com a exigência original a Recorrente atende ao Edital.

No caso do item 6 do quadro – **Concreto $fck \geq 30 \text{ MPa}$** – considerando que a exigência é inferior ao limite de 50% que preconiza o **TCU**, não há problema de se manter a exigência de **605,52 m³**.

Relativamente ao item 7, contudo, **a exigência editalícia é completamente ILEGAL**, pois o Edital exige das proponentes que comprovem acervo específico de fabricação, transporte e lançamento de **vigas pré-moldadas** com peso de **80 ton**; porém **vigas desse porte NÃO EXISTEM** no projeto da obra ora em licitação (o peso máximo da viga que será lançada é de **50,84 ton**).

Basta uma olhada atenta à **planilha de orçamento** do próprio Edital (ou no projeto executivo) para verificar que serão fabricadas **10 vigas** de **33,13 m** com **peso** de **50,84 ton** (*item 1.3.1.8*) e **5 vigas** de **32,63 m** com **peso** de **50,24 ton** (*item 1.3.2.8*).

Com efeito, aplicando-se a regra do **TCU** (limite de 50%), o Edital **SOMENTE** está autorizado a exigir experiência em fabricação, transporte e lançamento de vigas com peso de **25,42 ton** (*50% de 50,84 ton*) ou então com comprimento de **16,57 m** (*50% de 33,63 m*), tal como indicado nos itens 8 e 9 do quadro supramencionado.

A bem da verdade, essa exigência (adicional) de peso de viga não se faz necessária, uma vez que o Município já está aquilatando a qualificação técnica da proponente nos itens 1 e 2 da tabela, quais sejam: **Construção de Ponte** com **50 m de extensão** **E** com **700 m² de área de tabuleiro** (50% da ponte licitada).

Não obstante exigir das proponentes que atendam **área mínima de tabuleiro CUMULADA com extensão mínima** – o que por si só já é uma redundância – não é recomendável exigir-se adicionalmente acervo em **vigas pré-moldadas**, sendo visivelmente um exagero que restringe demais a competitividade, o que se comprova pelo fato de **uma ÚNICA** proponente ter sido habilitada com essa **exigência superestimada**.

Agravando a situação, a absurda exigência de acervo anterior em vigas pré-moldadas de **80 ton** (que corresponderia aproximadamente a **vigas de 57 m** ao invés de **33 m**) – **viga de tamanho quase o dobro da que será lançada** – só pode ter sido um **equivoco** editalício que deve ser de pronto corrigido para evitar injustiças.

Importante assinalar, outrossim, que também é um equivoco aplicar os 50% sobre o número de vigas, como fez o Edital, sendo este um critério desarrazoado, que acaba por mascarar a aplicação legal da redução de 50%, que deve incidir sobre o peso ou no comprimento da viga.

Aplicando o critério indevidamente sobre a quantidade de vigas, como faz o Edital, nada mais é do que dissimular os 50% para 100%, na verdade dobrando a exigência legal ao invés de lançá-la à metade, prática que é vedada porque frustra a competitividade da licitação.

Com efeito, quem já lançou 1 viga pré-moldada de qualquer tamanho, automaticamente tem plena capacidade de lançar quantas mais forem necessárias, lembrando que em qualquer obra, não se lançou uma única viga, mas inúmeras, o que demonstra que aplicar a redução legal para o número de longarinas ao invés de reduzir seu peso ou tamanho é uma forma de restringir a competitividade, afastando a chance de se conseguir um preço mais vantajoso para a Administração, e para a Comunidade que é quem paga a conta.

Em corolário do exposto, ajustando as quantidades aos limites impostos pelo **TCU**, conclui-se que a última coluna do quadro mais acima mostra as quantidades mínimas que as proponentes deverão atender para fins de comprovação de capacidade técnico-**OPERACIONAL**.

Interessante apontar que a exigência do item 7 – fabricação, transporte e lançamento de vigas pré-moldadas – deve ser substituída por qualquer das alternativas incluídas no quadro – item 8 ou item 9 (peso no item 8 e tamanho no item 9, com redução legal dos 50% sobre o original), no intuito de afastar as exigências ilegais do Edital.

Nessa perspectiva, diante da nova configuração devidamente adequada para cumprir os preceitos legais vigentes, que aliás não deixa de garantir a capacitação da contratada, será logo adiante comprovado que a Recorrente possui capacidade técnica de sobra para ser guindada à próxima fase do certame e oportunizar sua proposta de preços ao Município.

Ante o exposto, a Recorrente **requer que as exigências de capacidade técnico-operacional do Edital sejam corrigidas**, pela **aplicação adequada do limite de 50% nas exigências** de quantidades mínimas para os serviços de maior relevância técnica, conforme **preconizado pelo TCU, ampliando a competitividade do certame**, o que é excelente para o Município, que receberá a obra com menor custo.

8- DO PLENO ATENDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS – DA INDUBITÁVEL HABILITAÇÃO DA RECORRENTE PARA PARTICIPAR DA PRÓXIMA FASE DO CERTAME

Nas considerações preliminares do presente RECURSO, a Recorrente apontou diversas ilegalidades do Edital e do procedimento que – se não sanados ou ao menos flexibilizados – podem acarretar a anulação de atos ou até decretar a nulidade da licitação, especialmente pelo órgão fiscalizador (**TCU**) dos recursos federais aplicados nesta obra.

Dentre elas, destacam-se basicamente ilegalidades atinentes à comprovação de qualificação técnico-PROFISSIONAL e OPERACIONAL, pela correção de exigências de quantidades mínimas no limite de 50% do licitado, atendendo a preceitos



orientativos do Egrégio **TCU**, em respeito à sua jurisprudência e às decisões judiciais concernentes.

É evidente que o Município tem todo o interesse de não incorrer em ilegalidades que possam inviabilizar todo o processo licitatório, pois afinal a obra é de suma importância para a Comunidade local, faz a ligação de bairros importantes e encurta distâncias, a impactar, quando pronta, positivamente na ordem econômica local.

Nessa perspectiva, restabelecer exigências editalícias em profunda consonância com a Lei e com as determinações jurisprudenciais, especialmente orientações sistemáticas do **TCU** não será nenhum sacrifício, pois além de ampliar a competitividade, reduzirá o custo da obra e diminuirá o risco de ações judiciais quanto menor o número de proponentes inabilitadas.

Com efeito, a exigência mais grave da licitação é o requisito equivocado de necessidade de se comprovar experiência em fabricação, transporte e lançamento **vigas pré-moldadas com peso absurdo de 80 ton**, mormente porque NÃO EXISTEM, nesta obra, vigas projetadas com esse peso, **bastando checar a planilha de orçamento e o projeto executivo para se certificar que a maior viga da obra pesa 50,8 ton** (e não **80 ton**).

Aliás, foi por causa desse equívoco do Edital que praticamente todas as empresas **foram julgadas inabilitadas em razão da superestimada exigência**, exceto uma única afortunada que eventualmente pode estar com o preço máximo permitido, o que seria um péssimo negócio para o Município.

Compulsando as certidões de capacidade técnica apresentadas pela Recorrente na documentação de habilitação, e fazendo os cálculos das quantidades de acervo nos serviços de maior relevância técnica, obtém-se o somatório da capacidade técnica da empresa TRILHA, ora Recorrente, resultando a tabela abaixo:



ITEM	DESCRIÇÃO DO ITEM EXIGIDO (ITEM DO ORÇAMENTO)	UNIDADE	QUANTIDADE DEMONSTRADA PELA EMPRESA TRILHA				SOMA
			ATESTADO AGESUL (RIO COXIM - CAMAPUÃ-MS)	ATESTADO EXÉRCITO (BR-101/PE: 2 VIADUTOS + 3 PONTES + 2 PASSARELAS)	ATESTADO PREF. RIO NEGRINHO/SC (PONTE S/ RIO PRETO)	ATESTADO TRENA (EXEC. 10% PONTE S/ RIO TAVARES - FLORIANÓPOLIS-SC)	
1	Execução de ponte - área do tabuleiro	m ²	300,00	4.848,48	440,36	327,73	5.916,57
2	Execução de ponte - extensão	m	50,00	545,76	43,60	27,54	666,90
3	Escavação de tubulão a ar comprimido em mat. 1ª cat. e/ou 2ª cat. e/ou 3ª cat. (itens 1.1.1.1 e 1.1.1.3)	m ³	73,68	353,41	53,20		480,29
4	Aço CA 50 (forn., dobra e colocação) (itens 1.1.2.2, 1.1.3.2, 1.1.4.2, 1.2.1.2, 1.2.3.2, 1.2.4.2, 1.2.5.2, 1.2.6.2, 1.2.7.2, 1.2.8.2, 1.3.1.2, 1.3.2.2, 1.3.3.2, 1.3.4.2, 1.3.5.2, 1.3.7.2, 1.4.4.2)	kg	36.013,99	423.621,32	19.992,50	25.509,02	505.136,83
5	Aço CP 190 RB Φ 15,20mm (itens 1.3.1.3, 1.3.1.4, 1.3.1.5, 1.3.2.3, 1.3.2.4, 1.3.2.5)	kg	4.060,80	66.521,46	5.140,80	4.584,20	80.307,26
6	Concreto fck ≥ 30MPa (itens 1.1.2.3, 1.1.3.3, 1.1.4.3, 1.2.1.3, 1.2.3.3, 1.2.4.3, 1.2.5.3, 1.2.6.3, 1.2.7.3, 1.2.8.3, 1.3.1.6, 1.3.2.6, 1.3.3.3, 1.3.4.3, 1.3.5.3, 1.3.7.3, 1.4.4.3)	m ³	257,63	1.419,00	218,27	194,40	2.089,30
7	Fabricação, carga, transporte, içamento e lançamentos de vigas pré-moldadas protendidas de 40ton e 80ton (itens 1.3.1, 1.3.2) NA VERDADE 50,84 ton, permitindo-se exigir 50% = 25,42 ton	unid	12,00	74,00	2,00	6,00	94,00
Alternativas (item 8 OU item 9) para substituir a exigência 7 acima sem violar a jurisprudência:							
8	Fabricação, carga, transporte, içamento e lançamentos de vigas pré-moldadas protendidas de 50% x 50,84ton = 25,42 ton (item 1.3.1.8)	ton	45,00	60,00	65,00	30,00	200,00
OU							
9	Fabricação, carga, transporte, içamento e lançamentos de vigas pré-moldadas protendidas de 50% x 33,133m = 16,57 m (item 1.3.1)	m	25,00	40,00	43,00	25,00	133,00

Vale registrar que no atestado emitido pela *Agesul* (Ponte sobre o Rio Coxim - Camapuã-MS), uma vez que não aparece na certidão, acrescentou-se 7.335,20 kg de Aço CA-50/60 referente à armadura dos tubulões, cujo total não encontra-se informado no item "02.01 - Fundação (Tubulões a Ar Comprimido)". De qualquer forma, essa quantidade de aço NÃO FAZ FALTA para atender às exigências de capacidade técnica neste item, mas vale registrar para mostrar que a Recorrente tem uma qualificação ainda maior que a presumida.

Corrigindo as quantidades mínimas exigíveis, pelo critério do *TCU* (no máximo 50% do quantitativo do serviço licitado), bem como comparando com as quantidades executadas pela Recorrente conforme as certidões de capacidade técnica apresentadas, chega-se ao quadro abaixo:

ITEM	DESCRIÇÃO DO ITEM EXIGIDO (ITEM DO ORÇAMENTO)	UNIDADE	QUANTIDADE DEMONSTRADA PELA EMPRESA TRILHA	QUANTIDADE MÁXIMA EXIGÍVEL NA LICITAÇÃO - CRITÉRIO DO TCU (50% DA QUANTIDADE A EXECUTAR)	PERCENTUAL DE ATENDIMENTO (%)
1	Execução de ponte - área do tabuleiro	m ²	5.916,57	700,00	745,22%
2	Execução de ponte - extensão	m	666,90	50,00	1233,80%
3	Escavação de tubulão a ar comprimido em mat. 1ª cat. e/ou 2ª cat. e/ou 3ª cat. (itens 1.1.1.1 e 1.1.1.3)	m ³	480,29	92,98	416,55%
4	Aço CA 50 (forn., dobra e colocação) (itens 1.1.2.2, 1.1.3.2, 1.1.4.2, 1.2.1.2, 1.2.3.2, 1.2.4.2, 1.2.5.2, 1.2.6.2, 1.2.7.2, 1.2.8.2, 1.3.1.2, 1.3.2.2, 1.3.3.2, 1.3.4.2, 1.3.5.2, 1.3.7.2, 1.4.4.2)	kg	505.136,83	68.608,93	636,26%
5	Aço CP 190 RB Φ 15,20mm (itens 1.3.1.3, 1.3.1.4, 1.3.1.5, 1.3.2.3, 1.3.2.4, 1.3.2.5)	kg	80.307,26	10.650,70	654,01%
6	Concreto fck ≥ 30MPa (itens 1.1.2.3, 1.1.3.3, 1.1.4.3, 1.2.1.3, 1.2.3.3, 1.2.4.3, 1.2.5.3, 1.2.6.3, 1.2.7.3, 1.2.8.3, 1.3.1.6, 1.3.2.6, 1.3.3.3, 1.3.4.3, 1.3.5.3, 1.3.7.3, 1.4.4.3)	m ³	2.089,30	605,52	245,04%
7	Fabricação, carga, transporte, içamento e lançamentos de vigas pré-moldadas protendidas de 40ton e 80ton (itens 1.3.1, 1.3.2) NA VERDADE 50,84 ton, permitindo-se exigir 50% = 25,42 ton	unid	94,00	7,00	1342,86%
Alternativas (item 8 OU item 9) para substituir a exigência 7 acima sem violar a jurisprudência:					
8	Fabricação, carga, transporte, içamento e lançamentos de vigas pré-moldadas protendidas de 50% x 50,84ton = 25,42 ton (item 1.3.1.8)	ton	200,00	25,42	686,78%
OU					
9	Fabricação, carga, transporte, içamento e lançamentos de vigas pré-moldadas protendidas de 50% x 33,133m = 16,57 m (item 1.3.1)	m	133,00	16,57	702,82%

Compulsando o quadro acima, vê-se com clareza que a Recorrente **extrapola em muito** tanto a "**CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL**" quanto a "**CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL**" dos **itens 13.1.4."b" e "c"** do Edital, não havendo dúvidas que a Recorrente deve ser considerada HABILITADA, porque tem qualificação técnica de sobra para realizar a obra licitada.

Relevante enfatizar que mesmo se fossem retirados os quantitativos da certidão emitida pelo **Exército Brasileiro**, a Recorrente, ainda assim, atenderia **COM FOLGA** a todos as exigências de capacidade técnica do Edital.

Nesse particular, vale ressaltar que esta certidão não é "*em nome de terceiros*", como alega a Comissão, mas justamente foi incluída na documentação para comprovar

que o Engº Responsável Técnico da Recorrente possui enorme experiência para fins de comprovação da qualificação técnico-profissional, o que se estende para a capacidade empresarial notadamente para garantir a **aptidão técnica** da Recorrente para a realização da obra licitada.

Aliás, o termo "*Aptidão*" – presente no *art. 30, inciso II da Lei 8.666/93* – para efeito de habilitação técnica, deve ser entendido como o somatório de qualidades que o profissional ou pessoa jurídica adquire com a reiteração dos trabalhos.

No decorrer do tempo, vai-se adquirindo experiência, domínio da técnica, tecnologia, habilidade, destreza, cautela, sensibilidade, senso de oportunidade, criatividade, enfim, vai-se agregando um somatório de qualidades que são enfeixadas na pessoa física ou jurídica, aumentando cada vez mais sua capacidade à assunção de novas obrigações, conquistando acervo técnico¹⁹.

A propósito, a *aptidão* se aprimora com a prática sucessiva do resultado empírico colhido ao longo do tempo, reunindo condições plenas e suficientes para aceitar o desafio de galgar cada vez mais objetos maiores àqueles que habitualmente realiza. As qualidades vão se incorporando à experiência e à tradição.

Não obstante a Recorrente ter demonstrado capacidade técnica suficiente para ser contratada pela Administração, com aptidão para construir a ponte para o Município, há que se destacar a vasta experiência do Responsável Técnico pela Recorrente – *Engenheiro Fabricio Fernandes de Almeida* – que possui ampla experiência na execução de pontes, viadutos, passarelas etc., sempre laborou nesse ramo de atividade desde que se tornou engenheiro, ou seja, está há bem **mais de vinte anos no mercado** de *Obras de Arte Especiais*.

¹⁹ Marcio Pestana, *Licitações Públicas no Brasil*, 2013, p. 646.



Como se pode ver, as certidões de capacidade técnica apresentadas atestam consistente tradição técnica, e somente na Certidão emitida pelo *Exército Brasileiro* mostra que o Responsável Técnico da Recorrente acompanhou praticamente **5.000 m²** dentre **pontes, viadutos e passarelas (7 OAEs)**, de variadas peculiaridades construtivas.

O acompanhamento na execução dessas obras, com presença de água, de alto tráfego, com fundações de todos os tipos, enfim, obras de arte especiais notadamente **complexas**, conferem **expertise e aptidão** à Recorrente, resultado de um acervo técnico conquistado pela conjugação de esforços anteriormente adquiridos, agregando "*know-how*" suficiente que inexoravelmente habilitam o "*saber-fazer*" da empresa, capacitando-a para encarar a execução desta ponte licitada ou de outras sem qualquer dificuldade.

Em face do exposto, **requer a correção do cálculo das exigências**, adequando-as à **legalidade perante os critérios do TCU quanto à aplicação do limite de 50% sobre as quantidades licitadas**, além de **acolher o quadro supraindicado** que demonstra, nos termos da Lei e orientações jurisprudenciais, que a Recorrente **atende e comprova com folga a qualificação técnico-PROFISSIONAL e qualificação técnico-OPERACIONAL exigidas nos itens 13.1.4."b" e "c" do Edital**, devendo, por isso, ser considerada HABILITADA à fase seguinte do certame: abertura de sua proposta de preço.

9- DO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO LICITATÓRIO DA COMPETITIVIDADE E BUSCA DO MENOR PREÇO

O *princípio da competitividade* tem como objetivo ampliar o número de participantes no intuito de buscar o **MENOR PREÇO**, sem prejuízo da garantia da capacidade técnica da proponente pelos critérios legais vigentes.



É certo que "*a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação*"²⁰. A prática de infrações dessa natureza, inclusive, sujeita o agente público a sanções administrativas, civis e criminais (art. 82 e Seções II, III e IV da Lei 8.666/1993).

Está pacificado na doutrina e na jurisprudência pátria que "*A Administração não pode fazer exigências indevidas e impertinentes para a habilitação do licitante*"²¹, nem tampouco estabelecer exegeses indevidas do Edital para alijar potenciais participantes.

O Edital de licitação prevê exigências de quantidades mínimas de vigas pré-moldadas **com 80 ton de peso**; porém, longarinas deste porte simplesmente **NÃO EXISTEM no projeto desta ponte** (pesam **50,84 ton**).

Além disso, em alguns itens, o Edital deixou de observar o critério do **TCU** de exigir no máximo 50% da quantidade licitada, de modo que a prática frustra a competitividade da licitação, tanto que **TODAS as proponentes** – exceto uma única afortunada – **foram INABILITADAS**.

Ora, o Edital não pode fixar exigências vedadas pelo ordenamento jurídico, como a acima citada, especialmente se a **flagrante ilegalidade** culmina com a inabilitação de proponentes aptas, como é o caso da Recorrente.

Com efeito, "*a legislação não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou inadequadas*"²², e não compactua com exigências ilegais como as supramencionadas – especialmente a inobservância do limite de 50% das quantidades

²⁰ José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 2011, p. 227.

²¹ Idem, 2011, p. 261.

²² Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, 2011, p. 471.



licitadas - gerando "**o afastamento de potenciais fornecedores ou a elevação dos preços praticados**"²³.

Nesse contexto, a jurisprudência do STJ alerta que "*Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente [...]*"²⁴, pois para preservar a competitividade, as exigências não devem ser incompatíveis com a finalidade da licitação, que é a **busca pela melhor proposta**, pois afinal é o povo que paga a conta com seu sacrifício em forma de tributo.

Pelas razões expendidas "*não podem ser adotadas medidas que comprometam decisivamente o caráter competitivo do certame*"²⁵, devendo-se restringir as exigências ao estritamente indispensável (art. 37, inciso XXI da CRFB), submetendo o administrador público a uma limitação que não lhe permita agir subjetivamente.

Diante de tais ponderações, é certo que a Recorrente **comprovou, de forma insofismável, que detém AMPLA qualificação técnica que a habilita para realizar a execução do objeto licitado, motivo pelo qual deve ser declarada habilitada à próxima fase do certame**: abertura das propostas de preço.

10- DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Em face do acervo apresentado, **foi nitidamente demonstrado que a Recorrente reúne as condições necessárias para assumir a obrigação constante do instrumento convocatório, devendo ser prontamente habilitada.**

²³ Marçal Justen Filho, Curso de Direito Administrativo, 2011, p. 456.

²⁴ STJ, MS nº 5.606/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, public. DJ 10/08/1998.

²⁵ Alexandre Mazza, Manual de Direito Administrativo, 2011, p. 316.

Ante o exposto, presentes e demonstradas as consistentes razões de fato e de direito que justificam a REFORMA da decisão da habilitação, REQUER a Recorrente:

- a) Que **seja atribuído, ao presente recurso, o EFEITO SUSPENSIVO automático** do item 25.3 do Edital, sobrestando o processo licitatório até ulterior decisão do Recurso (§2º do art. 109 do Estatuto licitatório);
- b) Que as demais proponentes **sejam científicas do presente recurso** para se manifestarem a respeito, se assim desejarem (§3º do art. 109 da Lei nº 8.666/93);
- c) Que as **PRELIMINARES** apontadas sejam acolhidas, acatando as teses expendidas no sentido de extirpar ilegalidades e vícios licitatórios do Edital e procedimento e corrigir a aplicação dos 50% nas exigências de quantidades mínimas de serviços, visando aplicá-las **no mérito**, no intuito de servir como fundamento para enfim deferir a **reforma da habilitação** da Recorrente;
- d) Que, **NO MÉRITO, o presente Recurso Hierárquico seja julgado procedente**, sendo reconsiderada a decisão anteriormente proferida, **declarando a Recorrente HABILITADA** e guindada à próxima fase do certame, procedendo à abertura de suas propostas de preços, já que, como argumentado exhaustivamente, **foram atendidas todas as exigências editalícias pertinentes à sua habilitação**, com base na Constituição, na Lei de Licitações, nas jurisprudências do TCU, STJ e STF e nos argumentos exhaustivamente expendidos;
- e) Que na remota hipótese do presente RECURSO não ser acolhido, seja então recebido no **efeito devolutivo**, devidamente informado e

REMETIDO à AUTORIDADE SUPERIOR para apreciação e ulterior decisão final, na forma do §4º do art. 109 da Lei nº 8.666/93; e

- f) Que no distante cenário de ser mantido o julgamento inabilitatório, **seja imediatamente providenciada a cópia completa do processo licitatório**, disponibilizando-a à Recorrente, para instruir, ato contínuo, a representação perante os competentes Tribunais de Contas do Estado e da União e Ministério Público Estadual e Federal, faculdade prevista no §1º do art. 113 da Lei de Licitações, ou mesmo se buscar o restabelecimento de seus direitos na esfera judicial, se necessário.

Termos em que pede deferimento.

São João Batista-SC, 28 de março de 2019.

SIDNEY LOURENÇO DAL SASSO

Advogado - OAB/SC nº 36.549

Engenheiro Civil - CREA/SC nº 19.983-1

CPF 544.068.469-72

Procurador TRILHA ENGENHARIA LTDA.-EPP

PROCURAÇÃO

OUTORGANTE:

TRILHA ENGENHARIA LTDA. - EPP, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 10.643.254/0001-81, com sede na Rua Belarmino Correa nº 126, Sala 01, Trindade, Florianópolis/SC, CEP 88.036-140, representada pelo seu Sócio-Administrador Fabricio Fernandes de Almeida, brasileiro, casado, engenheiro civil, inscrito no RG sob o nº 2.509.896 (SSP/SC) e CPF nº 910.384.489-72.

OUTORGADO:

SIDNEY LOURENÇO DAL SASSO, Advogado inscrito na OAB/SC nº 36.549, com endereço na Rua Wilson Luz nº 110/303, Coqueiros, Florianópolis-SC, CEP 88.080-085.

PODERES:

Pelo presente instrumento particular, o OUTORGANTE nomeia como seu Procurador o advogado acima qualificado, a quem confere amplos poderes para o foro em geral, podendo propor ações em nome do OUTORGANTE e defendê-lo nas contrárias, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber e dar quitação, firmar termo e compromisso, podendo também, em Juízo ou fora dele, praticar quaisquer atos necessários à defesa dos direitos e interesses do OUTORGANTE e ao bom e fiel cumprimento deste mandato, agindo em conjunto ou separadamente.

FINALIDADE ESPECÍFICA:

Praticar todos os atos administrativos e judiciais, vinculados ao Processo Licitatório de CONCORRÊNCIA - Edital Nº 001/2019 – processo licitatório nº 002/PMSJB/2019, licitado pelo Município de São João Batista-SC, cujo objeto é a Construção e Iluminação da Ponte sobre o Tijucas, ligando os bairros de Cardoso e Ribanceira do Sul.

São João Batista-SC, 25 de março de 2019.

TRILHA ENGENHARIA LTDA. - EPP
Engº Fabricio Fernandes de Almeida
Sócio-Administrador