



PROCESSO Nº: 003.0.33310/2017

RECORRENTE: LIMA DINIZ CONSTRUÇÕES LTDA – EPP

ESPÉCIE: RECURSO ADMINISTRATIVO

EMENTA: LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA Nº. 02/2018. OBRA DE CONSTRUÇÃO DA SEDE DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA REGIONAL DE FEIRA DE SANTANA. RECURSO ADMINISTRATIVO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. PELO CONHECIMENTO. NO MÉRITO, PELO DESPROVIMENTO.

PARECER Nº. 742/2018

I – DO RELATÓRIO

Trata-se de **Recurso Administrativo** (fls. 2.032/2.048) interposto pela licitante **Lima Diniz Construções LTDA – EPP** contra a decisão da Comissão Permanente de Licitação, publicada no Diário da Justiça Eletrônico do dia 08/08/2018, que, a inabilitou do certame.

A recorrente argumentou, em síntese, que a exigência da comprovação da qualificação técnica mediante atestado de capacidade técnico-



operacional por pessoa jurídica seria desproporcional e ilegal, sugerindo que a Administração Pública deveria analisar outros aspectos legais. Sustentou, ainda, que a Resolução do CONFEA veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico em nome de pessoa jurídica, razão pela qual a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional seria ilegal. Por fim, pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso, reconhecimento da ilegalidade na exigência de demonstração da capacidade técnico-operacional com base na apresentação de atestados de experiência anterior em nome da pessoa jurídica, bem como o reconhecimento de sua capacidade técnico-operacional e habilitação.

A licitante **Alcance Engenharia e Construção LTDA** apresentou contrarrazões (fls. 2.053/2.063). Alegou, em síntese, que a matéria já fora analisada por esta Assessoria Técnico-Jurídica e que a exigência constante do instrumento convocatório não fora impugnada no momento oportuno pela recorrente, razão pela qual a Administração Pública, ante o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não poderia alterar as disposições editalícias extemporaneamente. Argumentou que a exigência guerreada é tema pacífico na doutrina e na jurisprudência. Por fim, pugnou pela manutenção da decisão de inabilitação da recorrente.

A recorrente apresentou, ainda, petição requerendo a juntada de uma resposta a uma consulta formulada ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia da Bahia (fls. 2088/2091). Em seguida, a Comissão Permanente de Licitação emitiu opinativo (fl. 2093), sugerindo a análise recursal.

É o breve relatório.



II – DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

De acordo com o art. 202, inciso I, alínea “a”, da Lei Baiana de Licitações, será cabível recurso, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura da Ata, no caso de julgamento das propostas.

Tendo ocorrido a intimação, mediante publicação no Diário da Justiça Eletrônico do dia 08/08/2018, o prazo para interposição do recurso findou-se no dia 15/08/2018, já que os dias 11 e 12/08/2018 não foram dias úteis.

Considerando que o recurso foi protocolizado no dia 12/08/2018, deve ser reconhecida sua tempestividade. Também se fazem presentes os demais pressupostos de admissibilidade recursal, razão pela qual o Recurso Administrativo deve ser conhecido.

A seu turno, o art. 202, § 3º, da Lei Estadual nº. 9.433/2005 dispõe que, interposto o recurso, será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 05 (cinco) dias úteis.

Tendo ocorrido a intimação, mediante aviso de interposição do recurso, publicada no Diário da Justiça Eletrônico do dia 17/08/2018, o prazo para a interposição das contrarrazões findou no dia 24/08/2018. Considerando que as Contrarrazões foram protocolizadas no dia 24/08/2018, deve ser reconhecida sua tempestividade. Também se fazem presentes os demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual as Contrarrazões devem ser conhecidas.



III - DO EFEITO SUSPENSIVO *OPE LEGIS*

Não obstante constar dos autos pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, faz-se necessário esclarecer que o recurso interposto contra a decisão de inabilitação (art. 202, inciso I, alínea “b”, da Lei Estadual nº. 9.433/2005) possui efeito suspensivo *ope legis*, ou seja, imediato, independentemente da fundamentação expendida pelo recorrente. Essa é a previsão expressa do art. 202, § 2º, da Lei Estadual nº. 9.433/2005, *in verbis*:

Art. 202. Omissis.

§ 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 eficácia suspensiva aos demais recursos.

No mesmo sentido a doutrina:

Nos casos do inc. I, alíneas “a” e “b”, acima mencionados, o legislador, como não poderia deixar de ser, determinou a obrigatoriedade do feito suspensivo para evitar que viesse a ocorrer uma mistura no procedimento entre a fase de julgamento das propostas e a fase de habilitação. Julgadas e classificadas as propostas, aguarda-se a interposição e o julgamento dos recursos, que têm efeito suspensivo. Após o exame desses recursos, são abertos e apreciados os envelopes contendo documentos de habilitação dos concorrentes classificados nos três primeiros lugares. Do ato da habilitação e inabilitação cabem recursos, também com efeito suspensivo.¹

1

HUPSEL, Edite Mesquita. *Comentários à lei de licitações e contratações do Estado da Bahia: Lei nº. 9.433 de 01 de Março de 2005*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 450.



Ante o exposto, considerando que o efeito suspensivo decorrente do recurso ora interposto é automático, conforme expressa previsão legal, torna-se desnecessário o deferimento do efeito suspensivo.

IV – DO DEFERIMENTO DA JUNTADA DE DOCUMENTOS

A recorrente, em sua manifestação, informou ter realizado Consulta ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia da Bahia, resposta somente obtida em data posterior à interposição do recurso. Não obstante a apresentação extemporânea do documento, opina-se, desde logo, pelo deferimento da sua juntada, ante a inexistência de prejuízo.

V - DO MÉRITO

V.I Da preclusão no âmbito administrativo:

Consoante já demonstrado no Parecer Jurídico nº. 640/2018, a cláusula editalícia objurgada encontra previsão no art. 101 da Lei Estadual nº. 9.433/2005 e foi assim redigida, *ipsis litteris*:

20.7 A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA das empresas licitantes será comprovada através de:

20.7.2 Um ou mais Atestados de Capacidade Técnica, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, comprovando a aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, emitido em nome da empresa licitante ou em nome de profissional, observando-se que:



a) Para fins de comprovação da capacidade técnico-operacional da licitante, será exigida apresentação de atestado(s) de execução de obra de construção de edificação em estrutura de concreto armado com, no mínimo, 50% da área construída total do objeto licitado; (sem grifos no original)

Não obstante a clareza da cláusula editalícia, a recorrente alega que a capacidade técnico-operacional “*deve ser aferida por outros meios, sendo ilegal a exigência de atestados emitidos pela pessoa jurídica, sob pena de configurar indevida restrição da participação ao certame.*” (fl. 2035).

Ab initio, cumpre destacar que a Administração Pública facultou a todos os interessados a oportunidade de impugnar o instrumento convocatório no momento adequado, consoante art. 201 da Lei Estadual nº. 9.433/2005 e cláusula 21.1 do edital, *in verbis*:

21.1 Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital por irregularidade na aplicação da Lei Estadual nº 9.433/05, perante a autoridade máxima do órgão ou entidade licitante, devendo protocolar o pedido até o quinto dia útil antes da data da abertura dos envelopes de propostas.

Embora tenha sido facultada a oportunidade para impugnação do edital, a ora recorrente quedou-se inerte. Em tal hipótese, o art. 201, § 1º da Lei Estadual nº. 9.433/2005, bem como a cláusula 21.2.4 do instrumento convocatório apresentam como consequência a decadência do direito de impugnar eventuais falhas ou irregularidades do edital, senão vejamos:

Art. 201. Omissis.



§ 1º Decairá do direito de impugnar, perante a Administração, as falhas ou irregularidades do edital de licitação, o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder à data prevista no edital para recebimento dos envelopes e início da abertura dos envelopes das propostas, hipótese em que tal impugnação não terá efeito de recurso.

21.2.4 DECAIRÁ do direito de impugnar as falhas ou irregularidades do edital, perante a Administração, o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder à data prevista no edital para recebimento dos envelopes e início da abertura dos envelopes das propostas.

A Administração Pública possui certa discricionariedade na confecção do instrumento convocatório. Contudo, após ultrapassado o prazo de impugnação, o edital passa a vincular tanto os licitantes quanto a própria Administração Pública.

Trata-se de conferir efetividade ao princípio da segurança jurídica, da impessoalidade, da isonomia, dentre outros princípios caros à Administração. Raciocínio contrário implicaria na mudança das regras após o início do certame, comportamento interdito à Administração Pública.

Não por outra razão que eventuais vícios posteriores identificados no instrumento convocatório demandam correção e nova publicação do aviso de licitação, como forma de resguardar os direitos de potenciais licitantes. Dessa forma, uma vez ultrapassado o prazo para impugnação do edital, verifica-se ter operado a preclusão no âmbito administrativo.

V.II Da violação à boa-fé objetiva:



O art. 8º, inciso II, da Lei Estadual nº. 12.209/2011 estabelece o dever do Administrado de proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé. Ademais, o princípio da boa-fé é extraído, implicitamente, do princípio da moralidade administrativa e da segurança jurídica. No campo do Direito Administrativo, é mais comum a denominação de Teoria dos Atos Próprios ou proteção da confiança.

É cediço que o princípio da boa-fé se subdivide em duas vertentes: boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Enquanto a boa-fé subjetiva diz respeito ao estado de consciência, aspecto interno do indivíduo, que age subjetivamente em conformidade com o direito, a boa-fé objetiva constitui regra de conduta, que se caracteriza pela atuação de acordo com padrões éticos, de lisura e correção, com fundamento na legítima confiança da outra parte envolvida na relação jurídica.

Dentre as funções da boa-fé objetiva, cumpre-nos destacar a função restritiva ou limitativa do exercício de um direito subjetivo, quando houver abuso do direito, em especial no que concerne ao *venire contra factum proprium* ou à proibição do comportamento contraditório.

A proibição do comportamento contraditório consiste no exercício surpreendente de um direito após se ter criado a expectativa contrária. Vale dizer, há uma sequência de duas condutas, a primeira sendo o *factum proprium* e a segunda o *venire*. A primeira conduta pode ser comissiva ou omissiva, mas a segunda é comissiva e ontologicamente contrária à expectativa criada pela primeira. Cada uma das condutas, isoladamente, é lícita. Porém, analisadas em conjunto, a segunda conduta se torna abusiva em razão da confiança despertada pela primeira.



In casu, os elementos dos autos dão conta que a recorrente quedou-se inerte quanto à impugnação do instrumento convocatório, gerando, assim, a expectativa de que teria admitido, ainda que tacitamente, a regularidade de suas cláusulas. Não obstante, após ser cientificada do provimento do recurso administrativo, se insurge contra uma das cláusulas do edital a que havia, anteriormente, admitido como escoreita, revelando um comportamento contraditório.

Em verdade, tal comportamento da recorrente denota um inconformismo seletivo, apenas quando verificado que as normas editalícias previamente estabelecidas não lhe favorecem, atitude que deve ser rechaçada pela Administração Pública.

V.III Da impossibilidade de adentrar ao mérito administrativo:

A recorrente argumenta, também, que *“exigir apresentação de atestados de serviços anteriores não é eficaz (e nem seguro) na aferição da qualificação operacional”* e *“reputa ineficaz a verificação desta qualificação por meio de atestados, quando existem outras medidas que poderiam ser implementadas, de forma mais eficiente e em benefício da sociedade.”* (fl. 2035). Sobre o mérito administrativo:

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.²



Tais argumentos revelam a tentativa da recorrente de adentrar ao mérito administrativo, como forma de sobrepujar a competência da Administração Pública para estabelecer o que demanda o interesse público. Ainda que a Administração Pública deva levar em consideração as eventuais sugestões e recomendações para o aperfeiçoamento da atividade administrativa – o que não é o caso – o momento adequado para tal comportamento já restou ultrapassado. Sobre a discricionariedade na confecção do edital:

O edital é a “lei” interna da licitação e deve definir tudo o que for importante para o certame, vinculando os licitantes e a Administração Pública à sua observância. [...] A elaboração do edital pela Administração Pública é livre e discricionária, na busca por satisfazer os interesses da coletividade; todavia, após sua publicação, a Administração fica vinculada àquilo que foi publicado. Com efeito, a discricionariedade administrativa se encerra com a elaboração do edital e, uma vez publicado, seu cumprimento é imperativo.³

Resta, portanto, interditada a tentativa de adentrar ao mérito administrativo em sede recursal. Ademais, as sugestões de análise da higidez financeira e da declaração de estrutura técnica foram observadas pela Administração Pública, mas não suplantam a necessidade de demonstração da capacidade técnico-operacional da licitante.

V.IV Dos atestados de capacidade técnico-operacional:

Quanto aos demais argumentos, a recorrente limita-se a repisar o que já fora devidamente esclarecido no Parecer Jurídico nº. 640/2018,

3

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4 ed., rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 444/445.



colacionado a estes autos, razão pela qual, ante o princípio da economia processual, bem como utilizando-se da faculdade da fundamentação *per relationem* ou motivação *aliunde*⁴, consideram-se transcritos no presente opinativo.

Por derradeiro, cumpre esclarecer que a resposta à Consulta formulada ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia da Bahia não infirma o posicionamento adotado pela Administração Pública, já tendo sido, inclusive, objeto de esclarecimento no Parecer Jurídico nº. 640/2018.

Ressalte-se, inclusive, o seguinte excerto da Consulta: *“vários órgãos tem baseado suas decisões em exigir capacidade técnica operacional mediante apresentação de atestados de realização de serviços anteriores (parecer do Tribunal de Contas da União, face representação feita pelo CREA/SP, que definiu pela procedência da exigência de capacidade operativa da empresa)”* (fl. 2.090).

Verifica-se, portanto, não assistir razão à recorrente, motivo pelo qual o recurso administrativo merece desprovimento.

VI – DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, esta Assessoria Técnico-Jurídica **opina:**

a) pelo deferimento da juntada do documento de fls. 2090/2091;

⁴ Lei Estadual nº. 12.209/2011. Art. 33 - A Administração emitirá decisão motivada nos processos administrativos, bem como sobre solicitações ou reclamações, indicando de forma clara e precisa os fundamentos de fato e de direito que embasaram a decisão. § 1º - Em decisões reiteradas sobre a mesma matéria, poderão ser reproduzidos os fundamentos integrantes da motivação do ato decisório, desde que não fique prejudicado direito ou garantia do postulante.



b) pelo conhecimento do recurso administrativo e, no mérito, pelo seu desprovemento, nos termos do art. 203 da Lei Baiana de Licitações;

c) pelo prosseguimento do certame, com o retorno dos autos à Comissão Permanente de Licitação.

É o parecer, s.m.j.

Salvador, 30 de Agosto de 2018.

Bel^a. Maria Paula Simões Silva
Assessoria Técnico-Jurídica/SGA
Mat. 351.869

Bel. Eduardo Loula Novais de Paula
Assessoria Técnico-Jurídica/SGA