



REFERENTE: CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 014/2023.

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro, DD. Presidente da Comissão de Licitação da Prefeitura de Vargem Alta/ES.

A empresa **FAMONTE CONSTRUÇÕES LTDA**, situada sob o CNPJ Nº 50.435.443/0001-83 com sede na Rua Rita, nº 2071, Laranjeiras, Serra – ES, CEP: 29175579, por seu representante legal infra-assinado, tempestivamente, vem à presença de Vossa Senhoria interpor....

IMPUGNAÇÃO

Contra o texto do edital elaborado por essa digna Comissão de Licitação, apresentando no articulado as razões de sua irresignação.

I – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS

A Lei nº 14.133/21 inaugura sua abordagem delineando os princípios constitucionais expressos como fundamentais no processo licitatório e na celebração de contratos pelo Estado. Nesta abordagem, a legislação assume uma postura eloquente, sublinhando, por meio de certa redundância, a importância desses princípios que são considerados essenciais para a condução ética e eficaz dos procedimentos.

Destacando-se entre esses pilares, encontram-se os cinco princípios delineados no Artigo 37 da Constituição Federal. Embora sua aplicação seja intrínseca à própria Carta Magna, a lei, de maneira perspicaz, os reitera, conferindo-lhes destaque. Tais princípios, de natureza constitucional, são alicerces basilares: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. Importante ressaltar que não há uma hierarquia rígida entre eles, demandando uma sutil ponderação diante de cada caso concreto para a devida aplicação.

Não obstante, é crucial ressaltar que um processo licitatório não deve se restringir exclusivamente aos princípios previamente mencionados, não constituindo, portanto, uma lista taxativa. Há uma variedade de outros princípios que merecem destaque, inclusive com previsão expressa na Lei Federal nº 14.133/21, tais como: interesse público, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, entre outros.



- **LEGALIDADE**

O princípio da legalidade, por sua vez, emerge da concepção do Estado de Direito como uma entidade jurídica encarregada de criar e reger o direito. Entretanto, essa criação normativa do Estado não a exime de sua própria sujeição ao ordenamento jurídico que ela mesma concebe, sendo este aplicável de maneira equânime a todos os cidadãos.

Flávia Bahia Martins leciona que:

"O Estado democrático de Direito (art. 1º, caput) repousa sob o signo da legalidade, exposto no dispositivo sob comento em seu sentido material ou amplo.

O princípio da legalidade, portanto, expressa a sujeição ou subordinação das pessoas, órgãos ou entidades às prescrições emanadas do legislativo, Executivo e Judiciário". Ainda na mesma linha, com a finalidade de diferenciar a aplicação deste princípio para os particulares e para o poder público, a autora estabelece que **"Para o particular, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei (aqui em sentido amplo ou material, referindo-se a qualquer espécie normativa), diante de sua autonomia da vontade. Já quanto ao administrador, deverá ser adotado o princípio da legalidade em sentido estrito, pois só é possível fazer o que a lei autoriza ou determina"**.

Apresento, neste momento, a doutrina de Marçal Justen Filho:

O princípio da legalidade esta abrangido na concepção de democracia republicana. Significa a supremacia da lei (expressão que abrange a Constituição), de modo que a atividade administrativa encontra na lei seu fundamento e seu limite de validade.

- **IMPESSOALIDADE**

Renomados doutrinadores do campo doutrinário ainda enxergam o *Princípio da Impessoalidade* como uma espécie de sinônimo para os *Princípios da Finalidade ou Imparcialidade*. Nessa perspectiva, a Finalidade é concebida como inquestionavelmente pública, o que veda, por decorrência lógica, ao gestor público a busca por desígnios pessoais ou de terceiros. Nesse contexto, a explicitação meticulosa do princípio do interesse público na recente legislação de licitações é, para esses estudiosos, uma redundância estrategicamente concebida. Essa redundância, sem dúvida, visa a sublinhar com elegância a máxima de que cada ato emanado pelo Estado deve, invariavelmente, submeter-se ao desígnio supremo do



interesse público. Como perspicazmente elucidado por Hely Lopes Meirelles em sua célebre obra "Direito Administrativo" (2012, p. 94):

O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder, como veremos adiante, sob essa epígrafe.

- **COMPETITIVIDADE**

O princípio da competitividade, que neste ato merece grande destaque, emerge como alicerce que dá substância à própria existência do procedimento licitatório e encapsula sua natureza intrínseca. A licitação, em sua essência, revela-se como um processo no qual todos têm a prerrogativa de participar em pé de igualdade, visando à eleição da proposta que melhor coadune com os anseios da coletividade.

A transgressão do caráter competitivo, por sua vez, configura-se como um ato ilícito que, lamentavelmente, muitas vezes se consuma em favor de vantagens pessoais, lançando uma mancha indelével na administração dos interesses públicos.

Antes de tudo, é crucial ter presente que a Administração Pública possui a prerrogativa e a responsabilidade de elaborar demandas contidas em seus editais licitatórios. Contudo, ao incluir tais exigências, é imperativo que estas estejam intrinsecamente ligadas aos princípios anteriormente mencionados, e, acima de tudo, que sejam indispensáveis à consecução do objeto, sem, no entanto, constituírem obstáculos indevidos à participação dos interessados.

A presença de cláusulas e requisitos manifestamente contrários às normas regentes e aos princípios que orientam o processo licitatório, resultando em uma restrição prejudicial à competitividade, obstruindo a formulação de propostas e comprometendo as condições essenciais para o prosseguimento da licitação e a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, deve ser veementemente rejeitada.

Todos os processos licitatórios no âmbito dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios estão passíveis de fiscalização pelos órgãos de controle externo, incluindo o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas.

Certamente, a avaliação de cláusulas restritivas demanda uma análise minuciosa caso a caso. No entanto, a título exemplificativo, permito-me utilizar algumas exigências que frequentemente implicam em restrição e viola os princípios



licitatórios. Refiro-me à solicitação de atestados de capacidade técnica idênticos ao objeto do edital, à imposição de quantitativos mínimos ou à requerida comprovação da capacidade técnico-operacional, cuja necessidade real frequentemente é objeto de acalorados debates, quando desprovida de fundamentação adequada.

II – DOS FATOS SUBJACENTES

• QUALIFICAÇÃO TÉCNICO OPERACIONAL

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o processo supramencionado, a recorrente e outras empresas dela que vierem a participar.

Sucede que, após a análise do edital, observou-se que o mesmo traz em seu item 10.2.4.5 a seguinte exigência para comprovação de capacidade técnica operacional, vejamos:

administrador ou o diretor, o empregado devidamente registrado em Carteira de Trabalho e Previdência Social, ou prestador de serviços com contrato escrito firmado com o licitante; o profissional devidamente relacionado na certidão de registro e quitação de pessoa jurídica emitida pelo CREA, CAU ou CRT; ou o relacionado em declaração que indique a contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, sendo necessária a apresentação do vínculo com a empresa no momento da contratação.

10.2.4.4 No decorrer da execução do objeto, os profissionais de que trata este subitem poderão ser substituídos, nos termos do artigo 67, §6º, da Lei nº 14.133/2021, por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que a substituição seja aprovada pela Administração.

10.2.4.5 **Comprovação da capacidade técnico-operacional** de que o licitante executou serviço/obra de características semelhantes ao objeto da licitação, considerando-se as parcelas de maior relevância e valor significativo e os quantitativos mínimos a seguir definidos, mediante a apresentação de no mínimo 1 (um) Atestado de Capacidade Técnica em nome da licitante, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, com a identificação do declarante e de sua habilitação perante o CREA (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia), CAU (Conselho de Arquitetura e Urbanismo) e/ou CRT (Conselho Regional dos Técnicos Industriais), conforme o caso e no que couber.

ESPECIFICAÇÃO	QUANT.
Item 9.1 - ALAMBRADO PARA QUADRA POLIESPORTIVA, ESTRUTURADO POR TUBOS DE AÇO GALV ANIZADO, (MONTANTES COM DIÂMETRO 2", TRAVESSAS E ESCORAS COM DIÂMETRO 1 1/4), COM TELA DE ARAME GALVANIZADO, FIO 14 BWG E MALHA QUADRADA 5X5CM (EXCETO MURETA). AF_03/2021	218,00 m²
Item 10.1 – Estrut. metálica p/ quadra poliesp. coberta constituída por perfis formados a frio, aço estrutural ASTM A-570G33 (terças) ASTM A-36 (demais perfis) c/ o sistema de trat. e pint conf descrito em notas da planilha	175,00 m²
Item 10.3 - TELHAMENTO COM TELHA DE AÇO/ALUMÍNIO E = 0,5 MM, COM ATÉ 2 ÁGUAS, INCLUSO IÇAMENTO. AF_07/2019	175,00 m²

CNPJ 31.723.570/0001-33

Rua Vereador Pedro Israel David, s/n, Vargem Alta – ES CEP 29295-000 Telefone: (28) 3528-1900

Consoante à sistemática estabelecida pela Lei nº 14.133/21, na fase de habilitação, a Administração deve proceder, entre outros aspectos, à análise da qualificação técnica dos licitantes. Tal procedimento tem como propósito avaliar se os concorrentes possuem conhecimento, experiência e recursos técnico-humanos adequados para atender integralmente ao contrato a ser formalizado.

Sobre a qualificação em debate, devemos esclarecer que válido é considerar como "parcela de maior relevância" o conjunto de características e elementos que



diferenciam o objeto, evidenciando seus pontos mais críticos de maior complexidade técnica, vulto econômico e risco mais elevado para a sua execução, em síntese, é aquilo caracterizador do serviço sendo de suma importância para o resultado almejado pela contratação.

Acerca da legalidade sobre a exigência de capacidade técnico-operacional, a Constituição Federal, em seu art. 37, XXI, determina que somente serão admitidas exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, a Lei de Licitações nº 14.133/21 em seu Art. 9º, determina, por sua vez, que é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar condições que frustrem o caráter competitivo ou que estabeleçam preferências ou distinções impertinentes ou irrelevantes para o objeto do contrato.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU) e TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (TCE-ES) já alicerçaram jurisprudência no sentido de que exigências de qualificação técnica não devem nunca ser desproporcionais e descabidas a ponto de oferecerem óbices ao caráter competitivo do certame, a verdade é que a depender dos itens apontados como de maior relevância, poderá ocorrer um aumento ou redução do número de concorrentes, afetando diretamente o resultado da licitação.

Sob esse enfoque, parece válido considerar como "parcela de maior relevância técnica" o conjunto de características e elementos que individualizam e diferenciam o objeto, evidenciando seus pontos mais críticos, de maior dificuldade técnica, bem como que representam risco mais elevado para a sua perfeita execução. Trata-se aqui da essência do objeto licitado, aquilo que é realmente caracterizador da obra, que é de suma importância para o resultado almejado pela contratação.

Após revisar o edital da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 014/2023, identificamos que, no quesito de qualificação técnica operacional/profissional, há uma exigência de serviços que parecem carecer de complexidade técnica. Além disso, notamos um nível elevado de detalhamento nos requisitos, chegando ao ponto de especificar em milímetros objetos de exigência. É importante destacar que essa descrição extremamente minuciosa pode vir a restringir a competitividade, potencialmente limitando a participação de um número significativo de concorrentes no certame.

A exigência de atestados de capacidade técnica idênticos ao objeto da licitação é considerada irregular. Isso porque essa condição estrita pode restringir a participação de empresas qualificadas que tenham experiência relevante, mas talvez não tenham executado projetos exatamente idênticos.

A ideia por trás da exigência de atestados é garantir que os licitantes tenham a experiência e a capacidade necessárias para realizar o trabalho proposto. No entanto, é importante que essa exigência seja razoável e proporcional à complexidade e especificidade do objeto da licitação.



ACORDÃO 18144/2021 - SEGUNDA CÂMARA (RELATOR ANDRÉ DE CARVALHO)

LICITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. REFERÊNCIA. QUANTIDADE. PRAZO

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a **licitante já tenha prestado serviços e fornecido bens pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. (GRIFO NOSSO)**

Conforme estipulado em nossa jurisprudência, os atestados de capacidade técnica devem guardar similaridade, semelhança ou equivalência com o objeto a ser licitado, sem necessidade de serem idênticos. Diante disso, solicitamos que o órgão gerenciador reconsidere a disposição extremamente detalhada, especialmente sem a apresentação da devida comprovação da escolha das parcelas. Ressaltamos a ausência no edital de um dos anexos essenciais, o Termo de Referência/Projeto Básico, documento que serve de alicerce ao instrumento convocatório, sua inclusão é fundamental para uma compreensão abrangente e precisa da licitação.

Sobre o tema, destaca-se o entendimento doutrinário de Marçal Justen Filho (p. 733):

(...) não há cabimento em impor a exigência de que o sujeito tenha executado no passado obra serviço exatamente idêntico ao objeto da licitação. Parece evidente que o sujeito que executou obra ou serviço idêntico preenche os requisitos para disputar o certame e deve ser habilitado.

Mas também deve reconhecer que a idoneidade para executar o objeto licitado pode ser evidenciada por meio de execução de obras ou serviços similares, ainda que não idênticos. Em outras palavras, a Administração não pode exigir que o sujeito comprove experiência anterior na execução de um que objeto exatamente idêntico àquele licitado - a não ser que exista alguma justificativa lógica, técnica ou científica que de respaldo a tanto. (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: rev. atual. e ampl. - São Paulo: Lei 8.6 Reuters Brasil, 2019.)

No **ACÓRDÃO TC- 000505/2018 - PLENÁRIO**, foi a vez da Ilustríssima Corte de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES) editar matéria sobre o tema, vejamos;

[...]

Examinando os termos da Instrução Técnica Conclusiva - ITC, verifico que as parcelas do objeto consideradas de maior relevância e valor significativo são as seguintes:

- a) implantação de poste de aço ou concreto;
- b) Instalação de luminária para iluminação pública;
- c) Instalação de rede de baixa tensão subterrânea;
- d) Instalação de projetores;
- e) instalação de rede de baixa tensão aérea;
- f) realização de travessia por método não destrutivo, com fornecimento de eletroduto (R\$ 3.529.200,00 = 3,69%);
- g) Instalação de módulo transceptor remoto.

Desses sete subitens, entendeu a área técnica que apenas três não possuem valor representativo, quais sejam os das letras "c", "e" e "f", não tendo, ainda, **analisado a questão da relevância técnica** (§ 2º), mas apenas o aspecto do valor significativo.

Posto isto, acompanho parcialmente o entendimento técnico e do Órgão Ministerial, e, considerando ainda, a anulação do processo licitatório, mantenho a irregularidade por ausência de prévia justificativa da relevância técnica e do valor significativo das parcelas assim consideradas na exigência de qualificação técnica, entendendo como suficiente a expedição de determinação no sentido de que, nos próximos processos licitatórios, sejam demonstradas tais características de forma clara e inequívoca (grifo nosso).

Observamos que na pátria jurisprudência as exigências de qualificação técnica profissional e operacional devem ser limitadas, simultaneamente, as parcelas de maior relevância e valor significado do objeto mediante a devida comprovação.

Vejamos agora o **PARECER/CONSULTA TC-020/2017 – PLENÁRIO – TCE/ES:**

[...]

Do trecho acima, digno de nota é a posição do Tribunal de Contas da União, que no Acórdão 2626/2009, determinou ao Senado Federal que, ao inserir nos editais de licitação exigência de comprovação de capacidade técnica, seja técnico-profissional ou técnico-operacional, como critério de pontuação de proposta técnica ou como requisito indispensável à habilitação de licitantes, deixe consignado expressa e publicamente os motivos dessa exigência, além de demonstrar, tecnicamente, que esses parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado. Ou seja, aquela Corte de Contas considerou possível a exigência de capacidade técnico-operacional, desde que cumpridos esses pressupostos acima tratados. (GRIFO NOSSO)

[...]

Posto isso, penso que a melhor resposta ao questionamento seria a seguinte:



É possível a exigência de atestado de capacidade técnica-operacional, desde que respeitada a letra do artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93, que exige que essa comprovação seja compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, **e que o objeto licitado apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, já que a permissão de se exigir dito atestado em qualquer circunstância pode caracterizar indevida restrição à competitividade, destacando-se que o enquadramento do objeto como de complexidade significativa é competência da órgão licitante, em cada caso concreto, enquadramento esse sujeito à fiscalização por parte desta Corte de Contas, nos termos regimentais. (GRIFO NOSSO)**

A demanda por capacidade técnico-operacional, embora tenha sua razão de ser, também pode ser objeto de críticas em certas situações. Argumenta-se que, em alguns casos, essa exigência pode se tornar excessivamente onerosa e restritiva, especialmente para empresas menores ou novas no mercado. Isso pode criar barreiras à entrada de novos concorrentes, limitando a competitividade e, por conseguinte, afetando a obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública.

Além disso, a rigidez na exigência de capacidade técnico-operacional pode, em alguns casos, privilegiar empresas consolidadas no mercado em detrimento de inovações e soluções provenientes de empreendedores ou empresas emergentes. Essa postura, por vezes, pode resultar em uma certa estagnação e na perpetuação de práticas tradicionais, limitando a introdução de novas abordagens e tecnologias.

Com base na exposição dos dispositivos legais mencionados, torna-se evidente que a seleção das parcelas de maior importância para a avaliação da qualificação técnico-operacional deve estar intrinsecamente alinhada com a complexidade do objeto e valor significativo. Essa escolha deve ser cuidadosamente evidenciada e justificada de maneira explícita nos registros documentais do processo.

Assim sendo, no caso em tela, constatamos a ausência de justificativa clara para a seleção das parcelas consideradas mais relevantes. Além disso, não se identifica qualquer nível de complexidade no objeto em análise, dado que se tratam de serviços de natureza simples, não apresentando desafios em sua execução.

A necessidade, relevância e complexidade técnica dos serviços indicados como requisitos para a qualificação técnico-operacional/profissional não foram devidamente demonstrados nos documentos disponibilizados pela Prefeitura. Diante disso, é imperativo que o órgão atue com transparência em conformidade com o entendimento das Cortes de Contas.



- **EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS**

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU, por meio do Acórdão 1251/2022 - Segunda Câmara, reforça a importância de que a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços semelhantes *deve guardar proporcionalidade com a dimensão e complexidade do objeto*. Ademais, destaca-se que essa comprovação deve incidir, concomitantemente, *sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo*, consolidando um entendimento mais contextualizado e adaptado à complexidade dos certames licitatórios.

Acórdão nº 1.251/2022 - Segunda Câmara (Representação, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho) Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Comprovação. Quantidade. Limite mínimo. Justificativa.

A exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, para fins de atestar a capacidade técnico-operacional, deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto e recair, **simultaneamente**, sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo. Como regra, os quantitativos mínimos exigidos não devem ultrapassar 50% do previsto no orçamento base, salvo em condições especiais e devidamente justificadas no processo de licitação.

A solicitação de qualificação técnico-operacional pela Prefeitura carece da apresentação clara das opções mais relevantes e complexas, impondo ainda requisitos quantitativos mínimos que prejudicam a competitividade e afastam possíveis fornecedores.

II- CONCLUSÃO.

Nestes termos,

Pede deferimento da presente impugnação pelos motivos expostos.

No caso de julgamento **NEGATIVO**, **SOLICITA** cópia integral dos autos para representação junto ao TCE/ES na tentativa de garantia de seus direitos.

Sendo o que havíamos para o momento, despedimo-nos com protestos de estima e consideração.

Aguardamos resposta.



Serra - ES, 23 de Outubro de 2023.

VANESSA GAMA GONCALVES
FAMONTE CONSTRUÇÕES LTDA
ADMINISTRADORA