

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARAPARI - ESTADO ESPÍRITO SANTO - ES



PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2.271/2020
REF: EDITAL CONCORRENCIA PÚBLICA Nº 002/2020

ROBERTO COUTINHO, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 17.461.212/0001-79, sediada a Rua Antônio Sobreiro, 452, casa, Jacunen – Guarapari/ES, CEP: 29.215-670, neste ato representada por seu representante legal, o Sr. **ROBERTO COUTINHO**, brasileiro, microempresário, portador da carteira de Identidade sob o n.º 298.109 SSP-ES, inscrito no CPF sob o nº 395.210.107-97, residente e domiciliado à Rua Antônio Sobreiro, 452, casa, Jucunen – Guarapari/ES, CEP: 29.215-670, vêm, respeitosamente, com fundamento na **alínea “a” do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/1993 e item 11 do Edital de Concorrência Pública nº 002/2020, Processo Administrativo tombado sob nº 2.271/2020**, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO – INABILITAÇÃO

pelas razões de fato e direito a seguir aduzidas:

DA TEMPESTIVIDADE E LEGALIDADE

Nos termos do disposto na alínea “a” do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/93, cabe recurso administrativo face aos atos administrativos que venham habilitar ou inabilitar

o licitante, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura de ata, excluindo-se o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.



Neste passo, denota-se que a empresa **ROBERTO COUTINHO**, ora denominada licitante recorrente, fora declarada inapta pela COPEL do Município de Guarapari, no âmbito do Edital de Concorrência Pública nº 002/2020, por meio de publicação veiculada no dia 05 de maio de 2020 no Diário dos Municípios – DOM, por suposto descumprimento do item 5 do referido edital.

Portanto, considerando que o termo final para proposição de recurso em face da decisão proferida pela Municipalidade dar-se-ará no dia 12 de maio de 2020, resta demonstrada a legitimidade e tempestividade do presente recurso.

1- DOS FATOS

Ocorre que, a licitante recorrente, ao tomar conhecimento do Edital de Concorrência Pública nº 002/2020, e analisar detalhadamente os seus termos, tratou de juntar todos os documentos necessários para sua habilitação.

Acontece que, alguns pontos do Edital possuíam interpretação dúbia e, por tal motivo, tudo o que fora juntado fundamentou-se nas diretrizes de licitação inseridas na Lei n.º 8.666/93, eis que trata-se de lei federal. Assim, observou-se todas as regras, não acreditando, em tese, na existência de qualquer questão que poderia afrontar de sobremaneira os pressupostos legais do certame e da Lei maior.

Para absoluto estarcimento da recorrente, o microempreendedor individual **ROBERTO COUTINHO**, foi declarado inabilitado pela COPEL, por meio de publicação veiculada no dia 05 de maio de 2020 no Diário dos Municípios – DOM, e conforme Ata de Julgamento publicada no site da Prefeitura Municipal, pelos seguintes motivos:

“Apresentou atestado de capacidade técnica somente para o CPF do mesmo, não apresentou atestado para o CNPJ do licitante”;

Entretanto, a licitante ora recorrente cumpriu integralmente os itens apontados como justificativa para sua inabilitação conforme iremos demonstrar item a item.

2- DOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

Os princípios que regem o direito administrativo, especialmente as licitações públicas veem insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, com destaque à supremacia do interesse público na **BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA**.

Desta forma, preenchidos todos os requisitos necessários para apurar a idoneidade e a capacitação de um concorrente, não há que considerar-se inabilitado aquele que não cumprir determinação de ordem meramente formal e a qual não acarreta qualquer prejuízo à Administração ou aos demais concorrentes.

3- DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

Sabe-se que uma das fases do processo licitatório é a da habilitação, na qual aqueles interessados em contratar com a Administração Pública devem demonstrar, mediante a apresentação de documentos, que são capazes e idôneos para bem executar o objeto licitado e, assim, atender satisfatoriamente a demanda pública apresentada.

Sinaliza-se, de plano, que para tal finalidade (habilitação) podem ser exigidos apenas e tão somente os documentos arrolados na Lei 8.666/93, em face do princípio da legalidade, que, dentre outros, rege a atividade administrativa, conforme estabelece a Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, e condiciona, como requisito de validade, que as ações da Administração Pública estejam sempre em consonância com o permitido pelo ordenamento.

Sobre tal princípio, leciona o saudoso Hely Lopes Meirelles:

"A *legalidade*, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. (...)

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal.



Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.)



E para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“O princípio da legalidade, já analisado no item 3.3.1 em relação à Administração Pública em geral, é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei. Tratando-se de direito público subjetivo, o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 384.)

Dessa forma, é que se pode afirmar que as exigências a título de habilitação nas licitações públicas que transbordem os limites estabelecidos em lei são consideradas ilegais e restritivas da competitividade.

Marçal Justen Filho, ao analisar os dispositivos da Lei 8.666/93 que se referem aos documentos de habilitação assim se manifestou:

“O elenco dos requisitos de habilitação está delineado em termos gerais nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações. É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 537.)

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar

menos.

Portanto, frisa-se que, em face do princípio da legalidade, não podem ser solicitados para fins habilitatórios nos certames públicos documentos além dos contemplados nos arts. 27 e seguintes da Lei de Licitações, abaixo transcritos, cujo rol é exaustivo:



"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 e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A **comprovação** de aptidão referida no **inciso II do "caput"** deste artigo, no caso das **licitações** pertinentes a obras e **serviços**, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, **limitadas as exigências a:** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - **capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para**



entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

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

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 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.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa

comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1o deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 11. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 12. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)



Outrossim, importante asseverar também que, além de limitar-se ao permitido pela lei, a documentação a ser requisitada para a habilitação deve guardar pertinência com o objeto licitado e restringir-se ao mínimo necessário para garantir sua regular execução, visto que exigências impertinentes ou desnecessárias certamente reduzem a competitividade do certame, em flagrante descompasso com o interesse público.

Por essa razão o art. 37, XXI, da Constituição Federal dispõe:

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

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

Nessa linha, ensina Marçal Justen Filho:

“Ora, a Administração necessita tanto de segurança quanto de vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade

de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada. Essa solução foi explicitamente consagrada no art. 37, XXI, da CF/1988, que determina que somente podem ser admitidos requisitos de habilitação que se configurem como os mínimos possíveis, mas sempre preservando-se a obtenção de uma contratação adequada e satisfatória.

(...)

Existe, portanto, uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e requisitos de participação. Ao elaborar o ato convocatório, a Administração deverá avaliar a complexidade da futura contratação e estabelecer, como derivação, os requisitos de habilitação e as condições de participação.

Essa margem de discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A escolha administrativa está delimitada não apenas pela Lei como também pela própria Constituição. Existe um mandamento constitucional, no já referido art. 37, inc. XXI, da CF/88. A Constituição não admite exigências que superem ao mínimo necessário para assegurar a obtenção pela Administração de uma prestação de qualidade adequada.

Pontuado os fundamentos gerais do recurso, passamos a análise irregular dos documentos realizados pela COPEL no caso concreto.

4- DO MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL

A Lei Federal Complementar nº 128/2008, que alterou a Lei Federal Complementar nº 123/06 (Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte), criou a figura do Microempreendedor Individual – MEI. Segundo esse normativo, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 do Código Civil Brasileiro “que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista” no art. 18-A da LC nº 123/06.



Em complemento, de acordo com o art. 2º da Resolução nº 16/2009 do Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM será enquadrado como MEI o empresário referido no art. 966 do CC e que atenda cumulativamente condições ali impostas, entre elas, por exemplo, a obrigatoriedade de ser optante pelo Simples Nacional (inc. II) e não possuir mais de um estabelecimento (inc. IV).



O MEI equipara-se à figura do empresário individual. Já o empresário individual, em regra, no procedimento licitatório, se apresenta diante da Administração como pessoa física, a qual deverá estar inscrita no Registro Comercial (art. 28, II, da Lei nº 8.666/93), expedido em conformidade com os artigos 967 e 968 do Código Civil, visando demonstrar a regularidade da atividade empresarial exercida por ele (empresário individual).

Dessa forma, a Administração deverá exigir do MEI, para fins de habilitação em processo de contratação pública os documentos previstos entre os artigos 27 a 31 da Lei de Licitações no que couber, ou seja, os documentos que são normalmente exigidos das pessoas físicas que participam de licitação.

No que tange à habilitação jurídica, a Lei de Licitações, art. 28, II, determina que será exigida do empresário individual comprovação do registro comercial. Logo, sendo o MEI equiparado a essa figura jurídica, tal obrigação a ele se estende.

No entanto, a Administração deve estar ciente às atualizações tecnológicas e normativas infra-legais que, na maioria das vezes, não é acompanhada pela Lei nº 8.666/93 (E nem se poderia esperar isso, já que esse estatuto se destina a disciplinar normas gerais de licitação, não devendo descer a minúcias do processo licitatório em si).

Dentro desse contexto é necessária atenção acerca da habilitação jurídica dos Microempreendedores Individuais.

Importante destacar no referido art. 3º o inciso IX que prevê a disponibilização de documento eletrônico hábil a comprovar perante terceiros a condição de MEI, ficando a sua aceitação condicionada à verificação de sua autenticidade na Internet. Esse é o CCMEI, o mesmo documento gerado quando do cadastro do empresário.

Assim, mediante a apresentação desse documento durante o procedimento licitatório

seria cumprida a exigência do art. 28, II, da Lei de Licitações de forma adequada à nova realidade de boa parte dos empresários individuais, anteriormente só previstos no Código Civil.



Observe que o próprio dispositivo condiciona força probatória do documento à verificação de autenticidade na internet.

Com isso, a Administração quando do recebimento do Certificado de condição de Microempreendedor Individual, poderá verificar a autenticidade do documento no site www.portaldoempreendedor.gov.br, bastando digitar o CPF e data de nascimento do empresário nos campos indicados.

Outro aspecto importante diz respeito à qualificação econômico-financeira previstas no inciso I do art. 31 do estatuto de licitações públicas.

Por sua vez, o art. 18-A, § 1º, da LC nº 123, considera o MEI o empresário individual que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), optante pelo Simples Nacional. Portanto, a definição de MEI se enquadra dentro da definição do "pequeno empresário" e, assim, está dispensado da elaboração do balanço patrimonial.

Observe que os MEI são em última análise pessoas físicas, as quais só serão obrigadas a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa em razão de lei (art. 5º, II, CR), desta forma, é impossível imaginarmos que um atestado de capacidade técnica emitido ao CPF do MEI, não o habilitaria tecnicamente para prestação de serviços no âmbito da administração pública.

5- DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

O instrumento convocatório, em seu item 5.2, que versa sobre os documentos necessários para habilitação jurídica, traz em sua alínea "c" a seguinte redação:

5.6. DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA a) Apresentação de no mínimo 01 (um) Atestado de Capacidade Técnica, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, preferencialmente, em papel timbrado da empresa ou órgão tomador do serviço, comprovando a aptidão da licitante para o desempenho das atividades pertinentes e compatíveis em características com o objeto desta licitação, sem quaisquer



restrições, sem emendas ou rasuras (modelo no anexo III). **PODERÁ SER APRESENTADO O MESMO ATESTADO PARA HABILITAÇÃO E PROPOSTA TÉCNICA, POREM DENTRO DE CADA ENVELOPE DEVERÁ CONSTAR UMA CÓPIA AUTENTICADA OU ORIGINAL DO REFERIDO ATESTADO.**

a.1) Os atestados e/ou certidões indicados na alínea "a" devem ser fornecidos por entidade idônea vinculada às atividades descritas ou entidades públicas reguladoras das atividades, indicando todas as condições de execução contratual e sua conformidade com o objeto licitado.

a.2) Os atestados de capacidade técnica poderão ser apresentados em nome e com CNPJ de matriz e/ou filial (ais) da licitante. Nos termos do § 3º do artigo 43 da Lei 8666/93 é possível a realização de diligência sempre que necessário, a saber: § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. A promoção de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora se esbarrar com alguma dúvida.

A princípio, ao compulsar o edital em primeira linha de análise, julgamos necessária a impugnação deste item, visto que o artigo 30, da Lei 8.666/1993 restringe a exigência da "capacitação técnico-profissional".

Entretanto, os termos do edital não fazem distinção entre tipos de atestados, desta forma julgamos desnecessária a apresentação de impugnação, já que o Edital está vinculado exclusivamente a modalidade expressa em lei.

Para total estarecimento da recorrente, esta foi inabilitada irregularmente por descumprimento de tal item, demonstrando claramente uma análise equivocada da COPEL quanto os documentos apresentados, visto foi juntado ao autos Atestado de Capacidade Técnica em nome do Sr. Roberto Coutinho, único e exclusivo titular do registro comercial vinculado ao certame.

5.1- DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL

Para compreensão desta ilegalidade, devemos descartar detalhadamente a legislação que versa exhaustivamente sobre a matéria.



O art. 30, § 1º, II, b, da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei Federal nº 8.883/94, que o previa, foi vetado pelo Presidente da República. Dessa forma, o Estatuto das Licitações não mais cita expressamente a hipótese de exigência de atestado técnico operacional.

A doutrina pátria identifica dois tipos de atestado de capacidade técnica: o de capacidade técnico-profissional e o de capacidade técnico-operacional.

O primeiro, segundo Marçal Justen Filho, reconhece a “existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005, p. 327.).

O segundo, por sua vez, refere-se à “comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2005, p. 327.)

O atestado de capacidade técnico-profissional continua previsto no art. 30, § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93. O atestado de capacidade técnico-operacional, por outro lado, anteriormente previsto no art. 30, § 1º, II, do referido diploma legal, foi objeto de veto pelo Presidente da República.

O dispositivo em questão, na sua redação original, assim dispunha:

Art. 30 [...] § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a: [VETADO]

a) quanto à capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data da licitação, 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; [VETADO].

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

Nas razões do veto, o Presidente da República assim se manifestou:

Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio insito às licitações, pois somente ao viabilizá-la o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços.

Ora, a exigência de "capacidade técnico-operacional", nos termos definidos no primeiro dos dispositivos supra [art. 30, § 1º, b], **praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores**, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada. [grifo nosso]

Ademais, dependendo do vulto da obra ou serviço, essa exigência pode afastar pequenos e médios competidores, já que pode chegar a até 50% (cinquenta por cento) das "parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo", **conceitos, aliás, sequer definido** [sic] objetivamente no projeto. [grifo nosso]

Impõe-se, assim, expungir do texto os dispositivos em foco, que, **por possibilitarem possíveis direcionamentos** em proveito de empresas de maior porte, se mostram flagrantemente contrários ao interesse público. [grifo nosso]

A não serem suficientes tais razões, basta verificar ainda a redação dúbia e imprecisa da referida alínea "b", a gerar previsíveis dificuldades na sua correta aplicação.

Posteriormente, o art. 30, § 1º, da Lei Federal nº. 8.666/93 foi alterado pela Lei Federal n. 8.883/94 e passou a vigorar com a seguinte redação:



Art. 30 [...] § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências 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 ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II – capacitação técnico-operacional: comprovação de o licitante ter executado obras ou serviços em quantitativos e grandezas das relações quantitativos/prazo global iguais ou superiores ao exigido no instrumento convocatório, podendo ser considerado para os quantitativos o somatório de até três contratos e para as grandezas das relações quantitativos/prazo global o somatório de quaisquer contratos, desde que referidos a um mesmo período, devendo essas exigências observar: [VETADO]

a) no caso de quantitativos, o limite máximo de cinquenta por cento das quantidades estimadas na planilha orçamentária da Administração, restritas exclusivamente às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto da licitação; [VETADO]

b) no caso das grandezas das relações quantitativos/prazo global das parcelas referidas na alínea anterior, o limite máximo de cinquenta por cento das relações estabelecidas em função do prazo máximo necessário para realização da respectiva parcela, compatível com o prazo total de execução do contrato. [VETADO]

O inciso II do art. 30, § 1º, que se referia à capacitação técnico-operacional, foi vetado sob o argumento de que reproduz a redação original do dispositivo, também vetado, "o que não permite seja agora sancionado, tendo em vista o disposto no art. 66, § 4º, da Constituição Federal"⁴.

Com os vetos, produziu-se não apenas o desaparecimento aos "limites". Com a referência à "capacitação técnica operacional" estava prevista no inc. II do § 1º, também ela deixou de ser explicitamente referida na Lei.



O § 1º do art. 30 explicitamente determina a extensão dos requisitos de qualificação técnica previstos no inc. II, quando se trata de licitação para obras ou serviços. Ou seja, as licitações que versem sobre obras ou serviços sujeitam-se ao § 1º do art. 30, não sendo possível aplicar diretamente o inc. II do mesmo dispositivo. O disposto no § 1º deve ser complementado com a regra do § 5º. **Neste dispositivo, proíbe-se a exigência de qualquer requisito de capacitação técnica não previsto no art. 30, o que exclui a capacitação técnica operacional**

O veto presidencial, que considera a exigência de comprovação de capacitação técnico-operacional ofensiva à competitividade do certame, na medida em que restringe a contratação às empresas de grande porte, que já tenham celebrado contratos com o Poder Público. Obviamente, tal cenário traz repercussões danosas à busca da oferta mais vantajosa para a Administração. Nesse sentido, diante da referida manifestação do Chefe do Poder Executivo Federal, o dispositivo que a admitia não foi promulgado, sendo, portanto, impossível de ser invocado.

Alguns doutrinadores, admitem que o desempenho profissional e permanente da atividade empresarial conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria sua capacidade de executar satisfatoriamente **encargos complexos e difíceis**. Utiliza-se a expressão "capacitação técnica-operacional" para indicar essa modalidade de experiência, relacionada com a ideia de empresa.

Observe-se, contudo, o atestado técnico-operacional parte da premissa de que a capacitação técnica-operacional é cabível quando o objeto a ser executado **reveste-se de significativa complexidade**, de modo a impedir que sua execução se faça por meio da atuação de um sujeito isolado. O que nos permite indagar: **QUAL A COMPLEXIDADE EM COMERCIALIZAR SALGADOS E BEBIDAS?**

A contrário sensu, portanto, se o objeto licitado não possuir características especiais a esse ponto, a exigência de capacitação técnica-operacional na fase habilitatória mostra-se desnecessária, excessiva, desproporcional e, portanto, inválida. Foi o que quis evitar o constituinte, quando fez constar no art. 37, XXI, da Constituição Federal o seguinte:



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. [grifo nosso]

Ou seja, a lei expressamente estabeleceu um **limite de qualificação técnica a ser exigida**. Ocorre que a Administração extrapolou a finalidade contida em lei, uma vez que o edital previu exigências técnicas incompatíveis com o objeto da Licitação de forma abusivas e desproporcionais, exigindo Atestado de Capacidade Técnica desprezando que a atividade objeto da licitação é exercida em sua maioria por empresários individuais, onde a figura da pessoa física do empresário por si só constitui a empresa.

Todavia, a recorrente, em especial observância a exigência de atados, apresentou Atestado de Capacidade Técnica em seu CPF, comprovando atender integralmente os requisitos operacionais exigíveis ao objeto licitado

Isto posto, não havendo complexidade na execução dos serviços sob concessão, sendo a licitante microempreendedor individual, é certo que o atestado de capacidade técnica apresentado no âmbito do certame, conferem a licitante todos os requisitos técnicos-operacionais exigidos e necessários a consecução do objeto licitando, deve ser o MEI ROBERTO COUTINHO, habilitado.

6- DO EFEITO SUSPENSIVO

Quando o recurso administrativo é interposto contra ato de habilitação ou inabilitação do licitante ou contra o julgamento das propostas terá efeito suspensivo, ou seja, enquanto não for julgado o recurso, a próxima fase não poderá ter início.

Transcorrido esse prazo, deve a Administração comunicar aos demais interessados que, procedam à eventual impugnação dos recursos interpostos, também no prazo de

5 (cinco) dias úteis, conforme determina o § 3º do art. 109, o qual destacamos *in verbis*.



Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente

informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.



Assim sendo, após esse prazo deverá a Comissão de Licitação analisar todas as peças (recursos e impugnações aos recursos) e proceder à reconsideração de seus atos, se assim o não fizer, deverá efetuar a remessa dos autos à autoridade superior competente caso mantenha sua decisão inicial, conforme o § 4º do artigo 109, Lei de Licitações.

Assim sendo, merece ser suspenso o certame, para que seja revistas a decisão de inabilitação da licitante **ROBERTO COUTINHO**, uma vez que, conforme já demonstrado, foi inabilitada de forma equivocada.

7- DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer a Vossa Senhoria que:

- 1) sejam recebidas as presentes razões e encaminhadas à autoridade competente para sua apreciação e julgamento, em conformidade com os parágrafos 2º e 4º do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/1993, concedendo efeito suspensivo à inabilitação aqui impugnada até julgamento final na via administrativa;
- 2) digno-se a conhecer as razões do presente RECURSO ADMINISTRATIVO, dando-lhe PROVIMENTO, culminando assim com a anulação da decisão em apreço, declarando-se a RECORRENTE habilitada para prosseguir no pleito, como medida da mais transparente Justiça!
- 3) Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que a Comissão de Licitações reconsidere sua decisão e, não sendo este o entendimento, faça este recurso subir, devidamente informado, à autoridade superior, em

conformidade com o parágrafo 4º, do artigo 109, da Lei nº 8.666/1993 observando-se ainda o disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo.



Nestes termos,

Aguarda Deferimento.

GUARAPARI/ES, 11 de maio de 2020.

ROBERTO COUTINHO
CNPJ sob o nº. 17.461.212/0001-79

JANIO ANTUNES DE LIMA
CNPJ 03.359.686/0001-08



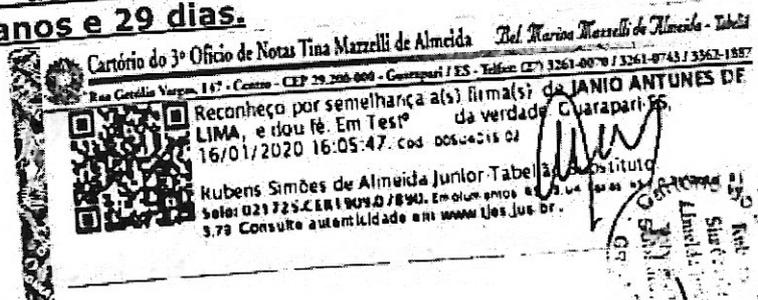
ATESTADO DE CAPACIDADE
TÉCNICA

Guarapari-ES, 16 de janeiro de 2020.

À Comissão Permanente de Licitação
Edital de Concorrência n. 010/2019

Eu, **JANIO ANTUNES DE LIMA**, brasileiro, solteiro, inscrito no CPF sob o nº 207.394.355-15, residente e domiciliado à Rua Santana do Iapó, nº 390, Edifício Agostinho Merisio, Muquiçaba, Guarapari-ES, telefone: (27) 3261-5387, sócio administrador da empresa **JANIO ANTUNES DE LIMA - JANIO'S BAR**, inscrita no CNPJ sob o nº 03.359.686/0001-08, com sede à Rua Santana do Iapó, nº 390, Edifício Agostinho Merisio, Muquiçaba, Guarapari-ES, declara para os devidos fins, que o Sr. **ROBERTO COUTINHO**, brasileiro, divorciado, empresário, inscrito no CPF/MF.nº. 395.210.107-97, residente e domiciliado à Rua Santo Antônio, Nº 119, Muquiçaba - Guarapari/ES - CEP 29215-015, é nosso FORNECEDOR, pelo que atestamos o fornecimento de **Salgados, Petiscos e Bebidas processadas em geral**, entre **15/12/1999 até a presente data**, diariamente, totalizando o período de **20 anos e 29 dias**.

Atenciosamente,



JANIO ANTUNES DE LIMA - JANIO'S BAR
JANIO ANTUNES DE LIMA
CPF: 207.394.355-15

Rua Santana do Iapó, nº 390, Edifício Agostinho Merisio, Muquiçaba, Guarapari-ES